

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

UNESP – Universidade Estadual Paulista

UNESP – São Paulo State University

Reitor

Prof. Dr. Sandro Roberto Valentini

Vice-Reitor

Prof. Dr. Sérgio Roberto Nobre

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Prof. Dr. João Lima Sant’Anna Neto

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Graeff

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

Diretor

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Vice-Diretora

Prof^ª. Dr^ª. Nanci Soares

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Duarte Neto

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Conselho do Programa de Pós Graduação

Prof^ª. Dr^ª. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof^ª. Dr^ª. Kelly Cristina Canela

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof^ª. Dr^ª. Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Prof^ª. Dr^ª. Jete Jane Fiorati

Mestranda Ana Clara Tristão

Mestrando Eduardo Matheus Ferreira Lopes

UNESP – Universidade Estadual Paulista
UNESP – São Paulo State University

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
UNESP**

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos UNESP.	Franca.	a. 24, n.40.	454 p.	2020.
-------------------------------------	---------	--------------	--------	-------

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

Editor Chefe

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

Conselho Editorial

Alcir Gursen de Miranda (UFRR)	Jete Jane Fiorati (Unesp)
Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México)	João Paulo Capelotti (ISHS)
Alejandra Leonor Pascual (UNB)	José Duarte Neto (Unesp)
Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid)	José Luiz Borges Horta (UFMG)
André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp)	José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra)
Antônio Alberto Machado (Unesp)	Kelly Cristina Canela (Unesp)
Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP)	Lucas Abreu Barroso (UFES)
Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra)	Luciano Vaz Ferreira (UFRGS)
Belinda Pereira da Cunha (UFPB)	Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina)
Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp)	Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ)
Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR)	Luiz Fernando Coelho (UFPR)
Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul)	Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG)
César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG)	Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada)
David Sanches Rubio (Univ. Sevilla)	Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid)
Débora Regina Pastana (UFU)	Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid)
Domingos S. D. da Silveira (UFRS)	Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne)
Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP)	Pedro Sérgio dos Santos (UFG)
Eduardo Pordeus (UFCCG)	Paulo César Corrêa Borges (Unesp)
Ela Wiecko V. de Castilho (UNB)	Renato de A. O. Muçouçah (UFU)
Elisabete Maniglia (Unesp)	Ricardo Prestes Pazello (UFRPR)
Esteban Juan Peréz Alonso (Univ. Granada)	Riva Sobrado de Freitas (Unoeso)
Esther Pomares Cintas (Universidad Jaén)	Rodrigo Reis Mazzei (UFES)
Fabrizio Bertini Pasquot Polido (UFMG)	Sérgio Salomão Shecaira (USP)
Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda)	Vânia B. Rey Paz (UFISM)
Gilberto Bercovici (USP)	Vera Regina P. de Andrade (UFSC)
Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (FDV)	Victor Hugo de Almeida (Unesp)
Guilherme Gouveia (UFJF)	Yvete Flávio da Costa (Unesp)

Equipe Editorial

Ana Clara Tristão (Unesp)
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca)
André Luis Pereira Spimieli (Unesp)
Eduarda Camargo Sansão Unesp)
Gabriel Moura Aguiar (Unesp)
Giulia Tavares Murta (Unesp)
Laura Rizzo (Unesp)
Paula Santiago Soares (Unesp)
Thales Braghini Leão (Unesp)
Tiago Fernando Guedes de Carvalho (Unesp)
Sandra Aparecida Cintra Ferreira (Unesp)
Victor Luiz Pereira de Andrade (Unesp)

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 – Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca –SP
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br /
rej.unesp@gmail.com

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2020, 24-40
eISSN 2179-5177.

APRESENTAÇÃO

A Revista de Estudos Jurídicos Unesp (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, publica, em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos e resenhas, na linha editorial “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, com destaque para uma das linhas de pesquisa: 1) Cidadania Civil e Política e Sistemas normativos; 2) Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.

O PPGDireito/UNESP/Franca, com seu curso de mestrado e com as bases sólidas almejando o doutorado, está comprometido com a pesquisa jurídica de excelência e seu compartilhamento com toda a comunidade científica, brasileira e internacional, propiciando o fomento de novas pesquisas e, principalmente, a acessibilidade ao resultado de pesquisas, concluídas ou em andamento, com alto índice de exogenia representativa por autores e coautores vinculados a conceituados centros de excelência científica, mantendo-se no estrato Qualis Periódico B1.

Neste número 40, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP de Franca. Quanto à distribuição dos 18 (dezoito) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 6 (seis) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 5 (cinco) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 6 (seis) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA; e 1 (uma) resenha.

As contribuições internacionais foram significativas: 1 – LA EDUCACIÓN EM LAS POLÍTICAS PARA LA JUSTICIA SOCIAL Y LA INCLUSIÓN (México); 2 – CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ: UN ESTUDIO SOBRE EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA JUDICIALIZACIÓN AUTÓNOMA DE DESCA (Portugal/Espanha); 3 - JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: AS EXPERIÊNCIAS DO BRASIL E DA ÁFRICA DO SUL (Portugal); e 4 - DESAFÍOS DE LA EDUCACIÓN Y LA INCLUSIÓN EN LA POS-PANDEMIA (México).

Dedicamos nossos mais sinceros agradecimentos a todos os colaboradores da REJ Unesp, pareceristas e membros do Conselho Editorial, que contribuíram sobremaneira para a qualificação do periódico, bem como a todos os pesquisadores e demais interessados na leitura e

compartilhamento desta edição, cumprindo nossa função social como pesquisadores e cientistas, imprescindíveis nos tempos atuais.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Editor-Chefe e Membro do Conselho do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP - Câmpus de Franca

SUMÁRIO

LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS

CIDADANIA E TUTELA DOS DIREITOS AUTORAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E NOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL

Luciana Lopes Canavez

Victor Luiz Pereira de Andrade

Hiago Andriotti Cordioli 13

ATIVISMO JUDICIAL: UMA SOLUÇÃO PARA O CONSTITUCIONALISMO NACIONAL?

Renato Siqueira de Pretto

Bruna dos Anjos Klingor 47

DESAFIOS PARA O FORTALECIMENTO DAS ZONAS ESPECIAIS DE INTERESSE SOCIAL

Carolina Ferreira Silva

Daniel Gaio 77

UM NOVO PARADIGMA DE ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA: ALIMENTOS COMPARTILHADOS

Danilo Porfirio de Castro Vieira

Paulo Roberto Costa dos Santos 93

PRESOS DUPLAMENTE CONDENADOS: ANÁLISE SOBRE A ALA LGBTQ+ NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Jonatas dos Santos Silva

Danilo Henrique Nunes

Leonardo Estephanini de Britto 115

ONDE O BASTÃO CAI? A PESQUISA DE FLUXO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL COMO FERRAMENTA DE AVALIAÇÃO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Anderson Pablo Pereira Fernandes

Pedro Sérgio dos Santos.....145

LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS

LA EDUCACIÓN EN LAS POLÍTICAS PARA LA JUSTICIA SOCIAL Y LA INCLUSIÓN

Maria del Rocío Aguilar Bobadilla.....167

FOME E COVID-19 NO BRASIL: EPIDEMIAS QUE VIOLAM DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONAIS

Danilo Henrique Nunes

Selma Tomé Pina

Juvêncio Borges Silva.....189

CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ: UN ESTUDIO SOBRE EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA JUDICIALIZACIÓN AUTÓNOMA DE DESCA

Sidney Guerra

Krúpskaya Ugarte

Thainá Mamede209

ANÁLISE DA NOVA ORDEM DE PAGAMENTO DE CREDORES NA FALÊNCIA ANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UM ESTUDO SOBRE A EXPECTATIVA DE TRATAMENTO FAVORECIDO E DIFERENCIADO ÀS PEQUENAS EMPRESAS

Saulo Bichara Mendonça

Pablo Gonçalves e Arruda.....235

A ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DO FRUTO AÇAÍ E O NECESSÁRIO ENQUADRAMENTO COMO UMA DAS PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL: VISIBILIDADE E CONSCIENTIZAÇÃO

Otávio Bruno da Silva Ferreira

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury

Valena Jacob.....253

LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA

A LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO EM PROL DO DIREITO À MORADIA URBANA

José Antonio Remedio

Gladys Andrea Francisco Caltram281

CATFISHING: CRIME DE FALSA IDENTIDADE?

Anaflavia Cera Daltro de Castro

Margareth Vetis Zaganelli305

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: AS EXPERIÊNCIAS DO BRASIL E DA ÁFRICA DO SUL

Paula Uematsu Arruda325

DIREITO À MORADIA ADEQUADA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES: O CASO DE ANANINDEUA (PA)

Ellen Luiza de Oliveira Lima

Luanna Tomaz de Souza

Maria Claudia Bentes Albuquerque359

DEFENDENDO DIREITOS: A ANÁLISE DO PL. Nº 757/2015 E SUA CONSTITUCIONALIDADE FRENTE À CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Paula Santiago Soares

Kelly Cristina Canela.....403

DESAFÍOS DE LA EDUCACIÓN Y LA INCLUSIÓN EN LA POS-PANDEMIA

Juan Bello Domínguez.....431

RESENHA DA OBRA: “LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM (1810-2010). THE ENGINE ROOM OF THE CONSTITUTION” DE ROBERTO GARGARELLA

José Duarte Neto

Rudson Coutinho da Silva447

**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS
NORMATIVOS**

CIDADANIA E TUTELA DOS DIREITOS AUTORAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E NOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL

CITIZENSHIP AND THE PROTECTION OF AUTHOR RIGHTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND IN MEMBER COUNTRIES OF THE MERCOSUR

Luciana Lopes Canavez*

Victor Luiz Pereira de Andrade**

Hiago Andriotti Cordioli***

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direitos autorais no Brasil. 2.1 Direitos morais. 2.1.1 Direito de divulgação. 2.1.2 Direito de arrependimento. 2.1.3 Direito de paternidade. 2.1.4 Direito de integridade da obra. 2.2 Direitos patrimoniais. 3 Direitos autorais na Argentina. 3.1 Direitos morais. 3.1.1 Direito de divulgação. 3.1.2 Direito de arrependimento. 3.1.3 Direitos de paternidade e integridade da obra. 3.2 Direitos patrimoniais. 4 Direitos autorais no Paraguai. 4.1 Direitos morais. 4.1.1 Direito de divulgação. 4.1.2 Direito de arrependimento. 4.1.3 Direito de paternidade. 4.1.4 Direito de integridade da obra. 4.2 Direitos patrimoniais. 5 Direitos autorais no Uruguai. 5.1 Direitos morais. 5.1.1 Direito de divulgação. 5.1.2 Direito de arrependimento. 5.1.3 Direito de paternidade. 5.1.4 Direito de integridade da obra. 5.5 Direitos patrimoniais. 6 Uma perspectiva de uniformização da legislação referente a direitos autorais no Mercosul. 7 Considerações finais.

RESUMO: A tutela dos Direitos Autorais na legislação brasileira é expressa pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXVII e XXVIII e pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, abrangendo os direitos do autor - direitos morais e patrimoniais - e/os direitos conexos – de artistas intérpretes, executantes, empresas de radiodifusão, produtores fonográficos e programas de computador. O Brasil também aderiu a diplomas internacionais, como a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista pela última vez em Paris, a 24 de

* Graduada pela Faculdade de Direito de Franca (FDF), mestre em Direito pela Universidade de Franca (Unifran) e doutora em Direito pela Faculdade Autônoma do Estado de São Paulo (FADISP). É docente no curso de Direito da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, supervisora do Centro Jurídico Social (CJS) e líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES), ambos na mesma instituição.

** Mestrando bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca.

*** Mestrando bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca.

Artigo recebido em 18/08/2020 e aceito em 21/09/2021.

Como citar: CANAVEZ, Luciana Lopes; ANDRADE, Victor Luiz Pereira de; CORDIOLI, Hiago Andriotti. Cidadania e tutela dos direitos autorais na ordem jurídica brasileira e nos países membros do Mercosul. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 24, n. 40, p. 13-45, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

julho de 1971, e promulgada no Brasil pelo Decreto Legislativo 75.699, de 6 de maio de 1975; ao Tratado Internacional – TRIPS – 1994, Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - que é um dos acordos decorrentes das negociações comerciais da Rodada do Uruguai e é administrado pela Organização Mundial do Comércio – OMC; além da Convenção de Roma de 1961, que trata especificamente dos direitos conexos. É inegável a importância da proteção autoral como fomento à criação humana, à difusão da cultura e do conhecimento como propulsora do desenvolvimento social, econômico e cultural de um país. A proteção, em termos internacionais tem característica uniformizada no que diz respeito às garantias, prazo de proteção, dentre outras, no entanto, existem discussões sobre a proteção dos direitos morais do autor que são de natureza irrenunciável e inegociável, sendo estes excluídos da proteção do TRIPS, pois este prestigia a questão comercial. Em que pese o fato do Brasil ter aderido a este acordo, ressaltou o direito moral do autor, mantendo-o nos termos da convenção de Berna. Nos Estados integrantes do Mercosul, a tutela jurídica dos direitos da Propriedade Intelectual (PI) não é objetivamente uniforme, uma vez que não há um estatuto supranacional de aplicação e cada Estado possui uma legislação interna. A necessidade de uniformizar e harmonizar as legislações dos Estados Membros é relevante como forte mecanismo de cooperação do grupo que se objetivou com sua criação. Portanto, a presente pesquisa, busca analisar a legislação referente aos direitos autorais, no que tange à fração patrimonial e moral dos direitos do autor nos Estados membros do Mercosul, comparando-as, com a finalidade de analisar a possível criação de um Estatuto Supranacional para aplicação. Como método de abordagem, a pesquisa adotará o método indutivo, sob a perspectiva jurídico-dogmática proporcionada pela análise das legislações dos distintos países membros do Mercosul. Quanto aos métodos procedimentais, serão utilizados os métodos bibliográfico e documental, que buscarão artifícios para a construção de uma análise sistemática.

Palavras-chave: direitos autorais. Mercosul. tutela jurídica. direitos patrimoniais. direitos morais.

ABSTRACT: *The protection of Author Rights (Copyright) by the Brazilian legislation is expressed on the Federal Constitution, precisely in its articles 5º, subsection XXVII and XXVIII, and also by Law nº 9.610, of February 19, 1998, covering the rights of the author - moral and patrimonial rights - and the related rights - of performers, broadcasters and phonographic producers. Brazil also signed many international diplomas, such as the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, of September 9, 1886, last revised in Paris, on July 24, 1971, and promulgated in Brazil by the Legislative Decree 75.699, on May 6th, 1975; the TRIPS, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, which is one of the agreements resulting from the Uruguay Round trade negotiations and is administered by the World Organization of Commerce – WTO, from 1994; and also the 1961 Rome Convention, which deals specifically with related rights. The importance of copyright protection as an incentive to human creation, the dissemination of culture and knowledge as a driver of a country's social, economic and cultural development is undeniable. Protection, in international terms, has a standardized character with regard to guarantees, term of protection, among others, however; there are discussions about the protection of the author's moral rights that are of an unavoidable and non-negotiable nature, being excluded from the protection of the TRIPS, as this honors the commercial issue. Even though Brazil signed the agreement, it is important to note that the country safeguarded the author's moral rights, maintaining it under the terms of the Berne Convention. In the Mercosur member states, the legal protection of Intellectual Property (IP) rights is not uniform, since there is no supranational enforcement statute and each state has its own internal legislation. The need to standardize and harmonize the laws of the Member States is relevant as a strong cooperation mechanism of the group that aimed to create it. Therefore, this research seeks to analyze the legislation related to copyright, with regard to the patrimonial and moral fraction of the author's rights in the member states of Mercosur, comparing them, with the purpose of analyzing the possible creation of a Supranational Statute for application. For the development of the research, the inductive method will be used, through the analysis of national and foreign legislation and doctrine. As for the procedural methods, the comparative and systematic methods will be used.*

Keywords: *author rights. copyright. Mercosul. patrimonial rights. moral rights.*

INTRODUÇÃO

A tutela dos direitos da propriedade intelectual (PI), de forma geral, abarca a proteção aos direitos do autor que envolve os direitos morais e patrimoniais – assim como os direitos conexos – de autores, artistas intérpretes, executantes, empresas de radiodifusão, produtores fonográficos e programas de computador, e os direitos da propriedade industrial, que abrangem o direito ao registro de marcas, patentes, desenhos industriais e indicações geográficas.

A PI tem extrema relevância, uma vez que propicia o exercício a inúmeros direitos, em decorrência dos atos da criação humana, que brotam de seu espírito e que tem a capacidade de proporcionar o efetivo exercício da cidadania.

A proteção aos direitos da propriedade intelectual, assim como a propriedade real, possui grande valor em termos de desenvolvimento mundial nos mais variados aspectos, gerando fomento à criação humana e acabando por gerar impactos ao sistema econômico do país como um todo, através do incentivo à obtenção de proventos por seus titulares. Desta forma, a propriedade intelectual impacta diretamente a movimentação do comércio, a arrecadação de impostos, a geração de postos de trabalho, e muitos outros aspectos políticos, sociais e econômicos relevantes.

Especificamente na esfera social, é importante que se reconheça o papel da proteção de tais direitos na produção de conhecimento, trazendo a obtenção de novos produtos, novos serviços e bens de consumo cultural, proporcionando impulso ao desenvolvimento humano como um todo. Nas palavras da professora Eliane Y. Abrão (2002, p. 1):

Os direitos autorais e os direitos da propriedade industrial, juntamente com os direitos de personalidade, foram os institutos que maiores avanços conheceram nas últimas décadas da civilização ocidental.

Os direitos autorais são fruto de duas vertentes distintas, uma tecnológica, outra, ideológica. A primeira, fundada no surgimento das máquinas que propiciaram as reproduções em série de textos, de obras plásticas ou de audiovisuais. A segunda, nos princípios individualistas que inspiraram a Revolução Francesa, sobreviveram ao socialismo, adquiriram força com o consumismo e atingiram o seu ápice com o advento da chamada globalização da economia.

O Brasil, como integrante do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), comunga com os outros Estados vizinhos que fazem parte do bloco, incluindo Argentina, Paraguai, Uruguai, e Venezuela – esta última suspensa do bloco em 5 de agosto de 2017, em razão da ruptura de sua ordem democrática –, de interesse comercial, buscando a facilitação do comércio entre os integrantes do bloco. A proteção da PI para a funcionalização de interesses comerciais entre os Estados é algo que tem natureza essencial para a busca não só de desenvolvimento econômico, assim como para o intelectual e social.

A integração dos países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL - supõe, como aliás constou do art. 1º do Tratado de Assunção, necessidade de harmonizar as respectivas legislações. Mais que isso, é necessário criar mecanismos de cooperação que viabilizem, de modo mais eficaz possível, tutela dos direitos. (SANTOS, 2007, [p. 7])

O Brasil possui um amplo arcabouço legislativo, assim como os demais Estados integrantes, sobre os direitos da propriedade intelectual. Especificamente em relação à proteção autoral, que é o objeto central desta pesquisa, o Brasil possui a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998; a Argentina possui a Lei nº 11.723, de 28 de setembro de 1933; o Uruguai a Lei nº 9.739, de 17 de dezembro de 1937; e o Paraguai a Lei nº. 1328, de 27 de agosto de 1998. Em termos internacionais, todos são signatários da Convenção de Berna para a proteção de obras literárias e artísticas, dentre outros diplomas, o que demonstra a facilidade para a convergência de direitos relativos aos direitos de autor.

Analisar e discutir os direitos autorais na atualidade é algo necessário especialmente em virtude do desenvolvimento tecnológico que mudou os parâmetros da indústria cultural, seja em relação à música, a literatura, as artes, a ciência, na difusão do conhecimento por meio de transmissão e retransmissão por satélite, internet, redes sociais, dentre tantas outras.

Segundo Barbosa (2010):

Para os países da América Latina, o reforço da atual divisão de poderes pode importar na frustração das tendências desenvolvimentistas que marcam sua história desde os anos 30. Tendo-se aproximado do limiar do desenvolvimento, a região tem todo interesse em evitar que as portas lhe sejam fechadas quando se propõem novas regras do jogo na economia mundial.

O Mercosul decorreu da necessidade de integração de seus países membros, a exemplo do bloco formado na Europa, a fim de promover a livre circulação de bens e serviços, com estipulação de tarifa externa comuns, e adoção de uma política comercial comum e harmonização legislativa para atingir esses fins. No entanto, passados mais de 27 anos da criação do bloco, não se pôde observar considerável evolução nesse sentido.

Portanto, justificada a relevância da presente pesquisa, objetiva-se analisar os direitos autorais nas frações patrimonial e moral do autor em relação aos Estados membros do Mercosul, a fim de encontrar os pontos comuns, assim como as divergências, e avaliar a possibilidade de uniformização de tratamento dos referidos direitos.

Com maior ressaltado, serão abordados em sua especificidade os quatro distintos direitos morais de autor, aceitos como havendo sido originados a partir da doutrina francesa (PEELER, 1999, p. 425-426) e absorvidos pela legislação latinoamericana. Neste escopo, a pesquisa empregará métodos para identificar de maneira sintética e objetiva, a forma como cada um dos quatro países trata de cada um dos direitos autorais de maior relevância.

Em primeiro plano, serão analisadas as garantias aos direitos morais (direito de divulgação, direito de arrependimento, direito de paternidade e direito de integridade da obra), de maior proeminência na doutrina francesa (PEELER, 1999, p. 427), e, em um segundo momento, serão analisadas as garantias aos direitos patrimoniais (direito à exploração econômica da obra), de maior proeminência na doutrina anglo-saxã.

Conforme nos narra o professor Dr. Calvin D. Peeler (1999, p. 427), da Universidade da Califórnia, o direito de arrependimento foi o único direito criado diretamente pela legislação francesa, havendo sido reconhecido oficialmente pela Lei francesa imposta à colônia de Comores, datada de 11 de março de 1957, e que tratou da propriedade literária e artística (COMORES, [1957]).

A lei trouxe em seu art. 32¹, que o autor, ainda que haja cedido o direito à exploração da obra, e mesmo após a publicação desta, possui o direito de se arrepender e retirar sua cessão. A condição para exercício

¹ "Art.32.-Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice du droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son œuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au concessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originellement déterminées." (COMORES, [1957])

de tal direito é que o cessionário não sofra danos, sendo que estes deverão ser arcados antecipadamente pelo autor para que o exercício de tal direito possa se dar em conformidade aos termos legais (COMORES, [1957]). Além disso, o cessionário original mantém direito de preferência para o caso de o autor decidir publicar sua versão retratada da obra em um momento posterior.

Outros três direitos morais de autor foram criados pela jurisprudência das cortes francesas no decorrer do século XIX. Primeiro a surgir, o direito moral de divulgação aparece pela primeira vez em uma decisão da mais alta corte do poder judiciário francês datada de 1828 (PEELER, 1999, p. 447). No caso em questão, discutia-se se o pedido de credor de falecido compositor para que fossem exigidas de sua viúva a publicação e consequente exploração de obras não publicadas em vida, como forma de quitação da dívida.

A corte decidiu que a decisão pela publicação ou não da obra pertence unicamente ao autor ou seu herdeiro, criando assim o primeiro direito moral de autor, sendo este uma forma de propriedade não confundida para com outros direitos patrimoniais, ainda que tratada sob uma ótica absoluta. Assim, o direito moral de divulgação garante ao autor (e seus herdeiros, em caso de falecimento) a palavra final na decisão de publicização ou não de sua obra.

Os direitos morais de paternidade surgiram em 1936, no julgamento do caso *Masson de Puitneuf C. Musard*, no qual o réu havia adquirido o direito de utilizar as composições do autor em alguns concertos por ele dirigidos (PEELER, 1999, p. 449). Ocorre que, apesar de haver utilizado as composições do autor, o réu não lhe deu crédito, havendo listado, em seu lugar, um nome fictício. A corte reconheceu então o direito de o compositor ser reconhecido junto de sua obra, visto que a falta de reconhecimento na obra possui potencial de causar danos à sua reputação. Nesta mesma linha de pensamento, as cortes passaram a reconhecer, no bojo do mesmo direito, a prerrogativa de o autor requerer a remoção de seu nome quando atribuído a obras falsamente imputadas a ele, visto se tratar da mesma hipótese de dano à sua imagem e reputação.

Os direitos morais de integridade, por sua vez, surgem em julgamento da Corte de Paris em 1945, que decidiu que o editor de uma obra não possuía o direito de modificar a obra a ele submetida para publicação, ainda que “todos os direitos” sobre o trabalho lhe hajam sido cedidos (PEELER, 1999, p. 448-449). A lide em questão tratava do caso

em que um editor modificara livros infantis de determinado autor, este cristão protestante, com vistas a tornar suas obras atrativas a crianças de escolas católicas².

Ademais à esfera moral, são também presentes os direitos patrimoniais. São estes todos aqueles compreendidos fora da esfera da personalidade, não atinentes aos direitos morais, e que trazem referência às mais distintas formas de exploração econômica das obras protegidas sobre os direitos autorais. Tais direitos são o principal objeto da tradição anglo-saxã, que opta por tratar o ramo dos direitos autorais na qualidade de “direito de cópia” (*copyright*), justamente em vistas de priorizar a exploração de obras artísticas através de suas cópias.

Assim, com a identificação das formas como a legislação de cada país membro do Mercosul trata de cada um dos direitos supramencionados, será então analisada a viabilidade de uma proposta de uniformização, visando alcançar uma proposta geral que possa facilitar o comércio e priorize de maneira homogênea a proteção conferida aos autores de todos os países membros³.

Como método de abordagem, a pesquisa adota o método indutivo, sob a perspectiva jurídico-dogmática proporcionada pela análise das legislações dos distintos países membros do Mercosul. Quanto aos métodos procedimentais, serão utilizados os métodos bibliográfico e documental, que buscarão artifícios para a construção de uma análise sistemática.

² “Marquam was an English Protestant and the author of several children's booklets on history and geography. He sold all rights to his works to Lehuby, a bookseller who, in his efforts to obtain approval from the church to use the books in Catholic parochial schools, edited various parts of the book, deleting forty to fifty pages out of the approximately four hundred pages of text, in particular, sections pertaining to religious matters. The publisher simply wanted to make the books more marketable to the targeted schools. Marquam sued to prevent the publisher from publishing the books claiming that this change offended his reputation as an author. He succeeded in convincing the court of the potential harm to his reputation. Thus, the decision created another moral right for authors due to the court protecting the right of the author to stop the publication of his work if, without his permission, it has been altered or mutilated.” (PEELER, 1999, p. 449)

³ O princípio do tratamento nacional é comum aos tratados internacionais em matéria de propriedade intelectual, significando que autores estrangeiros não seriam prejudicados por vantagens conferidas a autores nacionais no âmbito interno. Contudo, para fins de facilitação do comércio, é interessante que, sobretudo por se tratarem de países adotantes da teoria dualista em suas variadas manifestações (com exceção do Uruguai, que adota posição monista) (LETTIERI; PÉREZ PÉREZ, 2014, p. 132) no âmbito internacional público, as normas internas sejam uniformizadas.

1 DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

Nesta seção, analisaremos os dispositivos legais atualmente em vigor na República Federativa do Brasil a seguir elencados:

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, [1988]);
- Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que regula os direitos autorais e dá outras providências (antiga Lei de Direitos Autorais, atualmente derogada) (BRASIL, [1973]);
- Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, que dispõe sobre a regulamentação das profissões de artistas e de técnico em espetáculos de diversões, e dá outras providências (BRASIL, [1978a]);
- Lei nº 6.615, de 16 de dezembro de 1978, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de radialista e dá outras providências (BRASIL, [1978b]);
- Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências (atual Lei de Direitos Autorais) (BRASIL, [1998]);
- Lei nº 12.091, de 11 de novembro de 2009, que acrescenta inciso VII ao § 2º do art. 81 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para incluir o nome dos dubladores nos créditos das obras audiovisuais (BRASIL, [2009]);
- Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013, que altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências (BRASIL, [2013]);
- Lei nº 14.002, de 22 de maio de 2020, que altera as Leis nos 11.371, de 28 de novembro de 2006, e 12.249, de 11 de junho de 2010, para dispor a respeito das alíquotas do imposto sobre a renda incidentes nas operações que especifica, e as Leis nos 9.825, de 23 de agosto de 1999, 11.356, de 19 de outubro de 2006, e 12.462, de 4 de agosto de 2011; autoriza o Poder Executivo federal a instituir a Agência Brasileira de Promoção Internacional do Turismo (Embratur); extingue o Instituto Brasileiro de Turismo (Embratur); revoga a Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991; e dá outras providências (BRASIL, [2020]).

No sistema jurídico brasileiro, a tutela dos direitos autorais consta no texto constitucional, no art. 5º, XXVII e XXVIII e na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. A tutela da propriedade intelectual sobre programas de computador foi relegada à Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Outros diplomas legais relevantes ao tema são: a Lei nº 9.456 de 25 de abril de 1997, que dispõe sobre as novas variedades de plantas (cultivares); a Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007, que dispõe sobre as topografias de circuitos integrados; e a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe especificamente sobre defesa da concorrência.

O Brasil, no que tange à proteção dos direitos autorais, aderiu a diversos diplomas internacionais, incluindo a Convenção de Berna⁴ para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886⁵, e o Acordo TRIPS, Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (do inglês *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) de 1º de janeiro de 1995, que é um dos acordos decorrentes das negociações comerciais da última Rodada do GATT do Uruguai de 1994, atualmente administrado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU), com sede em Genebra, na Suíça. Além disso, o Brasil é ainda signatário da Convenção de Roma de 1961, que trata, com especificidade, dos chamados “direitos conexos” aos de autor, englobando direitos de intérpretes, produtores e difusores.

A Constituição Federal brasileira conferiu caráter fundamental pético à tutela dos direitos autorais. Em seu art. 5º, inciso XXVII, a Carta Magna dispõe que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. O inciso XXVIII do mesmo artigo assegura “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”, bem como “o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas” (BRASIL, [1988]).

⁴ Segundo Gisele Ferreira de Araújo (2007): “...a Convenção de Berna destaca-se por seu caráter altamente protetivo, constituindo-se no mais importante instrumento de proteção internacional aos direitos autorais por uma identidade quase que absoluta com os direitos da personalidade humana, o que a torna uma das mais aderidas e com maior amplitude de ação em âmbito internacional.”

⁵ Revista pela última vez em Paris, em 24 de julho de 1971, e promulgada no Brasil pelo Decreto Legislativo 75.699, de 6 de maio de 1975.

A Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, a atual Lei de Direitos Autorais, aproveitou muito do conteúdo de sua predecessora, Lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973. No plano atual, os únicos dispositivos desta última que seguem em vigor são o art. 17 e seus parágrafos primeiro e segundo, que dispõem acerca do registro das obras intelectuais, que, em seus termos, deverá ser realizado, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. É interessante ressaltar, no entanto que, a lei brasileira não impõe ao autor o registro de sua obra para que se reconheça direito autoral sobre ela.

Assim como a Lei nº 5.988, a Lei nº 9.610 regula tanto os direitos de autor quanto os seus conexos (art. 1º). O Título I da LDA, que compreende os arts. 1º a 6º, encarregam-se de conceituar e definir os direitos autorais e termos relacionados. O Título II dispõe sobre as obras intelectuais, e seu Capítulo I, artigos 7º a 10, estabelece quais são e quais não são obras protegidas por esta lei. O Capítulo II, artigos 11 a 17 do mesmo título trata da autoria e coautoria das obras, garantindo a participação individual em obras coletivas. O Capítulo III, artigos 18 a 21, preconiza que a proteção dos direitos independe de registro, podendo este ser feito facultativamente conforme o art. 17 da Lei nº 5.988/73.

1.1 Direitos morais

O Título III da Lei nº 9.610/98 (BRASIL, [1998]) trata com maior especificidade dos direitos dos quais o autor é titular. Em seu Capítulo I, arts. 22 a 23, são assegurados ao autor e coautor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criaram, devendo estes exercerem seus direitos de comum acordo, salvo disposição em contrário.

O Capítulo II trata dos direitos morais do autor, caracterizados nos arts. 24 a 27. O art. 27 estabelece que “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”. É interessante ressaltar que, ainda que sejam de direitos de personalidade, conforme a inteligência do art. 11 do Código Civil, os direitos autorais configuram exceção legalmente prevista, sendo possível, portanto, a sua transmissibilidade aos herdeiros.

No tocante à inclusão de direitos morais, a lei brasileira não se absteve ao reconhecimento de nenhum dos quatro direitos morais reconhecidos pela tradição francesa, sendo presentes o direito de

divulgação, o direito de arrependimento, o direito de paternidade e também o direito de integridade da obra.

De forma sintética e organizada, a lei brasileira reconhece os direitos morais do autor através dos incisos I, II, III, IV e VII do artigo 24, estabelecendo a exceção de transmissibilidade aos sucessores do autor em razão do falecimento deste, no parágrafo primeiro do mesmo artigo. A legislação prevê, ainda, a existência de condições do exercício dos direitos de modificação e retirada de circulação, incluídos respectivamente nos direitos de integridade e comunicação como faculdades inerentes à personalidade (SOUZA, 2013, p. 9).

Os incisos I e II do art. 24 da Lei nº 9.610/98 estabelecem o direito de paternidade do autor, assegurando a ele, respectivamente, os direitos de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra e de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra (BRASIL, [1998]).

Os direitos de divulgação, definidos a partir do Direito francês, como o direito do autor de decidir se o trabalho será ou não publicado, são elencados nos incisos III (“o de conservar a obra inédita”) e VII (“o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de (...) preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor (...))” (BRASIL, [1998]).

O inciso IV do art. 24 da Lei nº 9.610/98 dispõe sobre o direito de integridade da obra, ou, nos termos da lei, de “assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra” (BRASIL, [1998]).

Os incisos V e VI do art. 24 da Lei nº 9.610/98 tratam do direito de arrependimento, na medida em que garantem ao autor os direitos de, respectivamente, “modificar a obra, antes ou depois de utilizada”, e de “o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem” (BRASIL, [1998]).

1.2 Direitos patrimoniais

Citando Sanches (2003, p. 37) acerca da diferença entre os direitos patrimoniais e morais:

Divergem os direitos patrimoniais dos direitos morais particularmente pela possibilidade de o criador da obra livremente dispor daqueles. Enquanto os direitos morais encontram-se permanentemente investidos na pessoa do criador, os direitos patrimoniais refletem a face econômica da criação.

A Lei de Direitos Autorais, logo no seu art. 3º, confere aos direitos autorais a qualidade de bens móveis, exatamente para permitir, dentro dos limites fixados pela Lei, a possibilidade do autor explorar a sua obra.

Os direitos patrimoniais do autor se caracterizam, basicamente, por sua: a) alienabilidade; b) temporalidade; c) prescritibilidade; d) limitação espacial; e) limitação negocial; f) limitação ao seu exercício (SANCHES, 2003, p. 37).

A alienabilidade, que consiste na “faculdade do autor de negociar com terceiros os seus direitos, autorizando, licenciando, concedendo ou cedendo a utilização de suas criações” (SANCHES, 2003, p. 37), está prevista nos artigos 28 e 29 da Lei nº 9.610/98, dotando o autor do direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, e determinando que qualquer utilização por terceiros dependerá de autorização prévia e expressa do autor, por quaisquer modalidades, e no Capítulo V da mesma lei, mais especificamente no art. 49, diz que os direitos de autor podem ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, obedecidas às limitações descritas nos incisos daquele artigo, e no art. 50, que dispõe que “a cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa” (BRASIL, [1998]).

A temporalidade, “que se baseia no interesse da criação intelectual pela coletividade em sua integração nas características culturais de um país, delimitando, portanto, ao autor e aos seus sucessores o exercício temporal dos direitos patrimoniais” (SANCHES, 2003, p. 37), está presente no art. 44 da Lei nº 9.610/98, que trata do prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas: setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação; após este prazo, a obra cairá em domínio público (BRASIL, [1998]).

A prescritebilidade, ou a “perda do direito de ação em razão de lapso temporal” (SANCHES, 2003, p. 37), dos direitos patrimoniais de autor é regulada pelo Código Civil brasileiro de 2002, que estabelece, em seu artigo 205, um prazo genérico prescricional de dez anos, na falta de um prazo especial, contados a partir da violação ao direito (BRASIL, [2002]). O artigo 111 da Lei nº 9.610/98, que previa um prazo especial de cinco anos para a prescrição dos direitos patrimoniais de autor, foi vetado pelo então presidente da República Fernando Henrique Cardoso (BRASIL, [1998]).

A limitação espacial ocorre porque “as modalidades de utilização das obras intelectuais são independentes entre si, não havendo a hipótese de uma autorização abranger modalidade de direito não-contratada” (SANCHES, 2003, p. 37).

A limitação negocial, “posto que, observadas as condições de cada negócio jurídico, o seu propósito deverá receber leitura restritiva, permanecendo sob a gestão do autor as modalidades de direitos não envolvidas na negociação ou os usos novos não previstos” (SANCHES, 2003, p. 37).

As limitações ao seu exercício, “a fim de atender à função social e pública das obras intelectuais, cujas exceções ocorrem em casos especiais e devidamente catalogados em lei, sendo obrigatória a interpretação estrita dessas limitações” (SANCHES, 2003, p. 37). Em seus artigos 46 a 48, a lei estabelece as limitações aos direitos autorais, e as hipóteses em que a reprodução de uma obra sem o consentimento do autor ou dos autores não configuram ofensa aos direitos autorais.

2 DIREITOS AUTORAIS NA ARGENTINA

Para a construção da presente seção, foram analisados os seguintes textos normativos atualmente em vigor na República Argentina:

- Lei nº 11.723 de 28 de setembro de 1933, que dispõe sobre o regime legal da propriedade intelectual (Lei de Direitos Autorais) (ARGENTINA, [2009]a);
- Decreto Nacional nº 41.233/34 de 3 de maio de 1934, que dispõe sobre a proteção de direitos do autor, direitos do intérprete e direitos do produtor de fonograma (ARGENTINA, [1974]a);
- Decreto nº 8.478 de 8 de outubro de 1965 que modifica a Lei nº 11.723/33. (ARGENTINA, [1965]);

- Decreto nº 1.640 de 2 de dezembro de 1974, que altera o Decreto Nacional nº 41.233/34 de 3 de maio de 1934 e dispõe sobre a proteção de direitos do autor, direitos do intérprete e direitos do produtor de fonograma (ARGENTINA, [1974]b);
- Lei nº 24.870 de 20 de agosto de 1997, que modifica os artigos 5 e 84 da Lei nº 11.723/33 (ARGENTINA, [1997]);
- Lei nº 25.006 de 15 de julho de 1998, que substitui o art. 34 e cria o art. 34bis da Lei nº 11.723/33 (ARGENTINA, [1998]);
- Lei nº 25.847 de 3 de dezembro de 2003, que emenda o art. 20 da Lei nº 11.723/33 (ARGENTINA, [2003]);
- Lei nº 26.285 de 15 de agosto de 2007, que dispõe sobre isenção ao pagamento de direitos autorais na reprodução e distribuição de obras científicas ou literárias em sistemas especiais para cegos e outras pessoas com deficiência (ARGENTINA, [2007]);
- Lei nº 26.570 de 25 de novembro de 2009, que emenda o art 5º bis da Lei nº 11.723/93 (ARGENTINA, [2009]b).

A principal lei que regula os direitos autorais na Argentina é a Lei nº 11.723 de 28 de setembro de 1933, alvo de modificação por quase todas as leis posteriores e complementada pela Lei nº 26.285/2007, pelo Decreto Nacional nº 41.233/34 e pelo Decreto nº 1.640/74. Passamos então a expor acerca da proteção conferida pela lei Argentina aos direitos autorais.

Logo de início, a Lei nº 11.723/33, nosso principal objeto, prevê em seu artigo primeiro, em forte tom analítico, um extenso rol de obras compreendidas enquanto “científicas, literárias e artísticas” e que, portanto, sofrem efeitos diretos enquanto objeto-escopo da proteção conferida por direitos autorais em território Argentino.

Segundo a norma, são elas: todos os escritos, de qualquer natureza ou extensão, incluindo programas de computador (código fonte ou código objeto); as obras dramáticas; as composições musicais ou dramático-musicais; as obras cinematográficas; as coreografias ou obras de pantomima; desenhos, pinturas, esculturas e obras arquitetônicas; modelos e obras de arte ou ciência aplicadas ao comércio ou indústria; as impressões, planos e mapas; plásticos, fotografias, gravações e fonogramas.

Em suma, a lei visa a proteção de toda e qualquer produção científica, literária, artística ou didática, qualquer que seja o procedimento de reprodução. É interessante notar que, distintamente do Brasil, a Argentina se refere aos direitos autorais como um todo através da

expressão “propriedade intelectual”, termo internacionalmente utilizado para denotar um grupo de direitos ainda maior do que aqueles englobados pelos direitos autorais.

Assim, expostas as premissas normativas básicas sobre a temática, passamos então à análise dos direitos em sua individualidade.

2.1 Direitos morais

Na legislação argentina, os direitos morais, principal objeto deste trabalho, recebem tratamento jurídico através da norma principal sobre a temática de direitos autorais, a Lei nº 11.723 de 28 de setembro de 1933, mas, distintamente da legislação brasileira, não há uma sistematização objetiva acerca dos direitos morais, que acabaram espalhados no texto normativo.

Sobre a temática, o Centro de Administración de Derechos Reprográficos Asociación Civil (CADRA), associação civil argentina que atua na gestão coletiva de direitos de reprodução, expõe, em seu website, uma lista de direitos morais⁶ aplicáveis à realidade do país, incluindo todos os direitos morais reconhecidos pela tradição jurídica francesa. Na mesma linha, o Ministério de Cultura argentino (NAVARRO, [2015], p. 150-151) reconhece em documentos oficiais que são reconhecidos pela Argentina os quatro direitos morais tradicionais de autor⁷.

⁶ “Derechos morales corresponden al autor de la obra, no se pueden ceder, ni renunciar a ellos, y permiten decidir acerca de: Divulgar su obra y en qué forma hacerlo. Divulgar la obra con su nombre, bajo seudónimo o signo o anónimamente. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.” (CADRA, [2018], tradução nossa)

⁷ “Derecho al inédito: el autor tiene derecho a decidir en qué momento da a conocer su obra y en qué forma. Derecho a la integridad de la obra: la integridad es, sin duda, uno de los pilares fundamentales del derecho moral del autor, ya que le permite a éste poder defender su obra en casos donde la misma sea afectada tanto en su extensión, su contenido o, incluso, su título. Derecho de retracto o arrepentimiento: el autor determinará hasta qué momento su obra permanecerá en vigencia, o si algún cambio en sus convicciones personales le hace retirarla de circulación. Derecho de paternidad: el autor tiene un vínculo indisoluble en referencia a su obra y este vínculo se perfecciona mediante la asociación de la obra con su nombre. Por lo tanto, el autor tendrá la posibilidad de realizar su identificación o mantener la referencia, mediante el anónimo o con un seudónimo, con la obra.” (NAVARRO, [2015], p. 150-151, grifo do autor)

Com tal informação acerca do reconhecimento sumário, analisaremos adiante a posição na qual tais direitos se encontram expressos na lei argentina.

2.1.1 Direito de divulgação

Logo em seu art. 2º, a Lei argentina de nº 11.723 de 28 de setembro de 1933 dispõe uma lista de faculdades das quais o autor dispõe ao ser titular do direito de “propriedade” sobre a obra científica, literária ou artística em questão. São elas as faculdades de: dispor; executar; representar; expor em público; alienar; traduzir; adaptar; autorizar a tradução; e reprodução. Ora, tais faculdades nada mais são do que distintas formas de se conferir procedimento ao exercício do direito moral de divulgação, ou seja, ao autor compete exclusivamente a prerrogativa de divulgar seu trabalho pelas mais diversas formas.

Conforme visto na introdução do presente trabalho, o núcleo de tal direito moral, a principal proteção por ele conferida, não recebe previsão expressamente voltada ao autor, na medida em que se encontra ausente qualquer menção expressa à proibição da publicação por terceiros, sendo ausente um possível rol de exceções, e possuindo tratamento não diferenciado, ainda que se trate, tradicionalmente, de um direito moral.

Da leitura do texto normativo, infere-se que, ainda que não presente a proibição expressa à publicação por outros agentes, conforme predizem os dispositivos discutidos adiante, os direitos à divulgação previsto pelo art. 2º assume caráter de exclusividade na medida de se tratar de um direito de propriedade, excluindo, portanto, de forma absoluta e em caráter *erga omnes*, o exercício de tais prerrogativas por terceiros.

A lei avança em seu art. 9º do mesmo diploma, no qual o Estado argentino estabelece a proibição ao ato de anotar ou copiar obra durante sua leitura, execução ou exposição, sejam públicas ou privadas, para fins de publicação sem a permissão de seus autores. Em viés análogo, a proteção contra a publicação não autorizada pelo autor é estendida, no art. 27, aos discursos políticos ou literários, e às conferências sobre temas intelectuais. O artigo especifica, ainda, que, no caso de discursos de parlamentares, a proteção só se aplica à exploração com finais lucrativos, sendo ressalvada, em todos os casos, a reprodução para fins de informação jornalística.

A norma compreende, entretanto, uma importante exceção expressa no art. 6º da mesma lei. Segundo o dispositivo, os herdeiros não

poderão se opor à reedição e tradução de obras quando deixem de promovê-las em prazo superior a dez anos. Não se trata de cessão obrigatória não onerosa, mas sim uma cessão onerosa obrigatória, cujos valores, caso não se encontre consenso, deverão ser definidos por árbitros.

Adentrando à pauta dos direitos conexos, ainda que não especificamente objeto deste trabalho, é importante apontar para a previsão do art. 36, segundo o qual aos autores de obras protegidas compete o direito exclusivo de autorizar a difusão pública por qualquer meio da interpretação de suas obras.

2.1.2 Direitos de arrependimento, paternidade e integridade da obra

Ainda que previsto pelo discurso oficial argentino, e também pelo CADRA, não é presente na legislação argentina qualquer garantia expressa ao direito moral de arrependimento do autor. Dada a menção ao direito por materiais de órgãos oficiais argentinos, é corroborável a hipótese segundo a qual tal direito é aceito de forma costumeira ou reconhecido no âmbito jurisprudencial, o que demonstra clara possibilidade de insegurança jurídica para o seu reconhecimento, não sendo objeto, deste trabalho, a análise de tais fontes de direito.

Já com relação aos direitos morais de paternidade e integridade, a Lei argentina de nº 11.723 de 28 de setembro de 1933 os menciona expressamente em um mesmo dispositivo, o artigo 52:

Art. 52. — Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o pseudónimo como autor.

Como podemos depreender da leitura do dispositivo, a alienação dos direitos de exploração sobre a obra não afeta nem o direito de paternidade, nem o direito sobre a integridade da obra. Da redação do dispositivo podemos identificar como elementos de maior importância: a obrigatoriedade da manutenção do nome ou pseudônimo do autor; e a exigência de fidelidade ao texto e título (este que poderia ser interpretado extensivamente ao corpo das demais obras protegidas sob a égide do direito autoral) em reproduções da obra alienada.

Além disso, ao prever as especificidades dos contratos relativos à disposição e alienação dos direitos patrimoniais, o legislador é enfático ao prever, ao longo de todo texto legal, a necessidade de manutenção dos

créditos e da integridade da obra. Tal característica pode ser visto nas mais diversas formas de previsão legal acerca das modalidades contratuais, conforme será visto no próximo item.

2.2 Direitos patrimoniais

No tocante aos direitos patrimoniais previstos pela legislação argentina, não há grande diferenciação para com as previsões dos demais países. Signatária dos principais acordos internacionais em matéria de propriedade intelectual e direitos autorais mencionados na introdução deste trabalho, a República Argentina adota como básicos os direitos patrimoniais de reprodução, distribuição e comunicação pública.

A previsão legal de tais direitos é espalhada por todo o texto da Lei nº 11.723 de 28 de setembro de 1933, com poucas permeações. Ao conferir ao autor o direito de propriedade sobre suas obras intelectuais, o legislador argentino não somente confere direito moral de divulgação, mas também o controle sobre o exercício dos direitos de reprodução, distribuição e comunicação pública.

Desta forma, distintamente dos direitos de caráter moral, todos os três direitos patrimoniais de autor obedecem de maneira mais fiel à premissa da alienabilidade do direito de propriedade real clássico, visto que se tratam dos direitos diretamente relacionados à difusão comercial da obra protegida.

A fim de facilitar as relações estabelecidas com base na cessão de tais direitos, a lei argentina define, em seu art. 37º, o que seria o contrato de edição, definindo, através dos arts. 38 a 44, a forma pela qual tal relação se dará. Uma peculiaridade importante é a constante preocupação do legislador pela manutenção dos direitos morais, ainda que os direitos de propriedade intelectual sobre a obra sejam “integralmente” cedidos pelo autor, conforme demonstra o art. 38, situando os direitos morais fora da esfera de disponibilidade do autor.

A lei se preocupa, ainda, com os contratos de reprodução e comunicação pública, definindo-os objetivamente através dos arts. 45 a 50. Uma peculiaridade da norma argentina neste tema é a necessidade de que a reprodução seja realizada dentro do ano correspondente a sua apresentação, gerando inclusive a hipótese de responsabilização da empresa adquirente dos direitos de reprodução, nos termos do art. 46.

Por último, é importante ressaltar a especialidade com a qual a legislação argentina trata dos contratos de “venda” de direitos autorais. Distintamente da prática brasileira, os contratos de alienação ou cessão, total ou parcial, de direitos autorais sobre obras musicais, científicas ou literárias exige obrigatoriamente o registro no órgão competente, sendo este o *Registro Nacional de Propiedad Intelectual*, previsto no art. 53. Para as demais obras, a exigência é inexistente, entretanto, a lei obsta a cessão total de direitos, estabelecendo exceções conforme o tipo de obra, conforme dispõem os arts. 54 e 55.

3 DIREITOS AUTORAIS NO PARAGUAI

Nesta seção, abordaremos a legislação sobre os direitos autorais no Paraguai, analisando as seguintes normativas vigentes:

a) Constituição da República do Paraguai, de 19 de junho de 1992, art. 110;

b) Lei 1.328, de 15 de outubro de 1998.

O Paraguai, assim como os demais países membros do Mercosul, incorporou em sua legislação a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas e o *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS*.

O artigo 110 da Constituição da República do Paraguai dispõe sobre os direitos de autor e propriedade intelectual nos seguintes termos: *“Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley”*.

A Lei 1.328/98 dispõe sobre o direito de autor e direitos conexos, tendo como objeto de proteção os autores e demais titulares de direitos sobre as obras literárias ou artísticas, demais titulares de direitos conexos e outros direitos intelectuais, artigo 1, possuindo 187 artigos, divididos em 17 títulos. Para a presente análise nos interessa analisar os direitos do autor em suas frações patrimonial e extrapatrimonial.

O artigo 2 define quarenta e sete conceitos para os efeitos da lei, de diversos termos como os de: autor, artista, intérprete, executante, âmbito doméstico, comunicação pública, dentre inúmeros outros.

O âmbito de proteção do direito de autor, localizado no Título II, artigo 3, recai sobre todas as obras criadas pelo engenho humano, no âmbito literário ou artístico, qualquer que seja sua forma de expressão,

mérito ou finalidade, da nacionalidade ou do domicílio do autor ou do titular do respectivo direito, ou mesmo do lugar de publicação da obra.

São numeradas de forma enunciativa no artigo 4 quinze espécies de obras que estão compreendidas no âmbito de proteção dos direitos do autor, como as obras escritas, orais, composições musicais, dramática, coreográficas, audiovisuais, radiofônicas, dentre inúmeras outras. No artigo 7, a proteção é prevista apenas para a forma de expressão mediante a qual as ideias do autor são descritas, explicadas, ilustradas ou incorporadas à sua obra.

As hipóteses que não estão protegidas pelo direito de autor estão elencadas no artigo 8, tais como: as ideias contidas nas obras literárias ou artísticas; os procedimentos, métodos de operação, conceitos matemáticos; o conteúdo ideológico ou técnico das obras científicas, nem seu aproveitamento industrial ou comercial; os textos oficiais de caráter legislativo, administrativo ou judicial, assim como suas traduções, sem prejuízo de respeitar os textos e citar a fonte; as notícias do dia e os simples fatos ou dados.

A titularidade dos direitos exclusivos sobre a obra, seja de ordem moral ou patrimonial, é atribuída ao autor no artigo 9. A lei paraguaia reconhece proteção legal como do autor, a outras pessoas físicas, ao Estado, a entidades de direito público e demais pessoas jurídicas, nos casos expressamente previstos.

Os direitos patrimoniais e morais das obras criadas em colaboração pertencem aos coautores da obra, que deverão exercer seus direitos em comum acordo. Se a participação dos coautores pertencer a gêneros distintos, cada um poderá, salvo pacto contrário, explorar separadamente sua contribuição pessoal, sem prejuízo da exploração da obra comum, como previsto no artigo 12.

Aos autores das obras é garantida a titularidade originária dos direitos patrimoniais e morais sobre a obra, oponível contra todos, de acordo com o artigo 15. A alienação do suporte material que contém a obra, não implica na cessão de direitos em favor do adquirente, salvo estipulação legal ou contratual em contrário.

3.1 Direitos morais

Os direitos morais sobre a obra estão dispostos nos artigos 17 a 23, da Lei 1.328/98. A lei compreende, nos artigos 17 e 18, o direito

de divulgação, de paternidade, de integridade e de retirada da obra de comércio, tendo como características a inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

Entende-se por direito de divulgação a faculdade que o autor tem sobre manter o ineditismo da obra ou de autorizar o acesso total ou parcial ao público, bem como a forma de fazê-lo. É proibida a divulgação da obra antes do autor, mesmo que já se tenha divulgado. Este direito está previsto no artigo 19 da Lei 1.328/98.

O direito de arrependimento do direito francês (*“droit de retrait ou de repentir”*) é chamado na lei paraguaia de *“derecho de retiro de la obra del comercio”*, definindo-o no artigo 22 como *“el derecho de suspender cualquier forma de utilización de la obra, siempre que existan graves razones morales apreciadas por el juez, indemnizando previamente a terceros los daños y perjuicios que pudiere ocasionar”*.

O direito de paternidade da obra, previsto pelo artigo 20 da lei paraguaia, é definido como aquele em que possui o autor direito de ser efetivamente reconhecido como tal, de forma que a obra leve as indicações correspondentes, assim como o direito de decidir se a divulgação será feita com seu nome, sob pseudônimo ou signo, ou mesmo em forma anônima. Desta forma, denota-se que a definição da lei paraguaia se conforta aos ditames da tradição francesa.

Por direito de integridade da obra, entende-se que é o direito que o autor tem frente ao adquirente dos direitos materiais da obra, de opor-se à sua deformação, modificação ou alteração, que cause prejuízo à sua honra ou à sua reputação de autor, como previsto no artigo 21.

O autor tem o direito de retirar a obra do comércio ou de suspender qualquer forma de utilização da obra, sempre que houver graves razões de ordem moral, o que será previamente apreciado pelo juiz, com direito de compensação dos danos e prejuízos que possam ser ocasionados ao autor, conforme o artigo 22. Esse direito se extingue com a morte do autor, e não é aplicável às obras coletivas, às criadas numa relação de trabalho ou execução de um contrato por encomenda.

O exercício dos direitos de paternidade e integridade das obras que tenham passado ao domínio público, serão dos herdeiros, a Direção Nacional do Direito de Autor, a entidade de gestão coletiva pertinente e a qualquer pessoa que tenha um interesse legítimo sobre a obra, de acordo com o artigo 23.

3.2 Direitos patrimoniais

Os direitos patrimoniais do autor estão dispostos no Capítulo III, do Título IV, nos artigos 24 a 33, da Lei paraguaia de nº 1.328/98.

De acordo com o disposto nos artigos 24 e 25 da lei, podemos auferir que, no Paraguai, os direitos patrimoniais do autor compreendem os direitos de autorizar ou proibir: a reprodução da obra, a comunicação pública, a distribuição pública de exemplares, a importação para o território nacional de cópias da obra, a tradução adaptação, arranjo ou outra forma de transformação da obra, assim como qualquer utilização da obra, mesmo não especificada na lei. O autor goza do direito exclusivo de explorar sua obra e obter os benefícios, salvo nos casos de exceção legal expressa. Durante a vida do autor são impenhoráveis três quartos da remuneração que a obra possa produzir.

4 DIREITOS AUTORAIS NO URUGUAI

Nesta seção, analisaremos os dispositivos legais que regulamentam os direitos autorais na República Oriental do Uruguai, quais sejam:

- a Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967 (URUGUAY, [1967]);
- a Lei nº 9.739, de 17 de dezembro 1937, de *Propiedad literaria y artistica*, a atual Lei de Direitos de Autor (URUGUAY, [1937]);
- a Lei nº 17.616, de 10 de janeiro de 2003, que modifica normas relacionadas à proteção de direitos de autor e direitos conexos (URUGUAY, [2003]);
- o Decreto nº 154/004, de 03 de maio de 2004, que regulamenta a lei sobre direitos de autor e direitos conexos (URUGUAY, [2004]).
- O artigo 33 da Constituição da República uruguaia estabelece que “*el trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley*”.

Na caracterização específica do objeto de proteção, encontramos uma particularidade da norma constitucional uruguaia: se faz referência, em primeiro lugar, ao trabalho como destinatário desta proteção constitucional. Está claro que o legislador constitucional fez referência à criação intelectual como fruto da criação humana. Ou seja, sem incluir na proteção nenhum tipo de achado ou aquisição que não implique em intervenção humana

ou capacidade intelectual de aplicar energia à produção de uma criação. (MONTAÑO, 2011, p. 75).

Em uma perspectiva ampla, os sujeitos cujo trabalho intelectual é protegido se encontram diversificados conforme se trata de autor, inventor ou artista. Ou seja, ficam compreendidos os criadores, propriamente, do mundo da propriedade intelectual. É lógico que, das criações da propriedade intelectual, as marcas e seus titulares resultem excluídos desta disposição em particular: os sinais distintivos se encontram diretamente vinculados com as liberdades económicas de marco constitucional. (MONTAÑO, 2011, p. 75).

Os direitos autorais no Uruguai são regulados pela Lei nº 9.739 de 1937, que foi alterada pela Lei nº 17.616 de 2003 e regulamentada pelo Decreto nº 154 de 2004.

O Capítulo I da Ley de Derechos de Autor faz uma introdução e contextualização da lei e dos direitos ali protegidos, sendo os primeiros dois artigos servindo para caracterização e conceituação detalhada dos termos e expressões utilizadas.

O artigo 1 faz uma definição da Ley de Derechos de Autor:

Esta ley protege el derecho moral del autor de toda creación literaria, científica o artística y le reconoce derecho de dominio sobre las producciones de su pensamiento, ciencia o arte, con sujeción a lo que establecen el derecho común y los artículos siguientes.

Asimismo, y en base a las disposiciones que surgen de esta ley, protege los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Esta protección no afectará en modo alguno la tutela del derecho de autor sobre las obras protegidas. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas a favor de los mismos en esta ley podrá interpretarse en menoscabo de esa protección. (URUGUAY, [1973])

O artigo 3 limita os direitos ali elencados no tempo, exceto quando forem titulares o Estado, municípios ou outros órgãos públicos, caso em que os direitos serão reconhecidos à perpetuidade.

A proteção legal dos direitos em todos os casos e na mesma medida é prevista no artigo 4, qualquer que seja a natureza ou procedência da obra ou a nacionalidade de seu autor, sem distinção de ideologia, seita ou tendência filosófica, política ou econômica.

As obras que são protegidas pela lei estão compreendidas no artigo 5, excluindo “*ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí*”. O artigo 6 estabelece a imaterialidade dos direitos de autor, “*independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra*”.

O Capítulo II, encerrado no artigo 7, elenca os titulares dos direitos de autor: o autor da obra e seus sucessores; os colaboradores; os adquirentes a qualquer título; os tradutores; o artista intérprete ou executante; e o Estado.

4.1 Direitos morais

Os artigos de 11 a 13 da Lei nº 9.739/73 concentram os direitos morais do autor, apesar de não mencionarem expressamente este termo, nem fazerem conceituação prévia. Contudo, podemos fazer uma relação com estes direitos ali elencados pela sua definição e semelhança com o direito francês e com outros ordenamentos jurídicos dos países do Mercosul.

Estanislao Valdes Otero (1953), jurista uruguaio, explica que a classificação mais correta, para efeitos da lei uruguaia, é aquela que leva em conta não o conteúdo ou a finalidade dos poderes reconhecidos, mas as condições para seu exercício. Os artigos 9º, 10º e 19º, que, de acordo com o disposto no artigo 31º sobre os compradores, estabelecem direitos que, por sua natureza, são de natureza personalíssima, não integram o direito moral ao significado comum dado a ela pela doutrina, ainda que sejam faculdades que, por sua estreita ligação com a pessoa do autor, devem ser consideradas pessoais. São o direito de valor agregado, o direito à inembargabilidade da terceira parte do valor dos direitos autorais e o direito à não extinção por limitação de seus poderes, que tem cada autor.

Conseqüentemente, continua Otero (1953), no direito uruguaio existem três tipos de direitos morais: a) os não suscetíveis à alienação forçada; b) os que podem ser exercidos pelo autor quaisquer sejam os termos do contrato de cessão ou alienação de direitos; e c) os de retirar a obra do comércio, que, semelhante à anterior, sempre pertence ao autor, mas que, ao contrário dela, está condicionada à existência de razões morais graves indicando tal atitude, e no ressentimento do dano injustamente causado aos cessionários, editores ou impressoras.

4.1.1 Direito de divulgação

O artigo 11 trata do direito de divulgação, ou, como chamado no direito francês, *droit de divulgation*, ao dispor que “*la facultad de publicar una obra inédita, la de reproducir una ya publicada o la de entregar la obra contratada constituyen un derecho moral no susceptible de enajenación forzada*”. Otero (1953) inclui o artigo 11 no primeiro grupo de direitos morais supracitado, destacando que as faculdades ali estabelecidas assombram à primeira vista, dando a entender que seriam suscetíveis de alienação não forçada, enquanto dos direitos morais depreende-se que estes são, por natureza, inalienáveis. O autor sustenta que um aprofundamento do artigo demonstra que sua redação, pouco feliz por certo, contribui, em termos finais, a reafirmar tal inalienabilidade.

4.1.2 Direitos de paternidade, integridade da obra e arrependimento

O artigo 12 estabelece, em seus três parágrafos, respectivamente, os direitos de paternidade, integridade da obra e arrependimento. O primeiro deles é caracterizado como o direito “*de exigir la mención de su nombre o pseudónimo y la del título de la obra en todas las publicaciones, ejecuciones, representaciones, emisiones, etc., que de ella se hicieren*”. No direito francês, esta mesma faculdade, por definição, é chamada de *droit a la paternite*. Otero (1953) destaca que tanto os parágrafos 1º e 2º (descrito a seguir) são relacionados à proteção da obra em si como meio de salvaguardar os interesses do autor e da sociedade.

O parágrafo 2º se refere ao que ficou conhecido no direito francês como o *droit a l'integrite*: “*el derecho de vigilar las publicaciones, representaciones, ejecuciones, reproducciones o traducciones de la misma, y oponerse a que el título, texto, composición, etc., sean suprimidos, supuestos, alterados, etc.*”.

O direito de arrependimento se define como “*el derecho de corregir o modificar la obra enajenada siempre que no altere su carácter o finalidad y no perjudique el derecho de terceros adquirentes de buena fe*”, como disposto no parágrafo 3º, conhecido pelo direito francês como *droit de retrait (ou de repentir)*. Otero (1953) diz que “*tiene esta facultad íntima conexión con la de no entregar la obra contratada, y en la jurisprudencia francesa recibe un desarrollo paralelo, cuando no igual, al de aquélla*”.

4.2 Direitos patrimoniais

Para os propósitos do presente trabalho, citar e detalhar cada uma das disposições da legislação uruguaia sobre os direitos patrimoniais. Contudo, faz-se mister destacar alguns artigos da Lei nº 9.739/73.

O Capítulo III encarrega-se dos direitos do autor e seus sucessores. O artigo 8 estabelece que os direitos de autor podem ser transmitidos conforme a lei. Na lei uruguaia, no artigo 9, existe um valor fixo para revenda de obras de arte plásticas ou escultura, feitas em hasta pública, em que o autor e seus herdeiros têm direito a três por cento do valor da revenda.

O artigo 10 dispõe que durante a vida do autor será impenhorável a terceira parte do valor dos direitos de autor que a obra possa produzir a partir da data de seu amparo legal ou desde o momento em que efetivamente se encontre no comércio.

Otero (1953) explica o direito patrimonial, chamado por ele de direito pecuniário, da seguinte forma: *“así como el derecho moral está estrechamente vinculado con la persona del autor, el derecho pecuniario lo está con la obra, sin perjuicio de la relación lógica que tiene también con el autor, en provecho del cual se ha estatuido”*.

Os artigos de 14 a 25 tratam dos direitos patrimoniais das obras. O artigo 14 garante que *“el autor conserva su derecho de propiedad durante toda su vida, y sus herederos o legatarios por el término de cuarenta años a partir del deceso del causante”*. O artigo ainda estabelece que quando se tratar de obras póstumas, o direito dos herdeiros e legatários durará quarenta anos a partir do falecimento do autor. Além disso, se a obra não for publicada, representada, executada ou exibida dentro dos dez anos a contar da data do falecimento do autor, cairá em domínio público. Também se garante o direito dos herdeiros menores, caso em que o prazo se contará desde que tenham representação legal para este efeito.

Ademais, o artigo 31 estabelece que *“el adquirente a cualquier título de una de las obras protegidas por esta ley, se sustituye al autor en todas sus obligaciones y derechos, excepto aquellos que, por su naturaleza, son de carácter personalísimo”*.

O direito de exploração econômica pelo adquirente pertencerá a este até depois de quinze anos do falecimento do autor, de acordo com o artigo 33, passando a partir desta data a seus herdeiros, que usufruirão da propriedade conforme a o disposto no artigo 14.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA PERSPECTIVA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO REFERENTE A DIREITOS AUTORAIS NO MERCOSUL

Em linhas gerais, conforme pôde ser observado ao longo de todo o desenvolvimento do presente trabalho, observamos que além da uniformidade resultante do esforço pela uniformização dirigida do tratamento jurídico de direitos autorais, advinda através dos tratados internacionais dos quais todos os países em estudo são signatários (responsáveis pela uniformização das matérias concernentes aos direitos patrimoniais), há também a forte influência do fenômeno da uniformidade espontânea, causado pela proximidade entre as distintas tradições jurídicas das quais se derivam os ordenamentos jurídicos latinoamericanos.

A partir de tal ótica, denotamos uma forte predominância do reconhecimento geral de todos os direitos morais desenvolvidos a partir da tradição de direito autoral francesa, com apenas algumas pequenas diferenciações entre os ordenamentos estudados. Dada a tamanha uniformidade de suas previsões, acreditamos que não se aplicaria ao bloco econômico do Mercosul a possibilidade de assinatura de diretrizes gerais para a matéria, visto que se trataria de um esforço diplomático desnecessário.

Entretanto, devem ser reconhecidos os avanços específicos de cada ordenamento, visto que poderiam se mostrar vantajosos caso, em uma oportunidade futura, fossem adotados em âmbito interno por outros membros. Neste escopo, diversos exemplos podem ser citados.

Em um primeiro exemplo, a legislação brasileira se destaca por sua objetividade na definição dos direitos reconhecidos. Enquanto as legislações argentina, paraguaia e uruguaia se preocupam com a definição de direitos de forma esparsa e vezes excessivamente analítica, a lei brasileira conceitua de forma centralizada os direitos que reconhece, sobretudo no que tange aos direitos morais.

Uma segunda abordagem que se mostra vantajosa é observável na legislação argentina, ainda que de forma esparsa, a legislação argentina se preocupa com a aplicabilidade prática da norma posta, se preocupando de forma especializada com setores específicos da produção autoral, através da conceituação objetiva de determinados contratos, relações e setores, sem que tais informações sejam relegadas à microrregulação administrativa.

Desta forma, em conclusão, não corroboramos a possibilidade de uniformização dirigida de normas em matéria autoral no âmbito

do Mercosul, ressalvados os avanços observados em cada país, que servem de exemplo aos demais membros para futuras reformas na legislação, com vistas a uma constante evolução na proteção àqueles responsáveis pela criação, produção e difusão dos bens literários, científicos e artísticos.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, E. Y. **Direitos do autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ALMEIDA, A. J. **Direito de Autor nos Estados-partes do Mercosul - Registro de Obra Intelectual**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO, G. F. **A tutela internacional do direito do autor**. In: Direitos autorais: Estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. Eduardo Salles Pimenta (coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 124-132.

ARGENTINA. **Ley N° 11.723 de 28 de septiembre de 1933**. Sobre el régimen legal de la propiedad intelectual (Ley sobre el Derecho de Autor, modificada por hasta la Ley N° 26.570 de 25 de noviembre de 2009). Buenos Aires: Presidencia de la Nación, [2009]a. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/188424>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ARGENTINA. **Decreto Nacional N° 41.233/34 de 03 de mayo de 1934**. Decreto reglamentario sobre propiedad intelectual. Buenos Aires: Presidencia de la Nación, [1974]a. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar016es.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ARGENTINA. **Decreto N° 8.478 de 8 de octubre de 1965**. Adóptanse normas para una unís efectiva vigencia de las disposiciones que rigen el derecho de autor. Buenos Aires: Presidencia de la Nación, [1965]. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/85125/norma.htm>. Acesso em: 27 abr. 2019.

ARGENTINA. **Decreto N° 1.670/74 de 02 de diciembre de 1974**. Sobre protección de los derechos de autor, de interprete de musica y productores de fonogramas. Buenos Aires: Presidencia de la Nación, [1974]b. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/475950>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ARGENTINA. **Ley N° 24.870, de 20 de agosto de 1997.** Modifica los artículos 5 y 84 de la Ley N° 11.723 de septiembre de 1933 sobre el régimen legal de la propiedad intelectual (Ley sobre el Derechos de Autor). Buenos Aires: Presidencia de la Nación, [1997]. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/124716>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ARGENTINA. **Ley N° 25.006 de 15 de julio de 1998.** Modifica la Ley N° 11.723 de 28 de septiembre de 1933 sobre el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. Buenos Aires: Presidencia de la Nación, [1998]. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/124718>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ARGENTINA. **Ley N° 25.847 de 3 de diciembre de 2003.** Sustituye el artículo 20 de la Ley N° 11.723 de 28 de septiembre 1933 sobre el régimen legal de la propiedad intelectual. Buenos Aires: Presidencia de la Nación, [2003]. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/188232>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ARGENTINA. **Ley N° 26.285 de 15 de agosto del 2007.** Sobre la eximición del pago de derechos de autor, a la reproducción y distribución de obras científicas o literarias en sistemas especiales para ciegos y personas con otras discapacidades. Perceptivas Buenos Aires: Presidencia de la Nación, [2007]. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/188230>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ARGENTINA. **Ley N° 26.570 de 25 de noviembre de 2009.** Modifica la Ley N° 11.723 de 28 de septiembre 1933 sobre el Régimen Legal de Propiedad Intelectual. Buenos Aires: Presidencia de la Nación, [2009]b. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/188243>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ASCENSÃO, J. O. **Direito autoral.** 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOSA, D. B. **Uma introdução à propriedade intelectual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITTAR, C. A. Os processos modernos de comunicação e o direito de autor. **Revista de informação legislativa**, ano 19, n. 74, p. 294, jun. 1982.

BITTAR, C. A. **Direito de autor.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BITTAR, C. A. **Direito de autor.** 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BITTAR, E. C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, E. C. B.; CHINELATO, S. J. (coord.). **Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973**. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978**. Dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de técnico em Espetáculos de Diversões, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1978a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6533.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.615, de 16 de dezembro de 1978**. Dispõe sobre a regulamentação da profissão de Radialista e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1978b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6615.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.091, de 11 de novembro de 2009**. Acrescenta inciso VII ao § 2º do art. 81 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para incluir o nome dos dubladores nos créditos das obras audiovisuais. Brasília: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12091.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013**. Altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100 (...). Brasília: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.002, de 22 de maio de 2020**. Altera a as Leis nos. 11.371 (...). Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14002.htm. Acesso em: 27 mai. 2020.

CADRA. **Tipos de derecho**. Buenos Aires: Centro de Administración de Derechos Reprográficos Asociación Civil, [2018]. Disponível em: <http://www.cadra.org.ar/informacion/#tipos>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CHAVES, A. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.

COMORES. **Loi du 11 mars 1957**. Loi sur la propriété littéraire et artistique. Paris: Présidence de la République, [1957]. Disponível em: http://www.uaipit.com/uploads/legislacion/files/kmfr_35111.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

DUTRA, D. C. **Método(s) em direito comparado**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, vol.61, n. 3, set./dez.2016, p. 189-212. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620>. Acesso em: 20 fev. 2017.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Metodologia do trabalho científico**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LETTIERI, M.; PÉREZ PÉREZ, A. Uruguay, “País de refugio y reasentamiento”. **Revista de la Facultad de Derecho**, Montevideo, n. 27, p. 123-136, 6 abr. 2014. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/ffb4/97e523952a730ce13718c38bb3401066e1b4.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

MONTAÑO, B. B. El autor y su protección constitucional em el Uruguay: consideraciones generales. **Revista do Direito UNISC**. Santa Cruz do Sul, n. 35, p. 71-83 jan./jun. 2011.

MOUCHET, C.; RADAELLI, S. A. **Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1947.

NAVARRO, G. Derechos de autor y propiedad intelectual: amplitud y responsabilidad para ejercer nuestros derechos. In: ARGENTINA. **Guía REC: claves y herramientas para decifrar el ecosistema actual de la música**. Buenos Aires: Ministerio de Cultura, Presidencia de la Nación Argentina, [2015]. Disponível em: https://www.cultura.gob.ar/media/uploads/06-derechos-de-autor-y-propiedad-intelectual_guia-rec.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

OTERO, E. V. **Derecho de autor**. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 1953.

PEELER, C. D. From the providence of kings to copyrighted things (and French moral rights). **Indiana International & Comparative Law Review**, Indianápolis, v.9, n.2, p. 426, 1999. Disponível em: <https://mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol9p423.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SANTOS, O. L. S. **Considerações sobre a propriedade intelectual no processo de globalização mundial e integração regional com uma sucinta abordagem sobre sua proteção no Mercosul e no Brasil**. Disponível em: <http://http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22271-22272-1-PB.pdf>. Acesso em: 5 nov 2017.

SONÍ, M. **Derechos intelectuales**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

PARAGUAY. [Constituição (1992)]. **Constitución de la República de Paraguay**. Assuncion: 1992. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/224932>. Acesso em: 20 abril. 2020.

PARAGUAY. **Ley 1.328/98. Ley Derecho de Autor y Derechos Conexos**. Presidencia da Republica: Assuncion, 1998. Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/129429>. Acesso em: 20 abr. 2020./49

SANCHES, S. L. Direitos patrimoniais de autor. **Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, n. 21, p. 36-39, abr./jun. 2003.

SOUZA, A. R. Os direitos morais do autor. **Revista Eletrônica de Direito Civil**. [S.l.], a.2, n. 1, 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53>. Acesso em: 20 mar. 2020.

URUGUAY. [Constituição (1967)] **Constitución de la República Oriental del Uruguay**. Montevideo: Presidencia de la Republica, [1937]. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosleyes/constitucion>. Acesso em: 15 mar. 2020.

URUGUAY. **Ley n° 9.739**. Ley de Derechos de Autor. Montevideo: Presidencia de la Republica, [1937]. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/9739-1937>. Acesso em: 15 mar. 2020.

URUGUAY. **Ley n° 17.616**. Derechos de autor y derechos conexos. Montevideo: Presidencia de la Republica, [2003]. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp6602951.htm>. Acesso em: 15 mar. 2020.

URUGUAY. **Decreto n° 154/004**. Reglamentación de la ley sobre derechos de autor y derechos conexos. Montevideo: Presidencia de la Republica, [2004]. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/154-2004>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ATIVISMO JUDICIAL: UMA SOLUÇÃO PARA O CONSTITUCIONALISMO NACIONAL?

JUDICIAL ACTIVISM: A SOLUTION FOR NATIONAL CONSTITUCIONALISM?

Renato Siqueira De Pretto*

Bruna dos Anjos Klingor**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A síndrome da inefetividade das normas constitucionais. 3 Ativismo judicial e controle de políticas públicas. 4 Decisões judiciais como meio à concretização do valor normativo constitucional. 5 Segurança jurídica e limites ao exercício do poder jurisdicional. 5.1 Críticas ao ativismo judicial. 5.2 A Lei nº 13.655/2018. 5.3 A Comissão Parlamentar de Inquérito dos Tribunais Superiores. 6 A legitimidade do ativismo judicial. 7 Conclusão.

RESUMO: Este trabalho pretende analisar o ativismo judicial no contexto da Constituição Federal de 1988, discussão que assumiu um papel de destaque em razão do crescente protagonismo do Poder Judiciário em matérias de notável relevância social. O estudo é dividido em cinco partes: em um primeiro momento, demonstra-se a relação entre a conduta ineficiente do Poder Público e a ineficácia de direitos fundamentais, especialmente os condicionados à realização de políticas públicas; após, passa-se a uma breve apresentação das dimensões do ativismo judicial, seguida da exposição da progressiva posição ativista do Supremo Tribunal Federal em prol da materialização de valores constitucionais; ainda, são feitas algumas considerações sobre as principais críticas apresentadas pela literatura jurídica à ascensão institucional do Poder Judiciário, as consequências das inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 – que impõe a necessidade de segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público – à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e a proposta de instalação da denominada “Comissão Parlamentar de Inquérito dos Tribunais Superiores”; a última parte se destina a avaliar contrapontos favoráveis ao ativismo judicial. Metodologicamente, adota-se a abordagem dialética, servindo de procedimento a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se pela legitimidade das manifestações ativistas em um regime democrático desde que fixados limites ao exercício do poder jurisdicional, em consonância com o instituto da segurança jurídica.

Palavras-chave: direitos fundamentais. ativismo judicial. judicialização da política. segurança jurídica.

*Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2002). Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP (2009). Professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Professor Assistente do Curso de Especialização da Escola Paulista da Magistratura em Campinas Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura.

** Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2019). Advogada.

Artigo recebido em 10/11/2020 e aceito em 11/01/2021.

Como citar: PRETTO, Renato Siqueira De; KLINGOR, Bruna dos Anjos. Ativismo judicial: uma solução para o constitucionalismo nacional? **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 47-76, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ABSTRACT: *This work aims to analyze the judicial activism in the Brazilian Federal Constitution of 1988, a discussion that took an important role because of the Judicial Branch's increasingly protagonism in relevant social matters. The study has a five-fold character: to start, it is made explicit the relation between the inefficient actions of the Administration and the effectiveness of fundamental rights, specially those conditioned to public policies; later, follows the presentation of the progressive activist manifestations of Brazilian Supreme Court concerning the materialization of constitutional values; then, some considerations are crafted about the main critics made by the law Community about the Judiciary's institutional protagonism, the consequences of the innovations brought by Law no. 13,655/2018 – that imposes the need for legal certainty and efficiency to create and apply public law – to the Introduction Act to Brazilian Law Rules, and the instauration proposal of the "Legislative Commission of Inquiry about the Superior Courts"; the last part is intended to assess favorable counterpoints to judicial activism. Methodologically, the dialectic approach is adopted, serving as procedures bibliographical and jurisprudential research. It is concluded that activist manifestations are legitimate in a democratic regime, as long as boundaries to the judiciary practice are settled, in line with the institute of legal certainty.*

Keywords: *fundamental rights. judicial activism. judicialization of politics. legal certainty.*

INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais foram consagrados com prioridade pela Constituição Federal de 1988, que elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil. Entretanto, alguns direitos, notadamente os de ordem social, têm sua materialização estagnada devido a uma atividade ineficaz por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

Frente a esse *déficit* institucional, surge um fenômeno de crescente politização do Poder Judiciário, que passa a ampliar exponencialmente seu campo de atuação para interferir nas esferas tradicionalmente atreladas aos órgãos de competências tipicamente políticas e atender às demandas sociais outrora negligenciadas.

Em virtude dos acalorados debates sobre o tema no cenário jurídico-político atual, o presente estudo tem como objetivo contribuir com a literatura jurídica, averiguando se o ativismo judicial perfaz, ou não, um fenômeno eivado de ilegitimidade em sua essência.

Para tanto, evidencia-se a relevância conferida pelo constituinte à proteção dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, bem como a necessidade de uma posição ativa do Poder Público à efetivação das normas constitucionais de princípio programático.

A seguir, é introduzida a problemática concernente à impossibilidade de materialização de direitos de caráter prestacional em razão de impasses opostos pelos Poderes Legislativo e Executivo, tais

como a alegação de indisponibilidade financeira e a omissão legislativa ilegítima, fatores que acarretam uma crise de inefetividade constitucional.

Partindo-se da premissa de que existe no ordenamento jurídico um núcleo de direitos de plena exigibilidade perante os órgãos estatais, a terceira seção deste trabalho se destina a avaliar um conceito do fenômeno denominado “ativismo judicial”, demonstrando-se o processo de ascensão do Poder Judiciário, que passou a assumir uma função concretista às demandas sociais, em oposição a suas competências institucionais clássicas, que englobavam a mera aplicação do direito, com deferência aos demais Poderes.

Contrapondo a tese de possibilidade de utilização de condutas ativistas para a alteração das concepções paradigmáticas tradicionais no âmbito do direito brasileiro, passa-se a uma exposição das principais críticas doutrinárias à expansão do exercício do poder jurisdicional. Também são abordadas a promulgação da Lei de Segurança para a Inovação Pública (Lei nº 13.655/2018), que dispõe sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, acrescentando dez artigos à Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) e o requerimento de instalação da CPI dos Tribunais Superiores, a fim de se formular algumas considerações sobre os pontos de controvérsia aludidos no decorrer do presente trabalho e aferir a legitimidade do ativismo judicial à luz de questões como separação de Poderes e limites institucionais, judicialização da política e segurança jurídica.

Em síntese, conclui-se pela legitimidade do ativismo judicial como instrumento de combate à omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, desde que observados critérios de excepcionalidade, cooperação e racionalidade jurídica para sua utilização.

1 A SÍNDROME DA INEFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A Carta Magna de 1988 representa um marco em termos de despatriomonalização e personalização do direito, ostentando viés nitidamente humanista e democrático. Com efeito, destaca-se na vontade do constituinte “o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana” (SARMENTO;

SOUZA NETO, 2014, p. 170). Tal desígnio se demonstra, por exemplo, no artigo 1º, inciso III, do Texto Constitucional, que confere à dignidade da pessoa humana – considerada como base da liberdade e da justiça social, e um “centro de irradiação” dos direitos fundamentais (BARROSO, 2009, p. 38) – o *status* de fundamento da República Federativa do Brasil.

Na redação vigente da denominada Constituição Cidadã, não apenas se constata a existência de um título próprio reservado ao tema, como também uma autêntica instauração de um núcleo constitucional imodificável, *a priori* específico aos direitos e garantias individuais. Hodiernamente, também se infere extensão dessa imutabilidade aos direitos inerentes à ordem social – malgrado o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal estabeleça uma vedação à deliberação de propostas de emenda constitucional unicamente sobre a primeira categoria -, porque o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, no sentido de que os direitos sociais, sendo em última análise de titularidade individual, são cláusulas pétreas por extensão (STF, 2008, p. 3, *on-line*).

Em adição, o artigo 5º, § 1º, da denominada Constituição Cidadã assim preceitua: “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Apesar da existência de pontuais manifestações doutrinárias em favor de uma interpretação restritiva do dispositivo – a exemplo de João Pedro Gebran Neto (2002, p. 158), que parte do pressuposto originalista de que “o legislador constituinte, ao positivizar o seu pensamento, disse mais do que o pretendido”, e a norma abrangeria, em verdade, somente os direitos e garantias arrolados no próprio artigo 5º do texto constitucional¹ –, prevalece o entendimento de que o comando se estende a todas as normas que versam sobre a matéria, independentemente de sua localização no ordenamento jurídico. Nesse sentir, André Ramos Tavares (2012, p. 418-419). E Ingo Sarlet (2015, p. 280) complementa, ensinando que apesar dessa interpretação extensiva não implicar uma presunção de que todos os direitos possuem o mesmo grau de produção de efeitos no mundo concreto, é certo que o reconhecimento de um amplo alcance da ordem

¹ O autor reconhece que os direitos fundamentais são revestidos pelos princípios de máxima efetividade e força normativa da Constituição, mas sustenta que a extensão do alcance da ordem inscrita no artigo 5º, § 1º à totalidade dos bens jurídicos resguardados pela Lei Maior inviabilizaria sua concretização, sobretudo em matéria de direitos condicionados a prestações estatais. Assim, defende a existência de uma atecnia da redação do texto constitucional em relação ao sentido original almejado pelo legislador constituinte, pois a atribuição do máximo possível de eficácia da norma depende justamente de uma restrição de seu alcance (GEBRAN NETO, 2002, p. 151-158).

estabelecida pelo constituinte impõe aos órgãos estatais a obrigação de atribuir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

De outro lado, a despeito da interpretação constitucional favorável à ideia de efetivação imediata dos direitos fundamentais, a questão se torna problemática pelo fato de que a mera positividade dos direitos não se confunde com sua vigência ou eficácia.

Na concepção de José Afonso da Silva (2009, p. 65-66), o termo vigência expressa a existência de uma norma; a eficácia, por outro lado, assume um conceito mais específico, referindo-se à capacidade de aplicá-la no mundo concreto e atingir as consequências jurídicas previstas pelo legislador.

O imbróglio se instala com as normas constitucionais de princípio programático, que decorrem do compromisso firmado pelas forças políticas liberais em face das reivindicações populares de justiça social (SILVA, 2009, p. 135-142). Daí advém o caráter dirigente ou programático da Constituição Federal de 1988, que não se limita a estruturar e limitar o exercício do poder político, estabelecendo também um ideal a ser perseguido e concretizado pelo Estado e pela sociedade (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 61-62).

Nessa toada, não é suficiente a existência da norma jurídica, sendo imprescindível a imposição de um dever prestacional de seus órgãos à concretização das metas previstas nas normas de princípio programático, com vistas a se atingir os anseios sociais do constituinte:

Finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências, - podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado (SILVA, 2009, p. 32).

Assim, é possível concluir que a falta de materialização de alguns direitos de caráter prestacional decorre, em diversos casos, de uma crise na eficiência do Poder Público.

Com efeito, um empecilho comumente arguido pelos órgãos estatais é a denominada “reserva do possível”, que pode ser considerada, segundo Daniel Sarmiento (2016, p. 1671 e ss.) e Ingo Sarlet (2015, p. 296), sob uma dimensão tríplice: a fática, voltada à existência de recursos suficientes à satisfação do direito reivindicado, levando-se em consideração a escassez de receita pública; a jurídica, que não se limita à simples

disponibilidade material de recursos, englobando também autorização legal para sua distribuição; e a relativa à razoabilidade e proporcionalidade da prestação exigida.

Outro obstáculo à viabilização de direitos fundamentais diz respeito à inércia consciente dos Poderes constituídos no que tange à aplicação das imposições presentes na Lei Fundamental, situação que se verifica quando o Poder Legislativo recebe da Constituição competência para complementar ou integrar um comando constitucional e não o faz, ou quando o Poder Executivo deixa de expedir regulamento aludido pelo constituinte e imprescindível à execução da lei, tornando letra morta o texto constitucional (FERRAZ, 1987, p. 12).

Imperioso salientar que a inércia dos Poderes frente a uma ordem expressa na Lei Maior – especialmente em um Estado Democrático de Direito, em que a própria entidade estatal deve se submeter às normas jurídicas por ela formuladas – também caracteriza uma forma de inconstitucionalidade (BARROSO, 2011, p. 55-56), haja vista a instituição, pela Constituição Federal de 1988, de remédios constitucionais de combate à inação, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (artigo 103, § 2º) e o Mandado de Injunção (artigo 5º, inciso LXXI).

A conduta ineficiente do Poder Público, seja por ações restritivas ou, especialmente, por omissões inconstitucionais, obsta a conferência do maior grau possível de eficácia aos direitos fundamentais em casos concretos, surgindo a denominada “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”², que deve ser superada a fim de se evitar a conversão das garantias formuladas pelo constituinte em mera promessa constitucional inconsequente³.

Por conseguinte, diante do contraponto entre a inércia das normas constitucionais e a vedação ao retrocesso em matéria social no contexto de um Estado Democrático de Direito – conforme indicado no julgamento do AgR no ARE 639.337/SP (BRASIL, 2011, p. 128-129) –, sobrevém a

² De acordo com Aricê Moacyr Amaral Santos (1989, p. 31 apud MORAES, 2017, p. 183), a síndrome da inefetividade das normas constitucionais consiste na inércia de norma constitucional – consequentemente, da produção integral dos efeitos de determinados comandos presentes no texto da Constituição Federal – em decorrência de omissão legislativa. No ponto, o Ministro Alexandre de Moraes (ibidem) apresenta o Mandado de Injunção como “uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

³ A expressão “promessa constitucional inconsequente” foi adotada pelo Ministro Celso de Mello, por exemplo, ao proferir decisão monocrática nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.116.982/RJ, em 01 fev. 2019.

criação de novos mecanismos à superação da crise de efetividade das funções legislativa e executiva, avultando-se no cenário atual um protagonismo do Poder Judiciário, notadamente em matéria de políticas públicas.

2 ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O ativismo judicial consiste em um fenômeno jurídico de ascensão institucional do Poder Judiciário. Malgrado a ausência de uma definição unânime para o termo, o Ministro Luís Roberto Barroso (2012, p. 25-26) aponta que a ideia da conduta ativista “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, representando uma ruptura de um sistema marcado pela autorrestrrição judicial⁴ (CAMPOS, 2014, p. 50-54).

De partida, a posição ativista dos membros do Poder Judiciário pode ser verificada na aplicação dos comandos de patamar constitucional aos casos concretos. Em síntese, os magistrados que adotam uma postura proativa tendem a reconhecer a plasticidade das normas e princípios constitucionais, defendendo um desprendimento do sentido literal do texto e a possibilidade de adaptá-lo à realidade social subjacente. Destarte, cria-se um método interpretativo amplo da Constituição, o que permite sua aplicação em situações práticas não contempladas expressamente no texto constitucional, independentemente de qualquer autorização por parte do legislador ordinário em tal sentido (CAMPOS, 2014, p. 165-166).

Uma segunda dimensão do ativismo judicial se associa à “criação legislativa”: havendo uma inércia – total ou parcial – do Poder Legislativo frente a uma obrigação constitucional positiva, o Judiciário assume uma competência legiferante reservada, com o fito de materializar a vontade do constituinte (CAMPOS, 2014, p. 166).

Convém mencionar, ainda, a falta de deferência dos membros do Poder Judiciário à autoridade dos demais Poderes. Deveras, os juízes ativistas realizam uma fiscalização rígida sobre a legitimidade dos atos do Legislativo e do Executivo, substituindo-as por suas próprias decisões (CAMPOS, 2014, p. 167-168), através de um controle de constitucionalidade pautado em critérios mais flexíveis que a patente violação à Carta Magna (BARROSO, 2012, p. 26).

⁴ O autor faz alusão ao caso *Marbury v. Madison*, um dos precedentes que formariam o que denomina “pré-história do ativismo judicial”.

Por fim, há de se ressaltar uma quarta dimensão do ativismo, relativa à expansão do controle de políticas públicas e sociais dos Poderes Legislativo e Executivo. Diante da relevância conferida pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais e da crescente preocupação da própria sociedade com matérias referentes à dignidade da pessoa humana, abre-se margem a um vasto campo de atuação para os juízes ativistas, que se desfazem de sua posição dependente dos legisladores e dos representantes do Executivo e definem por si sós as políticas públicas necessárias à afirmação de direitos fundamentais sociais (CAMPOS, 2014, p. 169-171). Nessa vertente do fenômeno em apreço, a função jurisdicional se expande com a finalidade de contornar a atividade deficitária dos órgãos estatais em face do dever de concretização dos direitos fundamentais elencados no ordenamento jurídico. Tal dimensão é considerada de forma multifacetada, uma vez que pode envolver todas as demais, e constitui o mais controverso ramo do ativismo judicial, envolvendo diversas questões acerca de segurança jurídica e legitimidade, mormente pela existência de múltiplas e divergentes visões de moralidade política em um mesmo ambiente social.

3 DECISÕES JUDICIAIS COMO MEIO À CONCRETIZAÇÃO DO VALOR NORMATIVO CONSTITUCIONAL

No direito brasileiro, a temática relativa ao ativismo judicial se tornou expressiva com o advento da Constituição Federal de 1988, que além de consagrar numerosos direitos fundamentais em um Título próprio e lhes conferir aplicação formal imediata, nomeou o Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Constitucional, atribuindo ao Judiciário, para tanto, uma série de prerrogativas capazes de levá-lo a atuar significativamente em questões essenciais ao pleno funcionamento da República Federativa do Brasil (TEIXEIRA, 2012, p. 40-41).

Para Barroso (2014, p. 7), a judicialização é inerente aos contornos institucionais hodiernos, e decorre de um modelo de constitucionalização abrangente e de um aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade. Uma vez provocados pela via processual adequada, os magistrados recebem o dever de se manifestar sobre as matérias levadas a juízo, o que acarreta a participação do Poder Judiciário em uma extensa variedade de temas de notória relevância e/ou repercussão midiática.

Não obstante, enquanto a judicialização é um fato, o modo de exercício da jurisdição constitucional é uma opção política. Por essa

premissa, o ativismo judicial se torna uma atitude, centrada na escolha do magistrado de interpretar expansivamente o texto constitucional com a finalidade de maximizar suas potencialidades (BARROSO, 2014, p. 9).

Em que pese o poder de judicialização conferido pela Lei Fundamental de 1988, o Supremo Tribunal não mostrava, *a priori*, uma atuação ativista (CAMPOS, 2014, p. 240-244), optando por uma evidente postura de autorrestrição prudencial funcional⁵, em consonância com seu histórico de passividade judicial. Ainda segundo Campos (2014, p. 176-180), o avanço no protagonismo institucional da Corte se dera somente com a chegada do novo milênio, com a flexibilização dos requisitos de legitimidade para a propositura de ADI em benefício de entidades de classe, a intensificação do controle de constitucionalidade dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias e a crescente interferência nas prerrogativas dos partidos políticos (vide as questões relativas a “cláusulas de barreira” - ADIs 1351 e 1354 - e “infidelidade partidária” – ADIs 3999 e 4086).

Atualmente, o ativismo judicial nos Tribunais Superiores, em especial no Supremo Tribunal Federal, tem sido objeto de diversas discussões entre os juristas, mormente pelas sucessivas resoluções, por parte da Corte Constitucional, de matérias controversas no cenário sociopolítico.

Nesse vértice, oportuno mencionar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4.773, em que se discutiu a (in)existência de omissão do Congresso Nacional em decorrência da ausência de edição de lei tipificando a homofobia e a transfobia como crimes. O julgamento foi concluído em 13 de junho de 2019, com o reconhecimento da mora legislativa, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Em seu voto na ADO nº 26/DF, o Relator Ministro Celso de Mello obtemperou que o Congresso Nacional deixou de editar ato normativo apto a punir condutas discriminatórias derivadas da orientação sexual ou identidade de gênero dos ofendidos mesmo após o decorrer de mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, configurando a omissão legislativa um manifesto desrespeito à função concretista da Carta Magna (BRASIL, 2019, p. 51).

⁵ O autor destaca os elementos clássicos da formação da autorrestrição judicial, mencionando a posição doutrinária de John Daley quanto a três condutas que caracterizariam a autorrestrição: “deferência – ‘juízes devem evitar contradizer as decisões dos outros poderes de governo’; discricção – ‘juízes devem evitar fazer escolhas morais (e talvez políticas, sociais e econômicas)’; prudência – ‘juízes devem evitar tomar decisões que enfraquecerão sua capacidade de tomar outras decisões’”.

O Ministro defendeu não somente o reconhecimento da omissão legislativa, como também a supressão, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, do vácuo normativo. Segundo ele, vislumbradas similaridades entre condutas racistas e transfóbicas ou homofóbicas⁶, deve ser aplicada a Lei do Racismo às hipóteses de discriminação à comunidade LGBTQI+ até a edição, pelo Congresso Nacional, de ato legislativo específico (ibidem, p. 65-66:90). Para o então Decano da Suprema Corte, a utilização da Lei nº 7.716/89 não configura uma manifestação legiferante do Tribunal, mas um processo de interpretação normativa, função típica do Poder Judiciário (ibidem, p. 92).

Posto isso, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal um crescente papel de desenvolvimento, pelo Judiciário, dos contornos do cenário político pátrio. O ativismo judicial, dessa forma, é uma postura cada vez mais frequente no exercício da função jurisdicional, afigurando-se como um importante mecanismo de concretização, sobretudo em matéria de direitos fundamentais e políticas públicas, do valor normativo da Constituição Federal.

4 SEGURANÇA JURÍDICA E LIMITES AO EXERCÍCIO DO PODER JURISDICIONAL

Em resposta ao aumento exponencial do protagonismo institucional do Judiciário, uma fração significativa da literatura jurídica se dedicou a fomentar diversas reprimendas ao ativismo praticado pelos magistrados. Outrossim, os Poderes Legislativo e Executivo passaram a adotar medidas restritivas à atividade jurisdicional.

⁶ “A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas. A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada” (BRASIL, 2019, p. 80).

4.1 Críticas ao ativismo judicial

Uma parcela considerável das críticas ao fenômeno advém de adeptos à versão mais extrema da teoria do originalismo, contrária à ideia de mutabilidade do direito em um determinado espaço temporal e atada às ideias de “significado original da Constituição” e “intuito original do constituinte”. No Brasil, um exemplo de decisão judicial de repercussão nacional em que tal objeção foi levantada se refere à resolução da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar e optou por uma interpretação extensiva do texto constitucional quanto ao conceito de família, com o fito de evitar desigualdades fundadas em orientações sexuais. A alteração na via interpretativa do texto literal da Constituição é, para os defensores da autocontenção, uma ultrapassagem ilegítima do poder jurisdicional dos tribunais, que deveriam se limitar à aplicação das normas em seu exato sentido original.

Outra irresignação que merece destaque é a pertinente ao desrespeito dos magistrados aos precedentes judiciais. Motivados pelo dever constitucional de assegurar direitos e garantias constitucionais, os juízes e tribunais ativistas tendem a se afastar tanto das normas instituídas pelo legislador quanto dos padrões estabelecidos pelo próprio Poder Judiciário, gerando uma imprevisibilidade institucional que contradiz a doutrina do *stare decisis*:

Certos de que o ativismo se justifica pela necessidade de concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, os magistrados, no afã de realizar a justiça social pela via da redistribuição de recursos, acabam em determinadas circunstâncias por afastar-se da normatividade da lei para dar preferência a uma compreensão específica de um determinado princípio constitucional e, nesse ato, provocam o que Diego Arguelles, Joaquim Falcão e Luís Fernando Schuartz denominam de “incerteza quanto ao conteúdo”, geradora da imprevisibilidade da decisão judicial (BARBOSA; ROCHA, 2015, p. 125).

Insta frisar que os adeptos a esse argumento não defendem a adoção indiscriminada aos precedentes. Nesse sentir, William P. Marshall (2002, p. 119), que elencou índices que intitula como “os sete pecados do ativismo judicial”, não se opõe à legitimidade da superação de algumas decisões judiciais anteriores – em especial as pautadas em preceitos

exclusivamente religiosos ou culturais, por exemplo –, mas aponta que o não reconhecimento do valor da segurança jurídica garantida pela vinculação dos juízes ao sistema de precedentes em geral seria destrutivo ao Estado de Direito.

Marshall (2012, p. 125) ainda ressalta uma terceira vertente do ativismo judicial, centrada na criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional. Para ele, o fato de uma decisão judicial ser alicerçada em preceitos inovadores não implica imediata presunção de ilegitimidade, haja vista o advento de novos problemas e circunstâncias imprevistos pela doutrina jurídica. A objeção, entretanto, volta-se às definições de direito pelos tribunais independentemente da existência de prévia norma legislativa regulamentadora do exato caso concreto analisado pelos magistrados, ocasionando o que pode ser denominado “direito judicial”. Ao deixarem de se vincular às normas estabelecidas pelo legislador ou aos parâmetros definidos por seus próprios órgãos – vide a questão dos precedentes abordada no item anterior –, os juízes e tribunais acabam por gerar ampla imprevisibilidade das decisões judiciais, ocasionando a insegurança jurídica reiteradamente aludida pelos críticos ao ativismo judicial.

Assim, conforme Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 47), a realização de julgamentos com caráter de criação legislativa gera uma instabilidade institucional que culmina na criação de latente insegurança jurídica, tendo em vista que o fundamento decisório não está na legislação aplicável ao caso concreto, mas tão somente na própria decisão judicial.

A quarta crítica se refere ao ativismo remedial (configurado no uso do Poder Judiciário com o intuito de impor obrigações positivas aos outros órgãos ou instituições governamentais em uma forma de controle judicial de suas atividades típicas, mormente em matéria de direitos fundamentais), pela percepção de uma conduta excessivamente interventiva do Judiciário sobre os demais Poderes (MARSHALL, 2012, p. 126).

No ponto, Luís Roberto Barroso (2009, p. 45) explica que a crítica mais frequente é de ordem financeira, e consiste na alcinhada reserva do possível. Em que pese a necessidade de concretização de direitos fundamentais, as decisões proferidas pelos tribunais em defesa da impossibilidade de recusa, pelo Poder Público, à concessão imediata de direitos (de qualquer natureza) assegurados pela Constituição Federal, não possuem o condão de contornar a realidade fática, qual seja, a insuficiência do orçamento disponível frente à demanda social. Essa forma

de atuação dos magistrados provoca, segundo os opositores à posição ativista, uma desorganização da Administração Pública, sobretudo nas hipóteses relativas ao direito à saúde. Nesses casos, em vez de seguir os regulamentos formulados pelo Legislativo e aplicados pelo Executivo⁷, o Judiciário impõe obrigações de cumprimento imediato, o que demanda uma movimentação do sistema administrativo que resulta na prejudicialidade da execução rotineira de programas sociais – desse modo, o Poder Público deixaria de disponibilizar a um paciente determinado tratamento ou fármaco a que teria direito para fornecer outro, muitas vezes de alto custo, a um litigante individual.

O Ministro fluminense salienta ainda a existência de uma crítica técnica, concernente à falta de conhecimento específico do Poder Judiciário à instituição de políticas públicas. Destarte, a despeito da motivação correccional do juiz, sua atuação ativista poderia, ao contrário, agravar a inefetividade, pois desempenha o papel de mero ator social, sem a qualificação técnica para avaliar se sua decisão é, de fato, a mais adequada para promover determinados direitos, tarefa gerencial que incumbe à Administração Pública (BARROSO, 2009, p. 46-47).

Em prosseguimento, um dos mais recorrentes argumentos aludidos pela literatura jurídica contrária à figura do ativismo se pauta na tese de incapacidade dos tribunais de restrição à função jurisdicional que lhes é conferida pela Constituição (MARSHALL, 2002, p. 104).

Consoante a Constituição Federal de 1988, a separação de Poderes compõe o núcleo imodificável do Texto Constitucional, na forma de cláusula pétrea, *ex vi* de seu artigo 60, § 4º, inciso III. As funções legislativa, executiva e jurisdicional se dividem em um modelo orgânico tripartite, abrangendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A crítica ao ativismo nessa dimensão se dá quando o Poder Judiciário se afasta de seus limites tradicionais de atuação para interferir em excesso nos demais órgãos, através de um controle de constitucionalidade sem critérios definidos e justificados simplesmente pela tese de supremacia judicial.

Para os adeptos a essa tese, de acordo com os ensinamentos de Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi (2013, p. 467), o Supremo Tribunal Federal se considera um “‘árbitro definitivo da constitucionalidade das leis’”. Entende que sua função de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102

⁷ Os críticos salientam que a Constituição Federal, em seu 196, apresenta o direito à saúde como norma programática, fazendo menção expressa a políticas públicas, o que demonstraria a necessidade de ação desses Poderes (e não do Judiciário) para sua implementação.

‘caput’), confere-lhe o *monopólio da última palavra* em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”.

Um dos casos concretos brasileiros emblemáticos sobre o tema diz respeito ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, em 2012, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o Excelso Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a questão do aborto de feto anencéfalo. Trata-se de uma clara demonstração de ativismo criativo, em que coube ao Poder Judiciário lidar com uma situação que não se encontrava prevista – seja contra ou a favor da criminalização – pela legislação pátria. Nesse julgamento, o STF atuou como legislador positivo, considerando inconstitucional a tipificação do aborto de feto anencéfalo nos crimes inscritos nos artigos 124, 126 e 128, inciso II, do Código Penal e, conseqüentemente, criando uma nova hipótese de atipicidade da interrupção da gravidez, função que incumbiria somente ao Poder Legislativo. Constata-se, assim, um distanciamento do Tribunal de sua função típica de aplicação e sua aproximação do processo de criação do direito.

Parte dos juristas condena, ainda, a resistência dos juízes e tribunais à obrigação de deferência às decisões dos órgãos democraticamente eleitos (MARSHALL, 2002, p. 104).

A Constituição Federal confere poder a órgãos institucionais e lhes distribui competências diversas, sendo as essencialmente políticas atribuídas ao Legislativo (na condição de responsável pela criação do direito positivo) e ao Executivo (que concentra, em um sistema presidencialista, as funções de chefia de Estado e de governo). Ao Poder Judiciário, de modo diverso, são distribuídas competências fundamentalmente técnicas, relativas à subsunção das normas jurídicas emanadas pelo Legislativo. Conquanto insofismável a reserva legítima, pela Carta Constitucional, de algum poder político aos magistrados, a questão se torna complexa nos casos em que os juízes e tribunais substituem a vontade dos agentes democraticamente eleitos por suas próprias, sem qualquer racionalidade a embasar tal sobreposição, provocando a chamada “dificuldade contramajoritária” (BARROSO, 2013, p. 240), tendo em vista a ausência de participação popular no processo de seleção dos integrantes do Judiciário.

Sintetizando as críticas gerais a essa forma de ativismo, Teixeira (2012, p. 50) explica que apesar de as omissões do Executivo e do Legislativo autorizarem, a princípio, a intervenção dos juízes na tutela dos direitos fundamentais, a legitimidade política do Poder Judiciário o

impede de assumir tal função definitivamente, à míngua de participação popular no processo de seleção dos magistrados:

Por um lado, na jurisdição ordinária, os juízes são selecionados mediante concurso público, sem qualquer participação popular na escolha, enquanto no âmbito dos tribunais superiores, sobretudo no caso do Supremo Tribunal Federal, os nomes dos magistrados são escolhidos pelo chefe do Executivo, inexistindo também a mínima participação popular nesse processo. O déficit democrático do Judiciário no enfrentamento dos assuntos de maior gravidade enfraquece a legitimidade do Estado como agente de promoção da paz social e do desenvolvimento humano, pois as escolhas políticas fundamentais, quando feitas pelo Judiciário, não possuem a representatividade popular necessária e, em consequência, não podem ser cobradas pelo próprio povo, como ocorre, por exemplo, com o “juízo pelas urnas” ao qual os membros de cargos eletivos do Executivo e do Legislativo são submetidos, no mínimo, a cada quatro anos.

E Paulo Paiva (2013, p. 515) complementa, asseverando que uma jurisdição constitucional radicalmente majoritária exerce um poder de veto sobre o legislador, resultando em um Poder Judiciário “controlador não controlado”, sendo imprescindível uma primazia de um autogoverno democrático para manter o regular desenvolvimento político.

Por derradeiro, vale mencionar a ênfase atribuída pelos juristas ao binômio direito e política, sobressaindo-se a questão atinente ao uso do poder judicial com vistas à concretização de objetivos partidários.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso (2014, p. 15), é inexorável a distinção entre direito e política: enquanto o primeiro preza pelo respeito às leis e à racionalidade jurídica, a segunda valoriza o princípio majoritário e a vontade soberana do titular de poder. Não obstante, há uma linha tênue e transigível entre as duas áreas, partindo-se da premissa de que em um Estado de Direito o ordenamento jurídico confere legitimidade e delimita o poder político. Os ativistas, no entanto, manifestam-se pela indissociabilidade entre direito e política, motivados pela ideia de que o aumento do grau de complexidade das relações sociais resulta na convocação do Poder Judiciário a intervir em matérias que ultrapassam os limites da racionalidade jurídica (BARROSO, 2014, p. 42).

Para o Ministro fluminense (BARROSO, 2013, p. 228-229), os conceitos de ativismo e judicialização se aproximam, mas não se confundem, caracterizando-se esta pela transferência de uma parcela

do poder decisório sobre questões políticas, sociais e morais de larga repercussão geral – prerrogativa/dever originalmente atrelado às instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Legislativo e o Executivo – ao Judiciário. Esse aumento na jurisdição constitucional, para seus críticos, permite a desvinculação dos magistrados de seu papel essencialmente técnico, o que acarretaria a prolação de decisões judiciais assentadas em valores ideológicos de foro íntimo de cada julgador (CROSS; LINDQUIST, 2007, p. 1766).

Nesse vértice, Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper (2015, p. 56-57) explicam que a dificuldade na fixação de um conceito de ativismo judicial e a existência de numerosos posicionamentos sobre a temática acarreta a possibilidade de se deparar com aqueles que associam a decisão judicial a um ato de vontade do julgador; sob essa concepção, o fenômeno se relaciona à “configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente” .

Para os autores, o julgador, amparado pela tese de que o protagonismo judicial seria uma dinâmica inevitável para a conquista de um fim supostamente moral, utiliza-se de argumentos metajurídicos para decidir conforme lhe convém, ainda que em violação ao texto constitucional. Em consequência, pode-se concluir que o ativismo corresponde a uma ameaça ao regime democrático – primeiramente, pela simples inobservância à Carta Magna; em segundo lugar, pela insegurança jurídica causadas por decisões judiciais pautadas na vontade dos magistrados:

O senso comum costuma pensar a Democracia como um processo cujo fim é a sua conquista, ou como algo do qual a coletividade se apropria. Não é visto tal qual é: uma relação, sempre instável e sujeita a altos e baixos, a avanços e retrocessos, a continuidades ou rupturas. Nossa história mostra isso. A democracia precisa ser vista numa perspectiva histórica e de lutas políticas. O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em

benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 56-57).

Haveria ainda um desdobramento mais alarmante da judicialização da política, em que os magistrados não apenas se influenciariam por orientações de cunho pessoal, como também realizariam julgamentos predeterminados a fins específicos, mesmo que precisassem emanar, para tanto, decisões contrárias a interesses legítimos de alguma parte litigante. Essa hipótese representaria, no entendimento de Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 47), a modalidade mais nociva de ativismo, pois os pronunciamentos judiciais, nessa perspectiva, estariam viciados pelo decisionismo político.

4.2 A Lei nº 13.655/2018

Diante dos conflitos acerca dos limites decisórios nas esferas administrativa, controladora e judicial, em 25 de abril de 2018, foi publicada a denominada Lei de Segurança para a Inovação Pública (Lei nº 13.655/2018), que dispõe sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, acrescentando dez artigos (desconsiderando-se o artigo 25, objeto de veto presidencial por Michel Temer) à Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Evidencia-se uma tentativa do legislador de coibir decisões arbitrárias e carentes de fundamentação em matéria de gestão pública, impondo ao julgador o dever de avaliar os possíveis resultados decorrentes do exercício de seu poder jurisdicional. A valer, há um incentivo ao pragmatismo jurídico em sua tridimensionalidade, ou seja, através do contextualismo (adequação das decisões judiciais às necessidades humanas e sociais), do consequencialismo (antecipação dos resultados previsíveis caso adotada determinada interpretação) e do antifundacionismo (rejeição de qualquer conceito puramente abstrato ou até metafísico na atividade judicial) (POGREBINSCHI, 2005 p. 1).

A título de exemplo das implicações da alteração legislativa, convém citar a recente Suspensão de Segurança nº 5.363, ajuizada pelo Estado de São Paulo em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça daquele estado (TJSP) nos autos do Agravo de Instrumento nº 2062467-83.2020.8.26.0000. Na oportunidade, os desembargadores responsáveis pelo julgamento do recurso decidiram por impedir o ente federativo de

aplicar penalidades tributárias de cunho pecuniário durante o período de instabilidade ensejado pela pandemia de COVID-19, sob o alegado objetivo de resguardar o particular de eventuais impedimentos ao livre exercício de sua atividade econômica.

Após a questão ser dirigida ao Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Segurança nº 5.363/SP – São Paulo), o Ministro Dias Toffoli entendeu por deferir a suspensão da ordem, reconhecendo a ocorrência de um ativismo exacerbado e o potencial lesivo do comando exarado pelo magistrado de primeiro grau. Embora não haja menção expressa à Lei nº 13.655/2018, o Ministro salientou a imprescindibilidade de limitações ao poder jurisdicional, bem como a necessidade de observância aos impactos das decisões judiciais à ordem público-administrativa e econômica:

Mas, exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, não se podendo privilegiar determinado segmento da atividade econômica em detrimento de outro, ou mesmo do próprio Estado, a quem incumbe, precipuamente, combater os nefastos efeitos decorrentes dessa pandemia.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário decidir quem deve ou não pagar impostos, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento.

Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas.

Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa.

Ademais, a subversão, como aqui se deu, da ordem administrativa vigente no estado de São Paulo, em matéria tributária, não pode ser feita de forma isolada, sem análise de suas consequências para o orçamento estatal, que está sendo chamado a fazer frente a despesas imprevistas e que certamente têm demandado esforço criativo, para

a manutenção das despesas correntes básicas do estado (BRASIL, 2020, p. 4-5).

Sob outra perspectiva, no entanto, o Desembargador Luiz Sergio Fernandes de Souza (2018, p. 125-128) afirma que a Lei nº 13.655/2018 de fato representa uma resposta do legislador ao fenômeno da judicialização da política, mas não possui o condão de extirpar o ativismo do processo hermenêutico; ao revés, legitima o exercício do controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo, porquanto autoriza o magistrado a agir, simultânea e controversamente, em conformidade (ao cumprir seu dever de justificar e estimar as possíveis consequências de suas decisões) e contra a norma (ao entender por adotar, após analisar as consequências dos atos administrativos, uma solução diversa da apontada pelo administrador) (SOUZA, 2018, p. 131-132), contanto que aja em regime de cooperação com a Administração Pública interessada.

4.3 A Comissão Parlamentar de Inquérito dos Tribunais Superiores

O movimento mais recente dos legisladores consiste no requerimento encabeçado pelo Senador Alessandro Vieira, protocolado perante o Senado Federal em 19 de fevereiro de 2019 (RQS nº 12/2019) e destinado à criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para “investigar condutas ímprobas, desvios operacionais e violações éticas por parte de membros do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Superiores do País” (BRASIL, 2019, p. 1). A instalação do procedimento investigatório, que recebeu a alcunha de “CPI da Lava Toga”, teria causa na violação, pelos juízes, dos limites de suas competências funcionais, em um ativismo judicial hiperbólico que violaria “o princípio da isonomia, previsibilidade e segurança jurídica, gerando privilégios e acesso diferenciado à justiça” (ibidem, p. 6).

O documento, subscrito por vinte e nove (29) parlamentares, indica treze (13) supostas condutas indevidas por parte de integrantes do TST, STJ e STF, relativas a: atuação de ministros em processos em que deveriam ter se declarado suspeitos ou impedidos (itens 1, 2, 3, 4, 5 e 13); interferência do Supremo Tribunal Federal na eleição do Presidente do Senado Federal, em oposição ao rito determinado pelo Plenário da Casa Legislativa (item 6); prolação de decisões contrárias à trilha jurisprudencial da Corte Constitucional (itens 7 e 11); utilização exacerbada de pedidos de vista para retardar decisões do Plenário (item 8); tratamento desigual

conferido aos processos judiciais, notadamente pela reversão, em 48h, de liminar que afastou o Senador Renan Calheiros da Presidência do Senado Federal, em detrimento de demandas que permanecem há mais de uma década pendentes de julgamento (item 9); concessão de liminar para estender o auxílio-moradia a todos os magistrados, reformada após negociação salarial celebrada com o Governo Federal (item 10); recebimento, pelo ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Cesar Asfor Rocha, de mais de cinco milhões de reais da empreiteira Camargo Corrêa, para que criasse empecilhos ao pleno andamento da Operação Castelo de Areia (item 13) (BRASIL, 2019, p. 14-16).

Todavia, o Plenário do Senado Federal emitiu a Nota Informativa nº 1.039, de 20 de março de 2019, em que decidiu por arquivar o requerimento supracitado, sob o argumento de que a Comissão Parlamentar de Inquérito não se presta a investigar atos típicos do Poder Judiciário, sob pena de se transformar o Poder Legislativo em órgão revisional, em ofensa ao princípio da separação de Poderes (BRASIL, 2019, p. 4-10). Aliás, ao protocolar parecer sobre o Recurso (SF) nº 1, de 2019 – também rejeitado pelo Plenário da Casa Legislativa –, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) asseverou que embora reconheça a necessidade de fiscalização do Poder Judiciário, a crise institucional deve ser contornada através da edição, com o devido debate parlamentar, de um novo Estatuto da Magistratura, incumbindo ao Supremo Tribunal Federal deflagrar o processo legislativo correspondente (ibidem, p. 8).

De todo modo, a CPI dos Tribunais Superiores permanece em debate, sendo inclusive objeto de constante reivindicação em manifestos populares.

5 A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL

Expostas as principais críticas ao protagonismo do Poder Judiciário, propõe-se neste momento um breve contraponto, a partir de uma abordagem do ativismo judicial como fenômeno legítimo.

À luz da interpretação conforme os princípios constitucionais, a atuação corretiva do Poder Judiciário não é de todo ilegítima. Quanto à principal objeção oposta pelo Poder Público à efetivação de políticas públicas, qual seja, a cláusula da reserva do possível, conquanto irretorquível a escassez de recursos disponíveis frente às reivindicações da sociedade,

as categorias de direitos a serem resguardados a partir da utilização do orçamento público devem ser observados sob perspectivas diversas.

Nesse vértice, Ana Paula de Barcellos (2008, p. 271-275) defende que a dignidade da pessoa humana pode ser dividida em duas categoriais, sendo um núcleo essencial e um conjunto secundário que, embora se enquadre nos parâmetros de dignidade, é sujeito à deliberação política e, portanto, à assertiva de insuficiência de recursos. O núcleo essencial, ao revés, consiste em uma gama de direitos cuja garantia é indispensável à preservação de condições básicas à existência humana digna – considerada de forma ampla, não se restringindo à mera sobrevivência (BARCELLOS, 2008, p. 230) – e, por consequência, ao oferecimento de oportunidades igualitárias aos cidadãos para que estes exerçam a participação política a que fazem jus em uma comunidade democrática (SARMENTO, 2016, p. 1652-1653).

Sobre a composição dessa categoria específica, comumente denominada “mínimo existencial”, a autora (2008, p. 288-333) destaca quatro elementos, quais sejam, saúde básica, educação fundamental (formando esses dois direitos, segundo a autora, um momento inicial em que se criam condições para que os indivíduos possam construir, com autonomia, sua própria dignidade⁸), assistência aos desamparados (destinada a evitar o patamar de indignidade, envolve questões sobre moradia, alimentação e vestuário) e acesso à justiça (visto como um instrumento imprescindível ao cumprimento, por particulares ou mesmo pelo Poder Público, dos comandos jurídicos).

Na qualidade de um núcleo sem o qual o princípio da dignidade da pessoa humana se tornaria obsoleto, o mínimo existencial adquire o *status* de direito subjetivo de plena exigibilidade perante os órgãos estatais, inclusive na esfera judicial. Em igual sentido, para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial não está sujeito à discricionariedade do Poder Público, porquanto representa direitos “que se compreendem nas garantias institucionais de liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.)” (TORRES, 2008, p. 79-82).

Assim, as normas constitucionais a ele referentes devem ser aplicadas de forma integral, sendo permitida uma ponderação sobre a

⁸ Essa noção de momento inicial da dignidade da pessoa humana é demonstrada expressamente pelo artigo 205 da Constituição Federal, *in verbis*: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

possibilidade de distribuição de verba pública somente quanto aos direitos remanescentes (BARCELLOS, 2008, p. 252-270).

De seu turno, não há como relevar a crítica técnica apresentada pela doutrina – de que os juízes não teriam qualificação específica para desempenhar a função gerencial tipicamente vinculada à Administração –, mas as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aparentemente visam a restringir e harmonizar o ativismo remedial do Judiciário, ao incentivar uma política de cooperação entre as distintas esferas do Poder Público. Destarte, para a Juíza de Direito Inês Moreira da Costa (2018, p. 10-12), a chamada “nova LINDB” estabelece uma reconfiguração do papel do magistrado, que passa a atuar com maior esforço interpretativo, valendo-se de uma abordagem dialógica: sendo imprescindível demonstrar a necessidade e adequação de determinada manifestação judicial, faz-se mister uma cooperação entre o julgador e o administrador, para que este forneça as informações essenciais – a exemplo das relativas ao orçamento, que antes permaneciam sob domínio exclusivo da Administração Pública – para que aquele tenha condições de priorizar, sem ignorar as dificuldades concretas do gestor, a implementação da política pública mais eficaz à satisfação das demandas sociais.

Proveitoso realizar, ainda, algumas ponderações sobre as capacidades institucionais do Judiciário. O fenômeno do ativismo judicial em si (desconsiderada sua manifestação de forma irrestrita, que padece de ilegitimidade) pode ser visto, de certo modo, como uma consequência direta da separação de Poderes. A estrutura orgânica atual da República Federativa do Brasil não promove uma completa segregação dos Poderes, admitindo procedimentos de gerência recíproca entre eles, sobretudo com o intuito de resguardar os direitos e objetivos classificados pelo constituinte como prioritários, tais como os direitos fundamentais – o que se comprova pela existência de institutos criados pela própria Constituição Federal para permitir ao órgão jurisdicional uma intervenção sobre o Legislativo e o Executivo caso constatada sua ineficiência, a exemplo do mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI, da CF/1988) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da CF/1988).

E a ação jurisdicional em defesa dos elementos essenciais da Constituição, mesmo que contrária à posição tradicional majoritária, não se contrapõe ao princípio democrático. Com efeito, segundo Barcellos (2008, p. 250-251), a democracia não implica necessariamente a aplicação do majoritarismo, que encontra limites nos direitos fundamentais dos indivíduos.

Destarte, notadamente em matéria de proteção aos direitos de grupos vulneráveis, o Supremo Tribunal Federal também possuiria uma legítima função contramajoritária, como bem exortou o Ministro Celso de Mello, relator no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF:

[...] o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política, que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito (BRASIL 2019, p. 142-143).

Não obstante tais considerações, mister reconhecer que a fronteira entre o ativismo judicial legítimo e o inconstitucional é, de fato, tênue e fragilmente delimitada. Se ao Judiciário, por um lado, é conferido o poder de agir de forma ativa, essa prerrogativa deve se restringir à defesa do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, e permanecendo o Poder Judiciário, mesmo nesse caso, sujeito a fundamentar racionalmente suas decisões, com arrimo nos preceitos na Constituição e independentemente de suas convicções políticas pessoais (BARROSO, 2012, p. 28-29).

CONCLUSÃO

O protagonismo institucional do Poder Judiciário se revela em ascensão nos contornos atuais da República Federativa do Brasil.

O conceito de separação de Poderes é gradativamente flexibilizado, possibilitando o surgimento de brechas às limitações funcionais atribuídas pelo constituinte aos magistrados. Conseqüentemente, observa-se uma crescente judicialização de matérias de notável repercussão social, passando a incumbir ao Judiciário o poder-dever de regular temas precipuamente vinculados aos Poderes Legislativo e Executivo.

A conduta ativista dos juízes e tribunais pode ser considerada como um instrumento legítimo para suprimir eventuais deficiências funcionais executivas ou legiferantes, contanto que observadas algumas ressalvas, sob pena de se converter o ativismo judicial benéfico em um fenômeno nocivo:

(a) A autorrestrrição é regra, uma vez que os deveres de prudência e deferência estão intrinsecamente relacionados com a manutenção da separação dos Poderes. A ampliação das capacidades institucionais do Poder Judiciário deve ocorrer de forma excepcional e unicamente com vistas a assegurar os elementos essenciais do Estado (como os direitos fundamentais, em um modelo de neoconstitucionalismo), caso esses se encontrem ameaçados em virtude de uma ação ou omissão por parte do Legislativo e/ou Executivo;

(b) Alguns fatores de ordem econômica, jurídica ou fática (tal como a cláusula de reserva do possível) compõem empecilhos relevantes – e válidos – à aplicação imediata de determinados direitos e garantias fundamentais. Propõe-se aqui a ideia de que o ativismo judicial é revestido de legitimidade somente quando utilizado para resguardar o mínimo existencial da Constituição, submetendo-se os demais direitos às deliberações dos Poderes originariamente responsáveis por tutelá-los;

(c) A ampliação das prerrogativas do Judiciário não equivale à sua total desvinculação dos demais Poderes. Ao revés, impõe-se um sistema de cooperação entre as diferentes esferas da organização do Estado – a exemplo do sugerido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com as alterações da Lei nº 13.655/2018 –, a fim de definir as medidas mais benéficas, concomitantemente, ao povo e ao Poder Público;

(d) A obrigatoriedade de correspondência entre as decisões proferidas pelos magistrados e os preceitos tradicionalmente consolidados e majoritários não é absoluta, mas eventuais inovações judiciais devem se pautar no objetivo de proteger o interesse de alguma parcela do povo. É certo que o Judiciário, à míngua de qualquer participação popular no processo de nomeação de seus membros, não possui o condão de substituir os representantes legítimos dos titulares de poder. No entanto, também

há de se reconhecer a necessidade de adequação do direito às constantes alterações na realidade social, de modo a evitar a aplicação de normas ultrapassadas e/ou discriminatórias. Assim, à vista do dever de proteção a direitos essenciais usualmente negados às minorias, o ativismo judicial pode ser um meio apto a materializar uma autêntica função contramajoritária do Judiciário, sem que isso implique violação ao princípio democrático;

(e) A atuação do Poder Judiciário, ainda que ativista e em benefício de determinados direitos, deve ter como premissa a racionalidade jurídica. Malgrado a indissociabilidade entre direito e política, ao magistrado compete analisar os casos concretos levados a juízo a partir de uma interpretação do sistema jurídico em vigor, vedadas quaisquer manifestações judiciais lastreadas exclusivamente em seus valores ideológicos pessoais ou finalidades partidárias, sob pena de violação à pluralidade política (reconhecida como um fundamento da República Federativa do Brasil) e ao princípio da imparcialidade do julgador, respectivamente.

Enfim, saliente-se que o presente artigo não se presta a formular juízos de valor sobre os atos praticados pelo Poder Judiciário brasileiro no cenário político atual, mas tão somente a examinar alguns contornos do fenômeno do ativismo judicial em abstrato, com o fito de aferir se há possibilidade de convivência pacífica entre a conduta ativista dos magistrados e a segurança jurídica – questão à qual se responde aqui de forma positiva, ainda que manifestas as problemáticas acerca do tema no plano concreto.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, C. M.; ROCHA, L. B. A. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 115-133, 2015.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. In: De PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luis Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 228-240.

BARROSO, L. R. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

BARROSO, L. R. Jurisdição constitucional: A tênue fronteira entre direito e política. **Migalhas**, 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v.5, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 9 ago. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 abr. 2018, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Nota informativa nº 1.039, de 2019. **Consultoria Legislativa do Senado Federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-senado-cpi-tribunais-superiores.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Parecer (SF) nº 1, de 2019. Autoria: Senador Davi Alcolumbre (DEM/AP). **Diário do Senado Federal nº 35**, 27 mar. 2019, p. 125-126. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7939598&ts=1554839251860&disposition=inline>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Requerimento (RQS) nº 12, de 2019. Criação ou alteração de comissão parlamentar de inquérito. Autoria: Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE), Senador Alvaro Dias (PODEMOS/PR), Senador Cid Gomes (PDT/CE), et. al. **Diário do Senado Federal nº 9**, 12 fev. 2019, p. 45. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2019/03/19/novo-requerimento-da-cpi-dos-tribunais-superiores>. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF – Distrito Federal**. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de março de 2005. Pesquisas com células tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida [...] Improcedência total da ação. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 29 mai. 2008, DJe 28 mai. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/ DF – Distrito Federal**. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Relator. Julgado em 20 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.116.982/RJ – Rio De Janeiro**. Reclamante: Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Adenir Batista da Silva. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgado em 1 fev. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339478482&ext=.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP – São Paulo**. Criança de até cinco anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida [...] Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição. Inocorrência de transgressão ao postulado da Separação de Poderes [...] Recurso de Agravo improvido.

Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23 ago. 2011, DJe-177 14 set. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF – Distrito Federal**. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12 abr. 2012, DJe-080 29 abr. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708/DF – Distrito Federal**. Impetrante: SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Voto do relator. Julgado em 25 out. 2007, DJe-206 30 out. 2008. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4.733/DF – Distrito Federal**. Impetrante: Associação de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Voto do Relator. Julgado em 21 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 5.363/SP – São Paulo**. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Relator do AI nº 2062467-83.2020.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Dias Toffoli. Decisão monocrática. Julgado em 15 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342924641&ext=.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTA, I. M. A judicialização das políticas públicas no Brasil e a necessária justificação prevista na Lei 13.655/2018. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, 2018. Disponível em: www.amb.com.br/cbm2018/regulamentos/a%20judicializacao.pdf. Acesso em: 3 abr. 2019.

CROSS, F. B.; LINDQUIST, S. A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, v. 91, n. 6, 2007. Disponível em: https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/CrossandLindquist_Final.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: DE PAULA, D. G.; FELLET, A. L. F.; NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 459-474.

FERRAZ, A. C. C. Inconstitucionalidade por omissão: Uma proposta para o constituinte. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, jan./mar. 1987. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/9781/8803>. Acesso em: 6 fev. 2019.

GEBRAN NETO, J. P. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARSHALL, W. P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Colorado City, v. 73 n. 2, 2002. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=330266. Acesso em: 2 ago. 2021.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAIVA, P. Juristocracia?. In: De PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luis Fernandes; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 499-528.

POGREBINSCHI, T. O que é o Pragmatismo Jurídico? **Boletim Centro de Estudos Direito e Sociedade (CEDES)**. Rio de Janeiro, julho 2005. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, D. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/26034/19156>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, L. S. F. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 14 n. 2, 2018. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/366. Acesso em: 3 abr. 2019.

STRECK, L. L.; TASSINARI, C.; LEPPER, A. O. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: [https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139#:~:text=Para%20tanto%2C%20o%20texto%20estabelece,Direito%20\(de%20Lenio%20Streck\).&text=A1%C3%A9m%20disso%2C%20o%20texto%20traz,atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20Judici%C3%A1rio%20na%20democracia](https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139#:~:text=Para%20tanto%2C%20o%20texto%20estabelece,Direito%20(de%20Lenio%20Streck).&text=A1%C3%A9m%20disso%2C%20o%20texto%20traz,atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20Judici%C3%A1rio%20na%20democracia). Acesso em: 2 ago. 2021.

TAVARES, A. R. Aplicabilidade das normas constitucionais. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**, v. 1., 2. ed., São Paulo: Saraiva, p. 403-438, 2012.

TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8 n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

TORRES, R. L. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DESAFIOS PARA O FORTALECIMENTO DAS ZONAS ESPECIAIS DE INTERESSE SOCIAL

CHALLENGES FOR STRENGTHENING SPECIAL AREAS OF SOCIAL INTEREST

Carolina Ferreira Silva*

Daniel Gaio**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Histórico normativo das ZEIS. 2 Distorções e propostas de fortalecimento das ZEIS. 2.1 Distorções nas ZEIS. 2.2 Medidas que reforçam o papel das ZEIS. Conclusões.

RESUMO: As Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) surgiu como resposta do campo institucional aos graves conflitos sociais nas grandes cidades brasileiras. Estabelecer parâmetros urbanísticos que somente são compatíveis com a moradia social e a prioridade de intervenção pública em programas de regularização fundiária foram avanços importantes para as comunidades inseridas em ZEIS. Ao mesmo tempo em que se fortaleceu o marco regulatório com leis federais e a ampliação das ZEIS para as áreas vazias — incluindo-se os prédios —, a flexibilização urbanística produziu espaços sem qualidade ambiental e urbana. Além disso, os programas de urbanização voltaram a naturalizar as remoções forçadas, descaracterizando em muitos casos a configuração jurídica e conceitual das ZEIS.

Palavras-chave: ZEIS. moradia social. cidadania. Estatuto da Cidade. Plano Diretor.

ABSTRACT: *The Special Areas of Social Interest (ZEIS) emerged as a response from the institutional field to the serious social conflicts in large Brazilian cities. Establishing urban parameters that are only compatible with social housing and the priority of public intervention in land regularization programs were important advances for communities inserted in ZEIS. At the same time that the regulatory framework was strengthened with federal laws and the expansion of the ZEIS to empty*

*Graduanda em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi integrante do grupo de pesquisa e extensão RE-HABITARE da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como bolsista de iniciação científica (CNPq) sobre Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS). Técnica em Meio Ambiente pelo Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais (CEFET-MG).

** Professor Adjunto IV na Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Membro Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994), Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa (2003) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2010), com estágio de doutoramento na Università di Bologna. Líder do Grupo de Pesquisa e Extensão RE-HABITARE, do CNPq. Tem experiência nas áreas de Direito Urbanístico, Direito Ambiental e Direito Constitucional.

Artigo recebido em 03/06/2020 e aceito em 26/07/2021.

Como citar: SILVA, Carolina Ferreira; GAIO, Daniel. Desafios para o fortalecimento das zonas especiais de interesse social. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 77-91, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

areas — including buildings —, urban flexibility made spaces without environmental and urban quality. In addition, urbanization programs once again naturalized forced evictions, in many cases de-characterizing the legal and conceptual configuration of the ZEIS.

Keywords: ZEIS. social housing. citizenship. City Statute. Master Plan.

INTRODUÇÃO

Segundo dados da Fundação João Pinheiro (2015), estima-se que 9,3% da população brasileira estejam vivendo em situação de déficit habitacional. Não apenas por razões orçamentárias, mas principalmente por decisões de natureza política, a demanda sempre foi muito maior que o financiamento e construção de moradias para os mais pobres. Isso não mudou inclusive nos dois momentos em que houve maior volume de investimentos públicos em moradia; no primeiro (anos 1960 a 1980), o Banco Nacional da Habitação (BNH) priorizou financiar moradias para a classe média alta, ou seja, destinando recursos para quem teria condições de pagar (BONDUKI, 2017); no segundo momento, o Programa Minha Casa Minha Vida (MCMV) entregou 4,3 milhões moradias entre maio de 2009 e julho de 2019 (ANTUNES, 2019), mas o *boom* imobiliário ocasionado pelo crescimento econômico e o processo especulativo agravado pela localização dos conjuntos habitacionais ocasionaram o aumento do aluguel, elevando também o déficit habitacional¹.

A impossibilidade de comprar uma casa ou de pagar aluguel pelas camadas de mais baixa renda, bem como a fragilidade dos programas de provisão habitacional levaram parcela significativa da população brasileira à informalidade (ABRAMO, 2007, p. 27). Esta condição é histórica e permanece presente na organização das cidades e reflete as políticas urbanas excludentes que moldaram o espaço urbano no Brasil. Frente a esta realidade, caberia pensar em meios para reverter essa exclusão associando meios de urbanizar e legalizar essas áreas na informalidade, bem como produzir moradias para atender comunidades, que sem outras saídas, se viram obrigadas a ocupar terras para morar (MARICATO, 2003, p. 163).

O grave problema da moradia nas cidades brasileiras e a insuficiência das políticas públicas centradas na produção de unidades habitacionais propiciou uma inovação quanto às respostas institucionais: a inserção no zoneamento urbano da tipologia Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS). Ou seja, em um contexto em que parcelas significativas da cidade são assentamentos informais de baixa renda desprovidas de reconhecimento jurídico e invisibilizadas quanto aos processos de

¹ Mais dados acerca deste processo podem ser consultados em Rodrigues; Castro, 2019.

urbanização, o referido instrumento passou a ser visto pelas comunidades como uma esperança em também fazer parte da cidade em que moram.

Embora esse tenha sido o imaginário das comunidades que se beneficiaram pela inclusão no zoneamento, não faltaram dificuldades para implementar a legalização da posse e o processo de urbanização e integração ao conjunto da cidade. Diante de um século marcado por intensa urbanização no Brasil, os assentamentos informais de baixa renda se tornaram a principal forma de moradia popular, fruto da histórica desigualdade de distribuição de terra e renda no país (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2009, p. 09).

O presente trabalho tem por objetivo analisar o marco regulatório da criação das ZEIS, identificar as distorções ocorridas ao longo do tempo, mas também propor medidas que possam fortalecer este instrumento. Quanto às vertentes metodológicas de pesquisa, o trabalho é de natureza crítico-metodológica, pois compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e de significados, adotando-se a investigação jurídico-propositiva — com especial atenção para os aspectos regulatórios.

1 HISTÓRICO NORMATIVO DAS ZEIS

Um pouco antes das primeiras previsões legais sobre as ZEIS já se constata uma mudança no paradigma em relação aos assentamentos informais de baixa renda. Uma diferente perspectiva pode ser percebida no Programa de Erradicação dos Aglomerados de Sub-habitação (PROMORAR), criado pelo BNH em 1979 e que se tornou um marco para a mudança de mentalidade que pregava a remoção dos assentamentos informais, pois o programa financiava projetos que mantinham as comunidades nas próprias áreas promovendo melhorias locais (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2009, p. 09). Também em outras esferas estatais ocorreu uma mudança de política, como é caso do governo de Minas Gerais que nessa época estabeleceu políticas de urbanização e legalização da posse da terra (GUIMARÃES, 1992, p. 14).

Igualmente pode se considerar como precedente das ZEIS a previsão de lotes diferenciados para loteamentos destinados a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social (art. 4º, Lei 6.766/79). Apesar da referida normativa não abranger os assentamentos informais de baixa renda, encontra-se aqui o embrião do que posteriormente será a segunda etapa de qualificação urbanística das ZEIS, isto é, a definição de parâmetros urbanísticos especiais para as moradias/construções.

As ZEIS² surgem no início dos anos 1980 em um contexto de acirramento dos conflitos sociais e de progressiva perda de legitimidade das instituições públicas. Aumentou-se a pressão social para que fosse interrompida pela histórica política de remoção dos pobres (LIBÂNIO, 2016, p. 206), ora porque se tornaram valorizadas e atraentes ao mercado imobiliário e ou porque sempre foi mais fácil ao Poder Público executar obras públicas onde existem pobres, pois o custo econômico (indenizações) sempre foi baixo. Como acentua Libânio,

(...) a visão dominante, bem como a orientação dentro do poder público, passa a ser a da necessidade de se reconhecer esses territórios como parte integrante da cidade, que deveriam ser consolidados tanto do ponto de vista urbanístico quanto jurídico. De fato, é possível afirmar que houve avanços significativos nesse período com a mudança de paradigmas nas políticas públicas para favelas. Ao contrário, das visões remocionistas, higienistas e civilizatórias até então em voga, construiu-se com o apoio da igreja e a mobilização dos movimentos sociais, uma visão da importância de se manter as famílias em seu local de moradia, garantindo o direito de permanência (regularização fundiária) e melhorando as condições de vida nesses locais (urbanização) (2016, p. 207).

Portanto, a criação das ZEIS provoca uma mudança de paradigma na relação do Estado com os assentamentos de baixa renda, inicialmente congelando iniciativas de remoção, com a promessa de em um momento posterior viabilizar a sua urbanização e legalização da terra.

A primeira iniciativa legislativa municipal das ZEIS ocorreu em Belo Horizonte (BH) com a edição da Lei 3.532/83, com a autorização para a criação do Programa Municipal de Regularização de Favelas (PROFAVELA), e também para a demarcação das áreas das favelas pelo Poder Executivo dos “Setores Especiais 4”, o que veio a acontecer por meio do Decreto 4.762/84.

Alguns meses depois o município do Recife passou a adotar expressamente a terminologia ZEIS³ (art. 14, Lei 14.511/83), ainda que este zoneamento tenha deixado de abranger centenas de assentamentos informais de baixa renda. Após intenso processo de mobilização social, a regulamentação e ampliação deste instrumento/zoneamento ocorre em 1987 com o Plano de Regularização das Zonas Especiais de Interesse

² Alguns municípios utilizam a terminologia Áreas Especiais de Interesse Social (AEIS), ora como sinônimo de ZEIS, ora com uma de suas modalidades.

³ Caracterizadas como assentamentos habitacionais surgidos espontaneamente, existentes e consolidados, onde são estabelecidas normas urbanísticas especiais, no interesse social de promover a sua regularização jurídica e a sua integração na estrutura urbana.

Social (PREZEIS) (Lei 14.947/87), tornando-se referência para outros municípios brasileiros (MIRANDA; MORAES, 2007, p. 417).

Já sob a égide da Constituição Federal de 1988, outros municípios passaram a incorporar o referido instrumento, alguns deles inovando ao classificarem também os vazios urbanos como ZEIS. É o caso de Diadema (SP), que aprovou a delimitação de áreas vazias ou subutilizadas — intituladas AEIS 1 — como de interesse social no seu Plano Diretor (Lei Complementar 25/94). Em sua Lei de Uso do Solo (Lei Complementar 50/96), cerca de 80% do território municipal estava demarcado como AEIS 1, fato este que facilitou a compra de terrenos por parte dos movimentos sociais, associações e cooperativas (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2009, p. 11).

No cenário federal, surge em 1993 o Programa Habitar-Brasil, que em 1999 ganharia a parceria de financiamento com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2009, p. 10). Em 1999, o instrumento foi citado pela primeira vez em uma normativa federal quando a Lei 9.785/99 alterou a Lei 6.766/79 (art. 2º, §6º), e estabeleceu os requisitos básicos de infraestrutura para parcelamento do solo inserido em Zonas Habitacionais de Interesse Social (ZHIS).

Igualmente o Estatuto da Cidade⁴ (Lei 10.257/01) expressamente previu as ZEIS ao nominá-lo como instrumento da política urbana (art. 4º, v, alínea “f”). Esse fato, conjugado à obrigatoriedade de aprovação de planos diretores (art. 41), colaborou para que houvesse um substancial aumento dos municípios brasileiros a adotar as ZEIS⁵. Devido ao caráter principiológico das “diretrizes” de política urbana do Estatuto da Cidade (MEDAUAR, 2005), adota-se aqui o entendimento de que, se houver assentamento informal de baixa renda, o município tem o dever de estabelecer normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação (art. 2º, XIV, Lei 10.257/01), cuja aplicação se enquadra perfeitamente no zoneamento por meio das ZEIS⁶.

O Estatuto da Cidade passou a conter outros dois dispositivos vinculativos às ZEIS a partir das modificações realizadas pela Lei 12.608/12. Em uma delas, o plano diretor deverá realizar demarcação

⁴ Recorda-se que no anterior foi aprovada a Emenda Constitucional 26/00, que passou a considerar o direito à moradia como direito social fundamental (art. 6º, caput, Constituição Federal).

⁵ No período de 2005 a 2009 o número de municípios com ZEIS passou de 672 em 2005 para 1799 em 2009, o que representa um incremento de 168%. Cf. Santos Junior; Montandon, 2011, p. 31.

⁶ No mesmo sentido dispõe o art. 5º, V, da Resolução Recomendada 34/05 do Ministério das Cidades.

de ZEIS se houver assentamentos irregulares nos municípios incluídos no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos (art. 42-A, V, Lei 10.257/01). Na segunda hipótese, impõe-se que a ampliação do perímetro urbano seja acompanhada de a previsão de áreas para habitação de interesse social por meio da demarcação de ZEIS quando o uso habitacional for permitido (art. 42-B, V, Lei 10.257/01).

Outra normativa federal que trata das ZEIS é a Lei 11.977/09, que não apenas estabeleceu a demarcação como ZEIS como uma das possibilidades de regularização fundiária de interesse social (art. 47, VII, “b”), mas também porque definiu um conceito jurídico para a referida modalidade de zoneamento (art. 47, V)⁷. Os dispositivos referentes à regularização fundiária foram alterados pela Lei 13.465/17, mas que manteve as suas características básicas: i) proteção da população de baixa renda; ii) regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo” (art. 18). Nota-se que há uma similaridade entre este conteúdo e aquele estabelecido pelo Estatuto da Cidade (art. 2º, XV, Lei 10.257/01), o que reforça a ideia de que as ZEIS é o zoneamento mais adequado para implementar as normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação para assentamentos informais de baixa renda.

2 DISTORÇÕES E PROPOSTAS DE FORTALECIMENTO DAS ZEIS

2.1 Distorções nas ZEIS

Um primeiro aspecto a ser observado diz respeito à flexibilização dos parâmetros urbanísticos nas ZEIS. Não restam dúvidas de que a manutenção dos padrões construtivos locais e a sua legalização em assentamentos informais de baixa renda requer a adoção de parâmetros urbanísticos especiais, conforme dispõe o Estatuto da Cidade (art. 2º, XIV, Lei 10.257/01). Por outro lado, a ideia de flexibilização — que é necessária para as áreas ZEIS consolidadas — tem ocasionado problemas nas ZEIS de áreas vazias, pois reproduzem “padrões de periferia”, gerando espaços sem qualidade

⁷ Zona Especial de Interesse Social - ZEIS: parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo.

ambiental e urbana (ROLNIK; SANTORO, 2013, p. 30). Portanto, diante da ideia de simplificar o trabalho nestas zonas especiais, as intervenções locais podem não corresponder à demanda em termos de saneamento, circulação, iluminação, entre outras dos que ali vivem. Nesse caso, não existe integração com a cidade. Gera-se uma armadilha na qual “as ZEIS institucionalizam os mínimos de bem-estar produzidos pela espoliação urbana, legitimando esses parâmetros dentro e fora dos espaços marginalizados” (LAGO, 2005, p. 33).

Outro risco às ZEIS são as intervenções podem vir sob a figura de grandes projetos, que alteram toda uma dinâmica de vida local. Grandes vias que cortam comunidades; obras de contenção que, mesmo que se façam necessárias, não são conduzidas da maneira ideal; prédios sem inserção urbana. Como afirma Libânio,

[...] faz-se necessário refletir que, de fato, tanto no Brasil quanto em escala mundial, as práticas remocionistas não foram totalmente eliminadas, em nome de uma suposta tendência urbanizadora das comunidades periféricas. O que se vê é que ambas as posturas convivem no tempo e mesmo no espaço e alternam-se de acordo com os interesses da vez (2016, p. 209).

Cabe destacar que esses processos de remoção velada ocorrem com baixa participação da comunidade na tomada de decisão sobre as intervenções a serem realizadas. “Muitas vezes a população é somente chamada para validar decisões que já foram tomadas, sem consulta prévia ou consideração de suas prioridades ou sugestões” (LIBANIO, 2016, p. 211). Assim, fica mais explícita a intenção de invisibilização desses territórios existentes, e de não integrá-las ao tecido urbano.

Uma das formas mais indicadas para que o acesso a equipamentos e serviços públicos possa ocorrer de modo mais igualitário é a aplicação das ZEIS em áreas vazias. Diferentemente das ações de regularização em áreas já consolidadas na cidade, que surgiram de maneira espontânea em função da ausência de políticas públicas que os insiram nos limites formais da cidade, as ZEIS de áreas vazias se originam de iniciativas públicas em reservar áreas para uso habitacional.

Entretanto é baixa a adesão do instrumento pelos municípios que incluíram as ZEIS nos Planos Diretores (cerca de 80%), já que a maior parte deles utilizou apenas em áreas já consolidadas (SANTOS JÚNIOR; MONTANDON, 2011, p. 38)⁸. Não se pode esquecer que o problema

⁸ Ferreira e Motisuke (2007, p. 53) justificam esse cenário em função da pressão do mercado imobiliário e proprietários de terra no processo de demarcação dessas áreas que

de moradia vai além das intervenções ligadas à regularização fundiária e urbanização, mas também abrange outras situações fáticas: habitação precária, coabitação familiar, ônus excessivo com aluguel e adensamento excessivo de domicílios alugados⁹.

No caso de Belo Horizonte, por exemplo, observa-se que as ações ligadas às ZEIS estão mais concentradas nas zonas ocupadas do que em áreas vazias, a começar pela própria conceituação do instrumento de fato está relacionada a assentamentos consolidados (art. 96, Lei 11.181/19). As AEIS 1, por sua vez, são as áreas vazias ou subutilizadas, onde há interesse de implantar habitação de interesse social (art. 105, Lei 11.181/19). Contudo, estas áreas estão delimitadas nas regiões mais periféricas da cidade (SILVA; GAIO, 2019, p. 15).

Assim, coloca-se o desafio em se garantir a sua localização em áreas que tenham bom acesso a serviços e equipamentos públicos. Essa questão se conecta diretamente às políticas públicas de moradia social, pois tradicionalmente no Brasil a ocupação desses espaços é pautada por uma estratégia econômica vantajosa de terras baratas nas bordas urbanas (ROLNIK; NAKANO, 2009). Este tipo de moradia não está integrado à cidade, já que a inclusão social das populações beneficiadas pode ser questionada. Como aponta Rolnik:

[...] os empreendimentos para faixa 1 concentram-se claramente em periferias mais afastadas, próximas às margens das cidades, em lugares que não são apenas distantes dos territórios privilegiados, mas que também são homogêneos do ponto de vista social. Se o programa passou a atingir uma camada da população que historicamente não era atendida pelas iniciativas federais na área habitacional, não chegou a interferir no lugar tradicionalmente ocupados por esta população nas cidades, reproduzindo o padrão periférico (2016, p. 247)¹⁰.

Ademais, a padronização de unidades — característica chave dos empreendimentos do Programa Minha Casa Minha Vida — que contribui para uma construção célere dos conjuntos acaba por reproduzir edificações de baixa qualidade e sujeitas a patologias construtivas. Novamente, a ideia de flexibilização de parâmetros que culminam em espaços de baixa não cumprem função social alguma nas cidades, mas que são mantidas para especulação.

⁹ Para informações sobre a metodologia do déficit habitacional, ver FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2015.

¹⁰ Faixas 1 e 2 são aquelas com renda de até três salários mínimos e que foram sorteados dentre os inscritos no programa ou foram indicados para o local após algum processo de remoção por área de risco.

qualidade se repete também nas ZEIS de áreas vazias, nesse caso uma estratégia exclusivamente mercadológica.

2.2 Medidas que reforçam o papel das ZEIS

Embora a ZEIS seja considerada um dos principais instrumentos urbanísticos relacionados à concretização do direito à moradia adequada, incluindo-se a relevante função de em tese proteger os moradores de processos de remoção forçada, atualmente o instrumento tem sido progressivamente esvaziado, exigindo-se medidas que possam reforçar o seu papel de mudança da organização socioespacial nas cidades, dentre eles:

- Demarcar como ZEIS os vazios urbanos e imóveis vazios ou subutilizados, associando-o aos demais instrumentos propostos pelo Estatuto da Cidade — Parcelamento, Edificação e Utilização Compulsórios (PEUC), IPTU progressivo, direito de preempção — para a concretização do Princípio da Função Social da Propriedade nas cidades (AMORE, 2013, p. 260);

- Obrigar os empreendimentos novos a adotar um percentual de unidades a serem cedidas para habitações de interesse social (HIS), de modo semelhante à Cota de Solidariedade prevista pelo Plano Diretor Estratégico de São Paulo (art. 111, Lei 16.050/14), gerando espaços mais diversificados e menor segregação socioespacial no território;

- Garantir que seja cumprida a progressividade na efetivação da regularização fundiária de áreas ZEIS conforme determina o art. 2º, I do Dec. 591/92, cuja normativa promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;

- Proibir quaisquer alterações dos parâmetros de uso e ocupação do solo que possam gerar processos de gentrificação/remoção;

- Condicionar as melhorias urbanísticas e ambientais à permanência dos moradores na área ZEIS, sendo que eventuais remoções devem ser acompanhadas de reposição de moradia no interior do seu perímetro, garantida a participação dos afetados nos processos decisórios;

- Promover apoio técnico para os governos municipais, em especial os de cidade de pequeno e médio porte que ainda possuem dificuldade em assimilar os procedimentos relacionados aos instrumentos urbanísticos e planos diretores (FERREIRA; MOTISUKE, 2007, p. 49), para implementação e regularização das ZEIS em seus territórios;

- Fortalecer o processo participativo na instituição das ZEIS nos municípios, bem como na definição de ações a serem realizadas dentro dessas áreas enquanto instrumento democrático e intimamente ligado ao direito à moradia nas cidades;

CONCLUSÕES

Nota-se que as ZEIS surgiram como instrumento de grande potência para a promoção do acesso à terra, moradia adequada e direito à cidade para as populações mais pobres. Fruto de intensa movimentação popular, as ZEIS assumiram o papel de instrumento estruturador da realidade urbana, permitindo que áreas ignoradas pelo Poder Público pudessem ser reintegradas ao mapa oficial das cidades brasileiras.

Entretanto, seja pela dificuldade financeira, despreparo técnico, ausência de participação ou dissociação entre o estipulado democraticamente e o praticado, constata-se nos últimos anos um processo de esvaziamento das ZEIS. Para além dos problemas de gestão, há ainda a resistência em demarcar as ZEIS nas áreas centrais, de modo a possibilitar a concretizar a função social da propriedade de lotes e prédios vazios por meio da moradia social, perseverando um modelo de exclusão socioterritorial.

As medidas adotadas até aqui ainda não foram suficientes para mudar a realidade das populações mais pobres, ainda distantes dos espaços verdadeiramente dotados de infraestrutura e serviços. O que se nota é a inversão no propósito de aplicação do instrumento, que ao invés de assegurar a garantia de posse e integrar territórios à “cidade formal”, permanecem invisibilizados ou foram capturados para o benefício do capital. Isso se dá principalmente em vista das carências ainda presentes nas áreas que já receberam intervenções urbanas, mas que posteriormente sofreram processos de estagnação, além da morosidade da regularização fundiária.

Apesar de todos os retrocessos, as ZEIS possuem grande potencial para viabilizar cidades mais justas, principalmente quando aplicada em associação com os demais instrumentos urbanísticos do Estatuto da Cidade, garantindo-se que a moradia social nas áreas centrais seja prioridade das agendas urbanas municipais.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, P. A cidade com-fusa: a mão inoxidável do mercado e a produção da estrutura urbana nas grandes cidades latino-americanas. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, vol. 9, nº 2, p. 25-54, nov. 2007. Disponível em: <https://rbeur.anpur.org.br/rbeur/article/view/181>. Acesso em: 28 abr. 2020.

AMORE, C. S. **Entre o nó e o fato consumado, o lugar dos pobres na cidade**: um estudo sobre as ZEIS e os impasses da reforma urbana na atualidade. São Paulo: FAUUSP (Tese de Doutorado), 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16139/tde-05072013-102906/pt-br.php>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ANTUNES, L. **Minha Casa perto do fim? Programa habitacional popular faz 10 anos com menos dinheiro e sob pressão para mudar nome e regras**, 26 nov. 2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/minha-casa-minha-vida-dez-anos/#resultados-alcancados>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BELO HORIZONTE. **Lei 3.532, de 06 jan. 1983**. Autoriza o Executivo Municipal a criar o Programa Municipal de Regularização de Favelas - PROFAVELA e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BELO HORIZONTE. **Decreto 4.762, de 10 ago. 1984**. Cria o Programa Municipal de Regularização de Favelas - PROFAVELA, dispõe sobre sua regulamentação e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BELO HORIZONTE. **Lei 11.181, de 08 ago. 2019**. Aprova o Plano Diretor do Município de Belo Horizonte e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BONDUKI, Nabil. **Origens da habitação social no Brasil**: arquitetura moderna, Lei do Inquilinato e difusão da casa própria. 7ª ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2017.

BRASIL. **Lei 6.766, de 19 dez. 1979**. Lei Federal de Parcelamento do Solo. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto 591, de 06 de jul. 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Lei 9.785, de 29 jan. 1999.** Altera a Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (parcelamento do solo urbano). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9785.htm. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Lei 10.257, de 10 jul. 2001.** Estatuto da Cidade. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Lei 11.977 de 07 jan. 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 23 abr. 2019.

DIADEMA. **Lei Complementar 25, de 25 jan. 1994.** Institui o Plano Diretor do Município de Diadema, dispondo sobre diretrizes gerais da política municipal de desenvolvimento urbano, e dá outras providências. Disponível em: http://www.cmdiadema.sp.gov.br/legislacao/leis_integra.php?chave=10002594. Acesso em: 27 dez. 2019.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit Habitacional no Brasil (2015).** Belo Horizonte: FJP, 2018, p. 31. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.mg.gov.br/consulta/consultaDetalheDocumento.php?iCodDocumento=76871>. Acesso em: 22 jan. 2020.

FERREIRA, J. S. W.; MOTISUKE, D. A efetividade da implantação de Zonas Especiais de Interesse Social no quadro habitacional brasileiro: uma avaliação inicial. In: BUENO, L. M. M.; CYMBALISTA, R. (Org.) **Planos diretores municipais: novos conceitos de planejamento territorial.** São Paulo: Annablume, 2007, p. 33-58.

GUIMARÃES, M. B. Favelas em Belo Horizonte: tendências e desafios. **Revista Análise & Conjuntura,** Belo Horizonte, vol. 7, nº 02 e 03, p. 11-18, maio-dez. 1992.

LAGO, L. C. Os instrumentos da reforma urbana e o ideal de cidadania: as contradições em curso. Salvador: **ENA-ANPUR**, 2005. Disponível em: <https://rbeur.anpur.org.br/rbeur/article/view/114>. Acesso em: 11 fev. 2019.

LIBÂNIO, C. A. O fim das favelas? Notas sobre planejamento urbano participação cidadã e remoção de famílias de Belo Horizonte. In: LIBÂNIO, Clarice de Assis (Org.). **Favelas e periferias metropolitanas: exclusão, resistência, cultura e potência**. Belo Horizonte: Favela é isso aí, 2016, p. 203-219.

MARICATO, E. MetrÓpole, legislação e desigualdade. **Estudos avançados**, São Paulo, vol. 17, nº 48, p. 151-166, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n48/v17n48a13.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

MEDAUAR, O. A força vinculante das diretrizes da política urbana. In: FINK, Daniel (Org.). **Temas de direito urbanístico 4**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: MPSP, 2005, p. 15-23.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Guia para regulamentação e implementação das zonas especiais de interesse social – ZEIS em vazios urbanos**. Brasília: Ministério das Cidades, 2009.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Resolução Recomendada 34, de 01 jul. 2005**. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-34-2005_alterada.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

MIRANDA, L.; MORAES, D. O plano de regularização das Zonas Especiais de Interesse Social (PREZEIS) do Recife: democratização da gestão e planejamento participativo. In: CARDOSO, A. L. (Org.). **Habitação social nas metrópoles brasileiras: uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX**. Porto Alegre: Antac, 2007, p. 414-435.

RECIFE. **Lei 14.511, de 17 jan. 1983**. Define diretrizes para uso e ocupação do solo, e dá providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/pe/r/recife/lei-ordinaria/1983/1452/14511/lei-ordinaria-n-14511-1983-define-diretrizes-para-o-uso-e-ocupacao-do-solo-e-da-outras-providencias?q=lei+14511>. Acesso em: 27 dez. 2019.

RECIFE. **Lei 14.947, de 30 mar. 1987**. Cria o plano de Regularização das Zonas Especiais de Interesse Social - PREZEIS. Disponível em: <http://www.legiscidade.recife.pe.gov.br/lei/14947/>. Acesso em: 27 dez. 2019.

RODRIGUES, T. B. M.; CASTRO, C. M. P. O “saldo” do direito à moradia nos anos de MCMV: os desafios do ônus excessivo com aluguel. **Anais XVIII ENAMPUR 2019**. Natal: EDUFRN, 2019, p. 01-20. Disponível em: <http://anpur.org.br/xviiienganpur/anaisadmin/capapdf.php?reqid=1456>. Acesso em: 22 jan. 2020.

ROLNIK, R. **Guerra dos lugares**. São Paulo: Boitempo, 2016.

ROLNIK, R. Instrumentos urbanísticos contra a exclusão social. In: ROLNIK, R; CYMBALISTA, Renato (Org.). **Instrumentos urbanísticos contra a exclusão social**. São Paulo: Pólis, 1997, p. 07-09.

ROLNIK, R.; NAKANO, K. As armadilhas do pacote habitacional. In: **LE MONDE Diplomatique Brasil**, 05 mar. 2009. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/as-armadilhas-do-pacote-habitacional/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

ROLNIK, R.; SANTORO, P. F. **Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) em cidades brasileiras**: trajetória recente de implementação de um instrumento de política fundiária. Lincoln Institute of Land Policy, 2013. Disponível em: https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/rolnik-wp14rr1po-full_0.pdf. Acesso em: 11 fev. 2019.

SÃO PAULO. **Lei 16.050, de 31 jul. 2014**. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei 13.430/2002. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16050-de-31-de-julho-de-2014>. Acesso em: 26 dez. 2019.

SANTOS JUNIOR, O. A.; MONTANDON, D. T. Síntese, desafios e recomendações. In: SANTOS JUNIOR, Orlando Alves; MONTANDON, Daniel Todtmann (Orgs.). **Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade**: balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrôpoles: IPPUR/UFRJ, 2011, p. 27-56.

SILVA, C. F.; GAIO, D. As Zonas Especiais de Interesse Social na prática: avanços e limites do instrumento em belo horizonte. In: **Anais do 5º Fórum HABITAR 2019**: habitação e desenvolvimento sustentável. Belo Horizonte: Even3, p. 1-19, 2019. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/forumhabitar2019/197259-as-zonas-especiais-de-interesse-social-na-pratica--avancos-e-limites-do-instrumento-em-belo-horizonte/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

UM NOVO PARADIGMA DE ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA: ALIMENTOS COMPARTILHADOS

A NEW PARADIGM OF CHILD SUPPORT IN SHARED GUARD: SHARED CHILD SUPPORT

Danilo Porfirio de Castro Vieira*

Paulo Roberto Costa dos Santos**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da guarda compartilhada e seus efeitos. 3 Os alimentos e a solidariedade familiar. 3.1 A obrigação alimentar e o poder alimentar. 4 A exoneração dos alimentos do menor em caso de guarda compartilhada. 4.1 Contra exoneração. 4.2 Pró-exoneração. 5 Análise de dados. 6 Considerações Finais.

RESUMO: O presente artigo analisa a possibilidade de aplicação de um compartilhamento de deveres alimentares, quando instituído o regime de guarda compartilhada. O problema resulta da inadequação entre os deveres dos pais no cuidado compartilhado com o filho e a persistente e conservadora compreensão de que o pai como provedor deve assumir integralmente os deveres alimentares. O critério ainda é o mesmo da composição da guarda unilateral. Sugere-se critérios de definição do compartilhamento dos alimentos conforme as possibilidades de cada genitor, ponderando sobre as despesas resultantes nas responsabilidades na guarda, considerando o posicionamento doutrinário vigente, unificado com os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente, e como técnica principal foi utilizada a metodologia dedutiva e o métodos bibliográfico e jurisprudencial, dando ênfase aos posicionamentos do TJDF, tribunal escolhido para análise, pelas suas teses consideradas alinhadas ao novo paradigma familiar.

Palavras-chave: guarda. guarda compartilhada. guarda unilateral. poder familiar. alimentos.

ABSTRACT: *The present article seeks to analyse the possibility of applying a sharing of maintenance duties, when the regime of shared custody is instituted. The problem results from the inadequacy between the duties of parents in the shared care with the child and the persistent and conservative understanding that the father as the provider must fully assume the maintenance duties. The criterion is still the same of the composition of the unilateral custody. It seeks to suggest criteria to define the sharing of food according to the possibilities of each parent, pondering on the expenses resulting from the responsibilities in the custody, considering the doctrinaire position in force, unified with the principles of absolute priority and of the best interest of the child and the*

* Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2000), mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2003) e doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2018). Atualmente é professor titular de Relações Internacionais e Direito no Centro Universitário de Brasília(Uniceub) e professor de Direito no Instituto de Direito Público do Distrito Federal (IDP). Tem experiência na área de Teoria Geral do Direito, Direito Civil, Direito Internacional e Filosofia do Direito.

** Bacharel em direito pela Escola de Direito de Brasília/Instituto de Direito Público de Brasília. Advogado.

Artigo recebido em 18/03/2020 e aceito em 12/07/2021.

Como citar: VIEIRA, Danilo Porfirio de Castro; SANTOS, Paulo Roberto Costa dos. Um novo paradigma de alimentos na guarda compartilhada: alimentos compartilhados. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 93-114, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

adolescent and as main technique the bibliographical and jurisprudential method was used, giving emphasis to the positions of the TJDFT, court chosen for analysis, because of its theses considered in line with the new family paradigm.

Keywords: *guard. shared guard. unilateral guard. family power. child support*

INTRODUÇÃO

A modalidade de guarda compartilhada, objeto da presente pesquisa, foi inserida no ordenamento jurídico a partir da Lei 11.698/2008 e, posteriormente, alterada pela Lei 13.058/2014. Com a compulsoriedade desta modalidade de guarda, um dos questionamentos é sobre possibilidade de redução do valor da pensão alimentícia.

Nessa senda, pretende-se analisar a possibilidade de mudança na fixação de alimentos, uma vez que com o advento da Lei 11.698/2008, também conhecida pela Lei da Guarda Compartilhada, e posteriormente alterada pela Lei nº 13.058/2014, surgiram várias discussões em relação à possibilidade de se pretender a fixação, a redução por compartilhamento dos alimentos destinados ao filho, tendo em vista que ele está sob a responsabilidade conjunta dos genitores, ainda que em lares e períodos diferentes.

A guarda compartilhada, que pressupõe conservar a continuidade e estabilidade da vida dos filhos, ou mitigar as inconveniências do desfazimento do lar, além da busca pela preservação da convivência com os pais, mantém também os custos e despesas ordinárias, anteriores à dissolução da relação entre os pais. Porém, a magistratura insiste em considerar a mensuração dos alimentos, como se a guarda fosse unilateral, no velho modelo da mãe cuidadora e do pai provedor, o que é incompatível com o novo paradigma de família.

Logo, é imperioso buscar novos caminhos de arbitramento dos alimentos considerando o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade, considerando ganhos e despesas dos genitores, que serão corresponsáveis pelos alimentos.

No primeiro momento serão abordados aspectos referentes à guarda, como o seu conceito, bem como as suas modalidades e seus efeitos, o poder familiar e a tutela. No segundo momento o instituto jurídico dos alimentos será o objeto de estudo, buscando a sua definição e a sua natureza jurídica, a obrigação alimentar e o dever alimentar. No terceiro momento será abordado o compartilhamento dos alimentos do menor em caso de guarda compartilhada.

1 DA GUARDA COMPARTILHADA E SEUS EFEITOS

Para se expor sobre a guarda compartilhada é necessário apresentar os institutos referentes à guarda e suas espécies. O instituto abordado neste tópico é a guarda de pessoas, especificamente, no âmbito do direito da família, da guarda de crianças e adolescentes. Tal instituto faz com que nasça nas pessoas uma proteção aos que estão sob sua guarda, procurando mantê-los (CASABONERA, 2000, p. 44).

A palavra “guarda”, que vem do latim *guardare*, que significa proteção, conservação, amparo, é definida juridicamente como o conjunto de direitos e obrigações que se estabelece entre uma criança e/ou adolescente e seu guardião, objetivando o seu desenvolvimento pessoal e sua integração social. A guarda somente será exercida por quem tem o poder familiar ou a tutela do menor.

Vale aqui fazer uma distinção entre a “guarda” do Código Civil/ Direito de Família e a “guarda” do Estatuto da Criança e do Adolescente. A primeira tem por causa o poder familiar, conforme preceitua o art. 1.583 da codificação civil, a saber:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Já a segunda se refere à proteção da criança, conforme preconizado no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”

O fato da guarda no Código Civil ter por causa o poder familiar, e a do estatuto a proteção da criança, não significa que existem duas guardas, pois o conteúdo da guarda é único: ter o menor em sua companhia, cuidado, convivência. Para Flávio Tartuce (2016), um outro argumento que diferencia “as guardas” é de que a guarda do estatuto é provisória e a que decorre do poder familiar não.

A guarda não pode ser sinônimo de poder familiar e nem de tutela. Quem detém o poder familiar sobre a criança, nem sempre detém

sua guarda. Isso é perceptível numa ocasião em que um casal se separa e a guarda é conferida a um genitor. Nesse caso, tanto o pai quanto a mãe permanecem possuidores do poder familiar, porém somente o genitor guardião detém a guarda.

Tal qual, nem sempre quem detém a guarda é o detentor do poder familiar, como ocorre com a guarda concedida a terceiros, perpetuando-se o poder familiar aos pais da criança e do adolescente.

O poder familiar se define em um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores, com vistas a criação, orientação e proteção. Ana Carolina Brochado Teixeira, assim expõe:

O antigo pátrio poder tinha como principal escopo a gerência do patrimônio dos filhos, além de sobrelevar seu aspecto formal, de representação ou assistência dos menores para a prática de atos jurídicos. Sua essência era marcadamente patrimonial, pois o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial (TEIXEIRA, 2005, p. 128).

Atualmente, entende-se o poder familiar como um instrumento de contribuição para o desenvolvimento e ascensão da personalidade do menor, com intuito de fazer com que a sua criação seja ao máximo participativa, todavia pautada no respeito e no afeto.

Essa visão moderna da autoridade parental faz com que os pais estejam mais presentes na vida de seus filhos, mesmo que aqueles estejam separados e não haja uma boa relação entre eles.

A responsabilidade transcende o bom numerário da pensão alimentícia, pois se espera convívio, interação, atenção e responsabilidade, formação identitária, cidadã, transmissão de valores morais e éticos (RAMOS, 2016, p. 44). A educação não se restringe ao zelo, mas no acompanhamento da instrução formal (escolar e profissional) e da sociabilidade da criança e do adolescente.

No que se refere à tutela, seu objetivo é fazer cumprir as funções daqueles que estariam exercendo o poder familiar – geralmente pai e/ou mãe. Nesse caso, a figura do tutor assume a representação ou assistência da criança ou do adolescente. Essa representação não é plena e ilimitada.

Essa proteção e o amparo de filhos ou menores é um pode-dever que tem o seu alicerce na lei, facultando a quem de direito, por considerar

nessa condição, tais prerrogativas. A guarda, dessa forma, é um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor de idade (OLIVEIRA, 1997, p. 53). Ela ainda consiste num complexo de direitos e deveres que uma pessoa ou um casal exerce em relação a uma criança ou adolescente.

Para Flávio Guimarães, a guarda consiste na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas, marcada pela necessária convivência sob o mesmo teto, implicando, até mesmo, na identidade de domicílio entre a criança e o(s) respectivo(s) titular(es) (CHAMBERS 2016, p. 65).

A guarda, examinada sob a perspectiva do poder familiar, é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois incumbe aos pais criar e educar os filhos, sob pena de deixarem o filho em abandono; direito no sentido dos pais participarem do crescimento dos filhos, orientá-los e os educar, exigindo-lhes obediência, podendo retê-los no lar, conservando-os junto a si, sendo indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, uma vez que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.

Importante mencionar, que a expressão “guarda”, para alguns autores, tende a acabar, dando lugar à expressão “convivência familiar”. Maria Berenice Dias, ao citar Rodrigo da Cunha, faz a seguinte crítica: “Conforme observa Rodrigo da Cunha Pereira, a expressão guarda, por veicular um significante muito mais de objeto do que de sujeito, tende a desaparecer. Atualmente, de modo muito mais adequado, fala-se em convivência familiar” (DIAS, 2017, p. 547).

Quanto às suas modalidades hoje existentes no Brasil, de acordo com a codificação civil, temos a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Quanto às guardas alternada, nidal e a atribuída a terceiros, estas não encontram previsão no ordenamento jurídico pátrio. Neste trabalho, far-se-á a abordagem conceitual das modalidades legais.

A guarda unilateral, exclusiva ou não dividida, é a tradicional no direito brasileiro. É aquela que um dos genitores detém a guarda, cabendo àquele que não a detém adimplir alimentos mensais, para fins de cooperação para a manutenção do filho.

O art. 1.583, parágrafo 1º da codificação civil preceitua que a guarda unilateral é atribuída a somente um dos genitores ou a quem o substitua, estando este guardião munido, não apenas da custódia física

do menor, mas também do poder de decisão quanto às questões da vida (ROSA, 2015, p. 55).

A deficiência dessa modalidade está no risco da perpetuação de uma situação de alienação parental, conforme o entendimento de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 56):

Mesmo com a nova previsão legislativa, comungamos do pensamento de que o promotor e o magistrado, utilizando, se necessário, da equipe interdisciplinar, devem investigar os motivos que levam esse genitor a manifestar seu desinteresse. Sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrina da proteção integral, mostra-se imperiosa a apuração das razões que levam um dos genitores optar por essa via. Tal postura evitaria, inclusive, a perpetuação de um quadro de alienação parental iniciado durante o período de união do casal, solidificado em sentença, determinando a guarda exercida de forma unilateral por um dos genitores (ROSA, 2015, p. 56).

A Lei 13.058/2014, nesse sentido, trouxe uma mudança significativa, alterando a aplicação do instituto da guarda unilateral para a forma excepcional. Tal mudança permitiu que muitos pais, que lutam para ter um convívio com seu filho, deixassem de ser meros visitantes.

Outra mudança significativa trazida pela nova Lei da Guarda Compartilhada foi de que o genitor não guardião possa participar na formação e demandas dos filhos, ficando a par do que ocorre com a criança.

O parágrafo 5º do artigo 1.583, do código civil de 2002 preceitua que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha supervisione os interesses dos filhos. Para tanto, “qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestações de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos” (ROSA, 2015, p. 58).

Portanto, o estabelecimento da guarda unilateral ao detentor não dá a ele o poder de se abster de fornecer informações dos filhos ao outro genitor.

Já a expressão “guarda compartilhada” de crianças e adolescentes refere-se à possibilidade dos filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais. Nessa modalidade, os pais tem autoridade legal equivalente, não apenas para tomar decisões importantes, mas também quanto ao bem-estar de seus filhos. Essa modalidade foi inserida no ordenamento

jurídico com a Lei n. 11.698/2008, modificando os artigos 1.583 e 1.584 do código civil (RAMOS, 2016, p. 44).

Vale ressaltar, que antes da alteração legislativa, a iniciativa já era vivenciada em muitos casais, sendo, inclusive, alvo de algumas decisões judiciais em vários Estados do Brasil, pois apesar de, anteriormente, não estar expressa, a legislação não proibia a sua aplicação.

Na codificação civil, a guarda compartilhada significa a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (art. 1.583), de modo que o tempo de convívio com os filhos seja dividido de forma equilibrada entre mãe e pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (§ 2º).

O sentido é, mesmo com o fim ou inexistência de um relacionamento afetivo entre os genitores, manter a unidade das relações familiares em favor do melhor interesse da criança e do adolescente.

Na busca pela definição de guarda compartilhada, dois conceitos parecem adequados: a guarda jurídica compartilhada (joint legal custody) e a guarda física compartilhada (joint physical custody).

No Direito norte-americano (CHAMBERS, 2016, p. 44.), o termo joint legal custody (guarda jurídica compartilhada), refere-se à prerrogativa de tomar decisões em conjunto, o que significa que, mesmo em situações de divórcio, ambos os pais possuem o direito de tomar as decisões sobre o futuro dos filhos, embora a criança resida unicamente com um dos pais, que exerce a sua guarda física.

Antes do surgimento da primeira lei sobre a guarda compartilhada – Lei 11.698/2008 – a referida guarda já era notória pelo nosso ordenamento jurídico, pois no Brasil a separação e o divórcio não alteram os direitos e deveres advindos do poder familiar, conforme preceitua o art. 1.579 da codificação civil. A guarda jurídica compartilhada, bem como a guarda física compartilhada foram instituídas no ordenamento jurídico quando da alteração dos artigos 1.583 e 1.634 código civil de 2002, por meio da Lei 13.058/2014.

A alteração no art. 1.634, que versa sobre a autoridade parental, foi a inserção da expressão “qualquer que seja a situação conjugal dos pais”, assim consagrando a guarda jurídica compartilhada (RAMOS, 2016, p. 74).

Já a *joint physical custody* (guarda física compartilhada) é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com

seus filhos, apresentando-se sob as mais diversas modalidades, nas quais a criança fica praticamente a metade de seu tempo com cada um deles.

A guarda física (ou material) compartilhada, posta no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 11.698/2008, foi sedimentada no art. 1.583, § 2º, da codificação civil pela nova redação dada pela Lei nº 13.058/2014.

A referida guarda faz menção à necessidade de que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre mãe e pai, independentemente do relacionamento que os pais mantenham entre si. Cabem a eles a proteção, a direção da criação e a educação dos filhos. E em caso de discordância, caberá ao Poder Judiciário definir a controvérsia, na forma que já estabelecida pelos arts. 21, do ECA e 1.631, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

Destaca-se que a lei 11.698/2008, ao alterar artigo 1.584 da codificação civil reconhecendo guarda compartilhada, estabeleceu, em seu §2º, que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível”, deixando uma lacuna na lei e em alguns casos a jurisprudência entendeu não ser possível a aplicação do instituto da guarda compartilhada.

A situação supracitada, a título ilustrativo, é demonstrada na decisão proferida pelo TJ-SC de 2013:

DIREITO DE FAMÍLIA. MODIFICAÇÃO DE GUARDA E CONCOMITANTE EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. DEMANDA PROPOSTA PELO GENITOR CONTRA A GENITORA. ESTUDO SOCIAL REVELADOR DE SEREM AMBOS OS GENITORES APTOS A POSSUIR A GUARDA DO INFANTE. AUSÊNCIA DE FATOR DESABONADOR CAPAZ DE INVIABILIZAR A MANUTENÇÃO DE GUARDA, PELA MÃE, SOBRE O FILHO DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE, AINDA, DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA, UMA VEZ QUE OS GENITORES NÃO POSSUEM UM CONVÍVIO PACÍFICO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PEDIDOS INACOLHIDOS. GRATUIDADE JUDICIÁRIA NEGADA EM PRIMEIRO GRAU. MANTENÇA POR AUSENTE PROVA DA ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA. MANUTENÇÃO, TAMBÉM, DO ESTIPÊNDIO ADVOCATÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. Segundo a abalizada doutrina de Rolf Madaleno, "existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os pais, têm concluído

os julgados e a doutrina não haver como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgador, quando ausente a boa e consciente vontade dos pais" (Curso de Direito de Família. 4. Ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 433-434). (TJ-SC - AC: 20130294119 SC 2013.029411-9 (Acórdão), Relator: Eládio Torret Rocha, Data de Julgamento: 19/06/2013, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado, Data de Publicação: 01/07/2013 às 08:14. Publicado Edital de Assinatura de Acórdãos Inteiro teor Nº Edital: 6205/13 Nº DJe: Disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico Edição n. 1661 - www.tjsc.jus.br)

Essa controvérsia da lei anterior, no entanto, foi abrandada com o advento da Lei 13.058/2014, que menciona expressamente a importância do equilíbrio do tempo de convívio entre os genitores, por intermédio da guarda compartilhada.

Para Waldyr Grisard, a obrigatoriedade da guarda compartilhada é uma questão antiga:

Há muito, a doutrina defende ser este o modelo que melhor atendia ao interesse dos filhos e, ouvindo-a, a Lei 11.698/08 alterou o art. 1.584, § 2º, do Código Civil, para estabelecer que a guarda compartilhada fosse aplicada 'sempre que possível'. Ante a inobservância desta preferência legal pelos tribunais, que fixavam menos de 8% das guardas de forma compartilhada, sobreveio a Lei 13.058/14, alterando novamente o citado § 2º, para determinar que 'quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, (...) será aplicada a guarda compartilhada (GRISARD, 2013).

Grisard reitera que o comando legal é imperativo, cogente e obrigatório. Para ele, o Código Civil estabelece que o melhor interesse dos filhos está na guarda compartilhada, de modo que apenas com prova contrária, demonstrando que o modelo é prejudicial aos filhos, poderá deixar o juiz de estabelecer o compartilhamento da guarda. O STJ reconhece que a guarda compartilhada é regra no sistema brasileiro”.

Assim se posicionou o STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA REGRA DO SISTEMA. ART 1.584, § 2º DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados.
2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, fase da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos.
3. Recurso especial provido. (REsp. nº 1.591.161/SE, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva).

Por fim, considerando que a guarda compartilhada propicia à criança ou ao adolescente o exercício do poder familiar com a maior amplitude possível (FARIAS, 2016, p. 688), tanto nos casos em que há consenso quanto nos casos em que há litígio, a legislação brasileira a consagrou como regra a ser aplicada.

2 OS ALIMENTOS E A SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Desde sua concepção, o ser humano é carente por excelência, eis que não possui a capacidade congênita de produzir os meios necessários à própria subsistência.

Nesse contexto, os alimentos representam verdadeira condição de vida e, como tal, revestem-se de grande expressividade para o Direito. A Súmula nº 277 do STJ, a qual prevê que “julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação”. Nessa linha de reflexão, é possível entender por alimentos o conjunto de meios materiais necessários para a existência das pessoas, sob o ponto de vista físico, psíquico e intelectual.

2.1 A obrigação alimentar e o dever alimentar

Para fins didáticos, deve-se promover inicialmente a distinção entre *obrigação alimentar e dever alimentar*.

A *obrigação alimentar ou obrigação de sustento* (de manutenção), refere-se à fixação de alimentos com base no poder familiar imposto, de maneira irrestrita aos pais (biológicos ou afetivos). E por se fundar no poder familiar, é ilimitada. Já o *dever alimentar* ou de *prestar*

alimentos, é obrigação recíproca entre cônjuges, companheiros, parceiros homoafetivos e entre os demais parentes – não sendo pai e filho, em linha reta ou colateral, exprimindo a solidariedade familiar existente entre eles (FARIAS, 2016, p. 728-729).

Os sujeitos obrigados ao pagamento da prestação alimentar são determinados conforme o fato gerador de tal obrigação. Essa obrigação da prestação alimentar está ligada a duas situações colocadas pela codificação civil no art. 1.695, quais sejam: necessidade do alimentando e capacidade do alimentante. E, também, no critério da razoabilidade ou proporcionalidade, preceituado no art. 1.694, § 1º, da codificação civil, a saber: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

O dever à prestação dos alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes.

A obrigação alimentar, referente aos filhos menores de idade, oriunda do poder familiar. Os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar, cabendo aos pais dirigir-lhes a criação e a educação. A codificação civil em seu art. 1.566, inciso IV, bem como o Estatuto da Criança e do adolescente, em seu artigo 22, dispõem que a ambos os pais compete o dever de sustentar os filhos.

Fica clara a preocupação do legislador em conceder aos filhos infantes e adolescentes o direito de serem alimentados pelos pais. E esse sustento não se limita apenas a subsistência material, mas também o apoio moral e intelectual ao menor. Vale assinalar que aos alimentos devidos aos filhos menores, como obrigação inerente ao poder familiar, aplicam-se as regras básicas previstas em lei para os alimentos em geral.

E essa obrigação decorrente do poder familiar, que antes era um instrumento de dominação dos pais sobre os filhos, hoje representa um instrumento de proteção, sendo parte de um conjunto complexo de direitos e deveres, decorrentes da paternidade/maternidade. Releva, ainda, anotar que essa missão que tem os pais de prestar alimentos aos filhos, como obrigação inerente ao poder familiar, subsiste mesmo que aqueles venham a ser do referido poder suspensos ou destituídos por decisão judicial.

Além disso, em se tratando de alimentos devidos a filhos, em que a obrigação se funda no dever de sustento, derivado do poder familiar, a obrigação é devida ainda que em fase da carência econômica dos pais (ou avós), não podendo tais devedores alegar impossibilidade financeira ou mesmo desemprego. A obrigação persistirá, ainda que não cumprida.

Cabe salientar que a pessoa obrigada a prestar os alimentos também pode pedi-los, pois o direito à prestação de alimentos é recíproco entre as pessoas definidas em lei.

Devemos relembrar que tanto na guarda alternada¹, quanto na guarda unilateral, é comum a aquele que não possui a custódia o cabimento do dever de alimentar.

Ao lado dessas considerações, é de se dar realce a um fato digno de referências. É que, quanto ao recebimento dos alimentos, tanto na guarda alternada, quanto na sua modificação para a guarda compartilhada, caberá a prestação a quem não possui o lar referencial. Entretanto fica a dúvida: Na guarda compartilhada, a responsabilidade dos alimentos seria de ambos os genitores ou apenas de um dos cônjuges/companheiros?

3 A IMPOSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO DOS ALIMENTOS E SUA PARTILHA EM CASO DE GUARDA COMPARTILHADA

Não são raras as dúvidas e questionamentos, sobre o direito a alimentos, nos casos em que os pais compartilhem a guarda da criança.

Muitos são os casos de alimentantes que pagam alimentos aos filho e resolvem ingressar com ação para mudança da guarda unilateral para compartilhada, acreditando que esta mudança o exonerará do dever de prestar alimentos.

A guarda compartilhada, por si só, não afasta a obrigação alimentar, principalmente quando o lar de referência não é o do alimentante. Mesmo porque a Lei 13.058/2014 em momento algum versa sobre a exoneração de alimentos ou modifica a sua aplicação.

O compartilhamento da guarda não elimina a obrigação alimentícia dos pais, que continuam obrigados a colaborar materialmente para o sustento da prole, proporcionalmente à sua capacidade contributiva e considerados os gastos comuns necessários daquele com quem o filho estiver residindo (FARIAS, p. 692).

Desta forma, a legislação faz entender que a ambos os genitores deverá ser resguardado períodos semelhantes de contato com o filho. Fato é, que nesse entendimento, muitos passaram a acreditar que com a repartição isonômica de tempo a consequência seria de que no período em que cada

¹ De acordo com o Enunciado 604 do Conselho da Justiça Federal, a guarda alternada, embora não esteja prevista no ordenamento jurídico brasileiro, consiste no exercício exclusivo alternado da guarda por um período determinado.

genitor passa com o menor aquele fica responsável pelas despesas deste e, portanto, haveria a desobrigação quanto aos alimentos.

Em seu artigo Brunna Groth cita José Carlos Teixeira Giorgis, que assim fala sobre o assunto:

Nada mais equivocado, pois a obrigação persiste, nada significando o exercício conjunto dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, tanto que a jurisprudência afirma que a guarda compartilhada não significa exoneração da pensão. O fato de o genitor não guardião e provedor agora partilhar também dos cuidados das tarefas de criação, assistência e educação, não o afasta da responsabilidade de contribuir com o valor combinado para a manutenção do credor, embora nada obste que a harmonia agora existente contribua para nova engenharia das obrigações dos pais (GROTH, 2016, s. p.).

Deve-se observar que a divisão de despesa igualmente torna-se impossível quando os dois pais não recebem os mesmos ingressos, pois tais despesas possuem dimensões distintas. Assim, existindo uma superioridade de recursos de um genitor em relação ao outro, há que se manter os alimentos.

Imperioso dizer que, sempre deve ser levado em conta o trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade para essa situação.

3.1 Contra a possibilidade de exoneração

A obrigação de alimentar obsta a possibilidade jurídica de exoneração de alimentos na guarda compartilhada. Embora seja igualmente evidente que o tempo de permanência de um filho com um dos genitores, ou a convivência habitual influencie na contribuição do alimentante, estabelecendo uma repartição pontual e equitativa dos custos domésticos, mas primando pela proporcionalidade, para se evitar distorções.

Nessa esteira, é de se asseverar que existe um posicionamento jurisprudencial exaustivo em se negar provimento ao pedido de exoneração de alimentos, quando a alegação se baseia na guarda compartilhada. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por meio do Acórdão 1030272, entendeu que a guarda compartilhada, por si só, não afasta a obrigação alimentar:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS.
BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE.

REVISÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. CIRCUNSTÂNCIAS SUPERVENIENTES. REDUÇÃO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE NÃO DEMONSTRADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A guarda compartilhada, por si só, não é óbice para o pagamento de pensão alimentícia. Precedentes desta Corte. 2. A fixação da pensão alimentícia se norteia pelo binômio necessidade-capacidade, obedecida uma análise das condições econômicas de ambas as partes, de forma a se estabelecer um valor que atenda satisfatoriamente às necessidades existenciais do alimentando, sem que isso importe ônus excessivo ao alimentante. Admite-se, ainda, alteração no valor fixado caso haja rompimento do equilíbrio necessário entre os fatores integrantes do referido critério.3. Somente circunstâncias supervenientes à fixação inicial dos alimentos são aptas a autorizar a revisão da obrigação alimentícia, de acordo com o disposto no artigo 1.699 do Código Civil.4. Apelação conhecida e desprovida (Acórdão n.1030272, 20160710058013APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 05/07/2017, Publicado no DJE: 11/07/2017. Pág.: 406-415)

Há, nestes termos, uma inevitabilidade de prestação dos alimentos dos genitores para com os infantes, alicerçado no binômio necessidade/possibilidade.

Caso exemplificativo ocorreu no Tribunal de Justiça do Pará, onde houve o indeferimento do pedido de exoneração de pensão alimentícia de um pai, por entender que o Alimentante só estava movendo a ação de Guarda Compartilhada para se ver livre da obrigação de prestar alimentos.

[...] Merece destacar, nesse sentido, que o genitor deseja obter a guarda compartilhada e com ela a sua exoneração do pagamento da pensão alimentícia, conforme bem ressaltou em suas razões recursais nas fls. 276 assim, deferindo-se a guarda compartilhada, requer seja o requerido exonerado da pensão alimentícia fixada em sentença, se comprometendo o apelante a pagar o valor referente às despesas escolares do filho (escola particular), conforme declaração de fls. 60, e despesas pessoais (alimentação, vestimentas e lazer) enquanto estiver em sua companhia. Tal fundamento não deve prosperar, pois o que se identifica é a pretensão do pai em ter a guarda compartilhada para se desobrigar com o seu dever de pagar a verba alimentar, portanto, deve ser

indeferido o pedido (TJ-PA - APL: 00058515020118140040 Belém, Relator: Ezilda Pastana Mutran. Data de Julgamento: 23/06/2016, 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 23/06/2016).

Percebe-se, que independentemente de onde a criança esteja, esses valores são devidos eis que a necessidade dos filhos menores é presumida.

3.2 Defesa da mitigação ou partilha de Alimentos?

Ao analisar o instituto da guarda compartilhada, é perceptível que, conforme estudado anteriormente, a obrigação do débito alimentar continua intacta, independentemente do modelo de guarda adotado.

Porém, faz-se uma crítica à jurisprudência, pois ao ser aplicado o instituto da guarda compartilhada, não houve uma mudança de postura de sua parte quanto a atribuição e quantificação dos alimentos. Na jurisprudência atual, há a compreensão de compartilhamento de guarda, sem que haja um compartilhamento de alimentos. O cálculo dos alimentos simplesmente se funda na necessidade do filho e na possibilidade do genitor que não possui o lar de fixação, mantendo-se, assim, uma postura conservadora, o que onera uma das partes.

Não se defende a exoneração total dos alimentos, mas sim uma mitigação, uma partilha, uma solidariedade nos alimentos, pois aquele que não possui o lar referencial não pode ser incumbido integralmente do dever de alimentos, pois a guarda compartilhada pressupõe corresponsabilidades.

Há situações, inclusive, em que os alimentos não necessariamente deveriam persistir. É o caso em que havendo dois filhos, cuja guarda seja compartilhada, cada um fixe residência com um dos genitores.

Insistindo, considerando que na guarda compartilhada há maior participação dos genitores, inclusive nas despesas cotidianas, existindo equiparação econômico-financeira e corresponsabilidade no sustento dos filhos, é possível a desobrigação unilateral e a devida partilha do dever de alimentos. Será levado em conta o princípio da proporcionalidade e o da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

É bem verdade que a guarda compartilhada não afasta a obrigação alimentar. Todavia, quem não possui o lar de referência, possui, além da responsabilidade específica, a obrigação de prestar alimentos.

Ora, na guarda unilateral, o genitor que não tem a guarda deverá contribuir para o sustento do menor prestando alimentos. Porém, mesmo com a mudança do paradigma da guarda para compartilhada, a

contabilização da responsabilidade dos alimentos continua como se guarda unilateral fosse.

Com a mudança do paradigma da guarda compartilhada, conforme tratado em tópicos anteriores, percebe-se um ponto no mínimo contraditório e incongruente: Na guarda compartilhada se pressupõe uma partilha de responsabilidades, inclusive alimentares. Porém, o que se observa na jurisprudência é um reconhecimento desse instituto, mas que se estabelece àquele que não possui o lar de referência o ônus dos alimentos como se trata na guarda unilateral. Ou seja, quem não possui o lar referencial continua tendo o ônus e carregando sobrecarga.

Entende-se que deve ser criado um parâmetro de cálculo de alimentos, no qual ambos os genitores sejam responsáveis pelos alimentos, dentro do trinômio possibilidade, necessidade e proporcionalidade. O fato é que o pai/mãe que não possui o lar referencial não pode ser sobrecarregado.

O que deve ser estabelecido, na verdade, dentro do trinômio “necessidade, possibilidade e proporcionalidade”, é que a fixação de alimentos não pode ser unilateral para quem não detém o lar referencial. Isto porque, a guarda compartilhada é uma tentativa de continuidade de uma relação familiar voltada para o filho, mesmo que o relacionamento afetivo do casal tenha terminado.

A superação de um modelo tradicionalista unilateralista, de conotações inclusive chauvinistas (por ainda trata o pai, em regra, como provedor e que mantém o lar de fixação para mãe), acontecerá por meio de uma nova disposição do trinômio.

Primeiramente, devem-se contabilizar as necessidades da criança e adolescente, quantificar monetariamente seu custeio integral. Posteriormente, devem-se identificar as possibilidades econômicas dos genitores, para, ao fim, partilhar por razoabilidade/proporcionalidade, estabelecendo critérios comparativos de ganhos entre os pais, o valor dos alimentos (converter o valor em percentagem dentro do rendimento de ambos).

Seria o mais justo, diante do paradigma de guarda compartilhada, que visa perpetuar a relação familiar, mesmo com o fim e o relacionamento afetivo entre os genitores. A família persiste, com seus deveres e direitos solidários.

4 RESISTÊNCIA NA APLICAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO DE ALIMENTOS NO TJDF

Consideraram-se como objeto de análise judicativo, as decisões do TJDF sobre a partilha de alimentos diante da guarda compartilhada. Trata-se de jurisdição da capital da república, alinhando-se com os posicionamentos dos tribunais superiores, sendo referência a para outros tribunais estaduais da região centro-oeste, norte e até nordeste. É também um tribunal conhecido pelo recepcionamento das teses contemporâneas de Direito de Família, como o reconhecimento da filiação socioafetiva, a multiparentalidade e paralelismo relacional.

Porém, ainda se mantém um posicionamento conservador de unilateralidade nos alimentos, sem a apuração dos gastos e rendimentos do genitor que possui o lar de fixação. Ainda se mantém majoritariamente o ônus unilateral do genitor que não possui o lar de fixação, com mais um detalhe, a prevalência do critério de gênero e o mito do zelo materno.

Sobre a mitigação e partilha de alimentos, somente foi encontrado duas decisões sensíveis ao objeto da pesquisa, o que evidencia o conservadorismo sobre a atribuição dos deveres alimentares.

No processo de nº 0042379-82.2013.8.07.0016 percebe-se que o uso do instrumento da guarda compartilhada proporciona um equilíbrio financeiro para ambos os genitores, permitindo que um ajuste nas atribuições de criação e educação dos filhos sejam isonomicamente partilhadas, dispensando-se assim, a fixação de alimentos em percentual de ganhos para suprir despesas extras.

DIREITO CIVIL E DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. DIVISÃO IGUALITÁRIA DAS DESPESAS ENTRE OS GENITORES. ALIMENTOS EM PECÚNIA NÃO DEVIDOS PELO PAI.

1. A guarda compartilhada representa moderno instrumento voltado ao fortalecimento da convivência familiar e, sobretudo, ao desenvolvimento da criança num ambiente de solidariedade, cooperação e harmonia.

2. É possível o compartilhamento de guarda quando há suficiente diálogo e cordialidade no relacionamento dos genitores.

3. Nos casos em que os pais ajustaram que as atribuições de criação e educação dos filhos serão igualmente compartilhadas, não é necessário a fixação de alimentos em percentual de rendimentos para fazer frente às despesas extras,

sendo bastante que cada qual apresente os comprovantes da quantia a ser rateada.

4. Apelação conhecida e provida. Preliminar rejeitada. Unânime (Acórdão n.902557, Relatora: FÁTIMA RAFAEL 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 21/10/2015, Publicado no DJE: 29/10/2015. Pág.: 191).

No processo 0700068-07.2018.8.07.0001, o magistrado decidiu por reduzir o percentual dos alimentos, pois entendeu, dentre outros motivos, que a contribuição deve ser proporcional à capacidade econômica do alimentante, não superando a possibilidade de ambos os genitores, principalmente quando houver o compartilhamento da guarda.

No processo 0700068-07.2018.8.07.0001, O juízo a quo, em sentença, entendeu que, por inexistirem outros gastos por parte do réu, e levando-se em consideração a idade do menor - 6 anos -, arbitrou o percentual em 25% dos vencimentos brutos do genitor, abatidos os descontos compulsórios.

Em apelação do requerido contra o percentil arbitrado, decidiu-se por reduzir o percentual dos alimentos, pois se entendeu, dentre outros motivos, que a contribuição deve ser proporcional à capacidade econômica do alimentante, não superando a possibilidade de ambos os genitores, principalmente quando houver o compartilhamento da guarda:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. NECESSIDADE. OPORTUNIDADE. RAZOABILIDADE. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS "IN NATURA". REDUÇÃO. [...] Com efeito, o Código Civil, em seu art. 1.694, § 1º, dispõe que os alimentos devem ser fixados com observância ao binômio necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante. A necessidade do filho, em relação à contribuição de seu genitor para seu sustento, independe de maior dilação probatória, levando-se em conta, também, o exercício da guarda compartilhada e da existência de alguma divisão de despesas relativas aos cuidados cotidianos como transporte e alimentação, deveres que decorrem, inclusive, do próprio dever legal do pai. Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald lecionam: A necessidade (que é presumida em favor dos filhos menores, sob o poder familiar) decorre da ausência de condições dignas de sobrevivência sem o auxílio do alimentante. Deve ser provada por quem pleiteia os alimentos e não se restringe à alimentação e saúde, envolvendo, por igual, a educação e a moradia, além do lazer e das atividades intelectuais.

Nesta toada, quando da fixação dos alimentos, o magistrado deve utilizar como base a capacidade de quem presta e a necessidade de quem os recebe. Com efeito, a necessidade da criança em relação à contribuição de seus genitores para seu sustento independe de maior dilação probatória, uma vez que decorre, inclusive, do próprio dever legal, **sendo certo que ambos os pais devem arcar com as despesas de seus filhos na medida de suas possibilidades**. Os gastos da criança apresentados não podem ultrapassar a realizada social dos seus genitores. A capacidade do genitor restou evidenciada e da genitora também. Assim, apesar do alegado pelo genitor, ora apelante, de também dividir algumas despesas com a genitora, o que caracteriza o fornecimento de alimentos in natura, embora não quantificável; é inegável que esta assume a maior parte dos gastos relativos aos cuidados da criança. De outra sorte, a contribuição, em que pese dever ser proporcional também à capacidade econômica do alimentante, não tem o condão de superar a possibilidade de ambos os genitores e da característica social deles, mormente quando a guarda for compartilhada. Dessa forma, entende-se por assistir parcial razão ao apelante, de modo a entender-se razoável arbitrar os alimentos em 20% de seus vencimentos, sem prejuízo do custeio do plano de saúde, uma vez que, repito, **ambos os pais devem arcar com as despesas de seus filhos na medida de suas possibilidades** (Acórdão n.1179731, Relatora: LEILA ARLANCH 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/06/2019, Publicado no DJE: 25/06/2019).

A respeito da decisão que deu provimento parcial ao recurso, é preciso tecer dois comentários. *Primus*, como visto, houve um reconhecimento de equalização. E essa equalização se mostra implícita, se traduzindo em uma exoneração parcial, reconhecendo a proporcionalidade, de modo a não superar a capacidade econômica dos genitores. *Secundus*, a equalização pode ser vista como uma modalidade de compartilhamento uma vez que ambos os genitores devem arcar com as despesas de seus filhos com base nas possibilidades de ambas as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por propósito analisar a possibilidade jurídica da exoneração de alimentos, na guarda compartilhada.

Tal estudo serviu para expor as definições de guarda, alimentos, a obrigação e o dever da prestação de alimentos no compartilhamento

da guarda, onde constatou-se que os alimentos são os propulsores dos indivíduos, de forma que nenhuma pessoa pode sobreviver sem eles.

Verificou-se, ainda, por meio desta pesquisa, que a modalidade da guarda compartilhada compreende na sua totalidade os direitos dos menores, respeitando para isto o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, integrantes da doutrina da proteção integral, e portanto, aquela mais benéfica ao menor.

Entretanto, após a alteração legislativa concretizada por meio da Lei nº 13.058 de 2014, a qual determinou que a guarda compartilhada atribuiria aos genitores o gozo do mesmo período ao lado do menor, alguns pontos em relação ao assunto ficaram controversos, e dentre tais pontos está a possibilidade da exoneração dos alimentos no compartilhamento da guarda.

Do trabalho desenvolvido, percebeu-se, alicerçado em um entendimento maciço da jurisprudência, que a guarda compartilhada, por si só, não autoriza a exoneração da obrigação alimentar antes fixada. Há ainda na jurisprudência e doutrina um paradoxo oneroso: o compartilhamento de responsabilidades versus a unilateralidade de alimentos.

O fato é que os alimentos precisam ser fixados de forma justa para ambos os genitores, abarcando ao máximo as necessidades do alimentado, sem onerar por demasia o alimentante. Vale observar que o cálculo dos alimentos deve estar pautado na necessidade da criança e do adolescente, e esse valor ser compartilhado entre os genitores dentro da lógica possibilidade e proporcionalidade. Há também de convir que o alimentante sem o lar de referência tem as suas despesas oneradas, quando o alimentado permanece sob a sua guarda física.

O estudo proporcionou, ainda, a verificação da existência de situações em que é desnecessária a instituição de alimentos em favor dos filhos durante a guarda compartilhada, como por exemplo, quando os genitores possuírem dois filhos e cada um deles reside com um dos genitores. A guarda neste caso é compartilhada quanto à responsabilidade parental atribuída aos pais, mas quanto à manutenção, cada um dos genitores manterá o filho, que sob a sua custódia física estiver.

Assim, em verdade, na aplicação do instituto da guarda compartilhada existe a possibilidade da redução/partilha dos alimentos, considerando, pois, que cada família possui a sua forma própria de organização e diálogo.

Porém, não se entende, ainda, claramente, o compartilhamento de deveres dentro da guarda compartilhada, pois os alimentos ficam

estabelecidos unilateralmente para somente uma das partes, prevalecendo uma tradição, muitas vezes chauvinista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n.1030272, 20160710058013APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 05/07/2017, Publicado no DJE: 11/07/2017. Pág.: 406-415) Disponível em: <http://www.https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal Acórdão n.902557, Relatora: FÁTIMA RAFAEL 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 21/10/2015, Publicado no DJE: 29/10/2015. Pág.: 191. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n.1179731, Relatora: LEILA ARLANCH 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/06/2019, Publicado no DJE: 25/06/2019. Sem página cadastrada Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará - Apelação 00058515020118140040 Belém, Relator: Ezilda Pastana Mutran. Data de Julgamento: 23/06/2016, 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 23/06/2016). Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2016/informativo-de-jurisprudencia-n-337/guarda-compartilhada-2013-impossibilidade-de-exoneracao-de-alimentos>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE SANTA CATARINA. Apelação 20130294119. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23922362/apelacao-civel-ac-20130294119-sc-2013029411-9-acordao-tjsc>. Acesso em: 5 set. 2019.

CARBONERA, S. M. **Guarda de filhos na família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

CASAGRANDE, L. F. R. **Alimentos no Direito de Família: Aspecto Materiais e Processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. São Paulo. Editora Revista do Tribunais, 2017.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GROTH, B. **A fixação de alimentos em favor dos filhos na guarda compartilhada**. in Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/brunna_groth_2016_1.pdf. Acesso em: 1 out. 2019.

IBDFAM. **Entrevista: Guarda Compartilhada e obrigação alimentar**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimentar>. Acesso em: 29 set. 2019.

OLIVEIRA, J. M. L. L. **Guarda, tutela e adoção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

RAMOS, P. P. O. C.; ROSA, C. P. **Nova Lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

RAMOS, P. P. O. C. **Poder familiar e guarda compartilhada: Novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, R. T.; SHIKICIMA, N. S. **Guarda compartilhada e o dever de prestar alimentos**. in Editora Magister, doutrinas. http://www.editoramagister.com/doutrina_27502967_A_GUARDA_COMPARTILHADA_E_O_DEVER_DE_PRESTAR_ALIMENTOS.aspx. Acesso em: 1 out. 2019.

VILAS-BÔAS, R. M. **A guarda compartilhada e o pagamento de pensão alimentícia**. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/a-guarda-compartilhada-e-o-pagamento-de-pensao-alimenticia/>. Acesso em: 25 set. 2019.

TEIXEIRA, A. C. B. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PRESOS DUPLAMENTE CONDENADOS: ANÁLISE SOBRE A ALA LGBTQ+ NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

DOUBLE CONDEMNED PRISONERS: ANALYSIS ABOUT THE LGBTQ+ WING IN BRAZILIAN PRISONS

Jonatas dos Santos Silva*

Danilo Henrique Nunes**

Leonardo Estephanini de Britto***

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve historicidade e situação do sistema carcerário brasileiro. 2 A situação dos presos LGBTQ+ nos presídios. 2. 1 Do direito a um cumprimento de pena justo; 2.2 Do direito à saúde e integridade física; 3 As alas LGBTQ+; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo dedica-se a observar o contexto prisional brasileiro e as consequências que o ambiente insalubre e hostil proporciona aos presos, bem como analisa as primeiras leis que regulamentaram a destacada situação até os dias atuais. Ato contínuo, é necessária a realização de uma delimitação ao grupo LGBTQ+, a vista que uns dos objetivos deste estudo é demonstrar a situação fática que vivenciam dentro cárcere e as consequências da criação de uma ala específica para o grupo. Portanto, o objeto de estudo deste trabalho é o passo inicial de uma longa trajetória que a comunidade LGBTQ+ enfrentará em busca do mínimo existencial dentro das prisões brasileiras. A pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo, com análise a obras jurídicas, artigos científicos, legislação pátria e outros materiais já publicados que se relacionam ao tema proposto, além de demonstrarem que a criação das alas LGBTQ+ impactam positivamente na convivência deste grupo enquanto estiverem encarcerados, pois, permite uma maior humanização da pena e respeito à sua identidade. É possível observar que a criação destas alas é, por ora, benéfica, mas, a longo prazo, serão necessárias outras políticas públicas que tenham o mesmo efeito, de modo a resguardar a identidade e integridade sem segregá-los dos demais prisioneiros.

Palavras-chave: prisões masculinas. direitos humanos. alas LGBTQ+ em presídios. preconceito. violência.

* Graduado pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP. Pós-Especializando em Direito Público pela Faculdade Legal. Advogado.

** Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Professor universitário do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos e do Centro Universitário Estácio - Campus Ribeirão Preto. Advogado.

*** Graduado pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP.

Artigo recebido em 04/12/2020 e aceito em 12/05/2021.

Como citar: SILVA, Jonatas dos Santos; NUNES, Danilo Henrique; BRITTO, Leonardo Estephanini de. Presos duplamente condenados: análise sobre a ala LGBTQ+ nos presídios brasileiros. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 24, n. 40, p. 115-143, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ABSTRACT: *This article is dedicated to observing the Brazilian prison context and the consequences that the unhealthy and hostile environment provides to prisoners, as well as analyzing the first laws that regulated the highlighted situation until today. Thereby, it is necessary to carry out a delimitation to the LGBTQ + group, one of the objectives of this study being to demonstrate the factual situation that they experience inside prison and the consequences of the creation of a specific wing for the group. Accordingly, the object of study of this work is the initial step of a long trajectory that the LGBTQ + community will still face in search of the minimum existential within Brazilian prisons. The research used the hypothetical-deductive method, with analysis of legal works, scientific articles, homeland legislation and other materials already published that relate to the proposed theme, in addition to demonstrating that the creation of LGBTQ + wings positively impacts the coexistence of this group while they are incarcerated because it allows a greater humanization of the penalty and respect to its identity. Therefore, it is possible to observe that the creation of these wards is, for now, beneficial, but, in the long term, other public policies that have the same effect will be necessary, in order to safeguard their identity and integrity without segregating them from other prisoners.*

Keywords: *male prisons. human rights. LGBTQ + wings in prisons. prejudice. violence.*

INTRODUÇÃO

O cárcere tem sido objeto de variados estudos, relatórios e discussões no território brasileiro, como será verificado ao longo do presente artigo. Através destas pesquisas, percebe-se que atualmente ocorre um encarceramento massivo e descontrolado, o que acaba por promover a crueldade e a precariedade dos ambientes prisionais. Os presos sofrem com doenças venéreas, fome, frio, agressões físicas e morais.

O tratamento conferido aos presos (em sua generalidade) é lamentável e torna-se angustiante. Contudo, o conferido a presos LGBTQ+ se prevalece a esta penúria, uma vez que são submetidos ao duplo cumprimento de pena (MUNIZ; NUNES; SILVA, 2018, p. 523), já que cumprem a pena judicial e a do cárcere.

Deste modo, busca-se analisar um possível cenário menos violador aos presos LGBTQ+, que consiste na situação prisional no Brasil, a iniciar pelo contexto histórico. Serão analisados os primeiros passos da legislação penal em território brasileiro e posteriormente, serão destrinchadas as normas vigentes, de modo a destacar a sua evolução.

Em um segundo momento, estudar-se-á a situação prisional brasileira atual e as necessidades que são enfrentadas devido ao hiperencarceramento. Posteriormente, de forma específica, pontuará as condições dos presos LGBTQ+ do sexo masculino, para melhor delimitação temática, visto que a intolerância é majoritariamente provocadas por homens, com a apresentação de medida pública que visa a diminuição da barbárie no cárcere contra os LGBTQ+, consistindo, basicamente na criação de alas específicas.

A problemática do tema se pauta na própria criação das alas LGBTQ+, que, por si só, é suficiente para uma análise profunda quando se observa a violação das garantias fundamentais, bem como infraconstitucionais que enfrenta tal grupo, desta maneira, serão expostos argumentos contrários e favoráveis a sua criação.

Desta feita, o trabalho acadêmico apresentará brevemente o contexto prisional e seus reflexos na vida dos enclausurados, seus familiares e toda sociedade, e para tanto, se valerá do método hipotético-dedutivo, com exame a obras acadêmicas, literárias, artigos científicos, relatórios e matérias jornalísticas, com o fim de defender a criação de local própria para fins de cumprimento de pena deste grupo mais vulnerável do sistema prisional brasileiro.

1 BREVE HISTORICIDADE E SITUAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Após um certo tempo na história, a sociedade passou a conviver com a ideia do aprisionamento de determinadas pessoas que por algum motivo romperam com as obrigações pela lei vigente. A mudança somente ocorreu devido à fadiga de se ter uma “liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil” (BECCARIA, 2014, p. 17). Para mitigar o problema, a melhor solução encontrada foi renunciar parte da liberdade, de modo que a convivência em sociedade pudesse ser mais harmônica e segura, por intermédio da soberania de uma nação (BECCARIA, 2014, p. 17).

Cada parcela de liberdade oferecida constituiu uma sistemática punitiva, caso fosse violada uma norma interna. Por esta razão, surge a figura da prisão na forma de custódia, que garantia que o acusado não evadisse dos termos territoriais da respectiva comunidade em que se encontrava. Aproveitava-se a custódia do indivíduo para a produção de provas mediante meios ilícitos, seja pela coação ilegal ou tortura (ENGBRUCH; SANTOS, 2012).

Deste modo, seja na Idade Antiga, na Idade Média ou na Era Moderna, os encarceramentos eram empregados para conservar no domínio punitivo aqueles que futuramente seriam punidos e submetidos a castigos corporais. Os locais que as pessoas eram mantidas consistiam em calabouços¹ e cárceres do Estado e da Igreja (ESPEN).

¹ A quem for religiosamente cristão, importante denotar a passagem do profeta Jeremias no calabouço (Livro Jeremias, capítulo 38, da Bíblia Sagrada).

O contexto apresentado ao tópico acima parece ser milenar e ultrapassado se comparado com a evolução histórica e social que os Estados Soberanos passaram. Para isto, grandes pensadores discorreram sobre o tema, entre eles o Marquês de Beccaria e mais recentemente, o filósofo Michel Foucault (1987, p. 15), que defendeu que “o sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena”.

Certo é, o Estado por um determinado momento pode ter deixado de impor de forma comissiva o sofrimento físico e dor no corpo na constituição da pena, mas de forma indireta e faltosa, impõe àqueles que estão em situação de cárcere punições que vão além do que legalmente deveriam cumprir. São reiteradas violações que serão tratadas a seguir de forma específica no contexto brasileiro, para impor limites territoriais a este estudo que se apresenta.

Com isto, incumbe apontar que até 1830 o Brasil não possuía um Código Criminal. Quando este foi criado, substituiu o livro V das Ordenações Filipinas (1603), e a codificação penal portuguesa que vigorava após a Independência (1822) (PESSOA, 2016). Igualmente, a forma de aplicação das penalidades foram substituídas, pois, se passou a aplicar a pena privativa de liberdade no lugar às penalidades supliciantes da codificação portuguesa, que consistiam no esarteamento, amputação, entre outros (PESSOA, 2016).

Sobre este inicial Código Criminal, pode dizer que além de impor a pena de prisão com trabalho para diversos crimes, determinou a construção de locais que serviriam de estabelecimento para o cumprimento de pena, os quais foram denominadas Casas de Correção (a primeira que se tem notícia no Brasil é Casa de Correção no Rio de Janeiro) (NOVO). O país recentemente havia alcançado a sua independência, porém estava falido, visto que o Rei D. João VI, em 1821, ao retornar para Portugal, “mandou raspar os cofres do Brasil e encaixotar às pressas o ouro, os diamantes e outras pedras estocadas no Tesouro” (GOMES, 2010, p. 57).

Diante a situação lastimável retratada, o Brasil nem sequer tinha condições de assumir com seus compromissos financeiros, por tal razão como poderia construir e dar manutenção a locais que eram destinados aos presos? A verdade é que não possuía condições, conforme o trecho a seguir:

Ao descrever o sórdido ambiente, imundo e cheio de fumaça, deixa-se claro que os presos faziam pequenos objetos (pentes, colheres) com chifres de boi. Assistência médica precária, alimentação ruim e pouca, mistura de presos condenados e não condenados, falta de água, acúmulo de lixo fizeram

a comissão concluir que tal era “o miserável estado da *Cadea capas* de revoltar ao espírito menos *philantropo*”. (ENGBRUCH; SANTOS, 2012).

Este contexto apresentado outrora não é muito diferente do atual. Primeiramente, a precariedade dá em razão da superlotação, basta notar que o Brasil no ano 2019 registrava 752.277 presos, dos quais 347.661 estavam no ambiente fechado e 248.929 em prisão provisória (sem distinção) (CNJ, 2019). Já nos meios informativos, foi noticiado que o país possuía "812.564 pessoas presas, sendo que 42% delas não foram sequer julgada" (GAZETA DO POVO, 2019) após pequeno espaço de tempo.

Destarte, ante o exponencial crescimento de números detentos de forma exacerbada num ínfimo átimo e ineficiência do aparato estatal, propiciou a criação de um ambiente extremamente favorável para o crescimento de facções criminosas no âmbito prisional, uma vez que este grupo passou a garantir a segurança e suprir os mantimentos de natureza essencial. A falta de elementos básicos, precariedade do cárcere e a influência de facções criminosas é inclusive destacada na CPI dos Presídios, publicada no ano de 2009, conforme se verá a seguir:

Diante do inferno carcerário vigente no País; da crescente violência, notadamente nas regiões metropolitanas, em que as facções criminosas disputam com o Estado o controle de extensos territórios e em face da impunidade de setores minoritários da sociedade, tem-se por um instante a sensação de que não há soluções para o caos carcerário existente. (CPI SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 611).

A respectiva CPI analisou diversas situações no ambiente carcerário e destina o capítulo V inteiro para a apresentação dos problemas que ali foram encontrados. Entre tais situações, importante a observação do item 22 do respectivo capítulo, que trata sobre a tortura psicológica e ofensa à integridade física dos presos. Vide:

Para comprovação das torturas psicológicas e o desrespeito à integridade moral dos presos, basta a existência de celas superlotadas; a falta de espaço físico; a inexistência de água, luz, material higiênico, banho de sol; a constatação de lixo, esgotos, ratos, baratas e porcos misturados com os encarcerados; presos doentes, sem atendimento médico, amontoados em celas imundas [...] (CPI SISTEMA CARCERÁRIO, 2009, p. 267).

Como dito, a situação acima é provocada pela superlotação na maioria dos presídios brasileiros. Em 2017 havia um déficit em torno de 303.112 vagas, isto é, quase o dobro do montante que o Estado oferece (INFOPEN, 2017, p. 21).

O ambiente hostil e violento é possibilitado pela falta de itens básicos a vivência no cárcere e a rivalidade entre determinados grupos criminosos só aumenta. É preciso reconhecer nesta situação que a pessoa quando colocada em encarceramento tem drasticamente aumentada a sua vulnerabilidade, que pode se concretizar por ofensa à integridade física ou mais além: ultrajar contra a própria vida.

Sobre a violência destes grupos criminosos, expõe de forma ampla a sua ocorrência (O GLOBO, 2019), acompanhando a mídia os números de mortos e feridos decorrentes das rebeliões, e alguns momentos são memoráveis para aqueles que laboram nos locais, presos e a própria audiência.

Desta forma, se por um lado, há violência entre grupos/facções rivais pela busca de poder, por outro e talvez até ignorado, existem afrontas a direitos fundamentais de forma contínua contra determinadas pessoas que em cárcere são mais vulneráveis que a maioria dos presos. É sobre este aspecto que o presente artigo se desdobrará a partir do próximo capítulo: observar a convivência do grupo LGBTQ+, que dentro e fora das grades sofrem com o preconceito e crueldades.

2 A SITUAÇÃO DOS PRESOS LGBTQ+ NOS PRESÍDIOS

Primeiramente, não há como negar que nas cadeias femininas não exista o relacionamento sexual entre as próprias presas. Consoante entendimento de Drauzio Varella, trata-se de um tema de complexidade incomparável, porém, de normal aceitação no âmbito prisional, como se evidencia a seguir:

Na penitenciária, relacionamentos homossexuais são tão frequentes que permanecem celibatárias apenas as senhoras de idade e as batizadas pelo Comando, que pune com a expulsão a irmã flagrada com outra mulher. Ainda assim, insinuam as más-línguas, algumas se arriscariam na calada da noite (VARELLA, 2017, p. 108).

De fato, inegavelmente, se frequente o relacionamento homossexual entre mulheres no cárcere, é característico que a violência

derivada exclusivamente no gênero seja de menor proporção se comparada ao encarceramento masculino (BRASIL, 2020, P. 122). Por fundada razão, buscará analisar o último contexto apresentado, para uma inicial delimitação do tema.

Cabe destacar que, por se focar no encarceramento masculino de gays, travestis e se o caso, de transexuais, não se entende que o contexto feminino é de menor relevância. Ao passo que o contexto prisional é falho, violento e causador de consequências irreparáveis ao indivíduo que a ele é submetido.

Neste capítulo observará a situação das “monas”, que podem ser consideradas concomitantemente feminina “(mulher, bicha, travesti) e serem homossexuais (veado, gay, fresco)” (ZAMBONI, 2017), com destaque as situações violadoras que eventualmente ocorrem e que consistem em: (i) falta de dados oficiais que denotem a situação da respectiva comunidade, doravante LGBTQ+; (ii) violência contra o respectivo grupo por parte dos próprios presos heterossexuais; (iii) violência contra o respectivo grupo por parte dos agentes estatais e (iv) abandono familiar.

O primeiro caso, começou a se desfazer recentemente, mas que ainda persiste e que se estrutura em: falta de dados oficiais que denotem a quantidade de presos LGBTQ+ encarcerado e as condições em que vivem, ou melhor, sobrevivem. Mudou devido ao recente relatório produzido pelo Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT no ano de 2020 e que é o primeiro neste aspecto (MODELLI, 2020) mas, por ora não possibilita a ciência do número de presos que se enquadram na categoria supramencionada.

A ausência de informação conforme o relatório de 2020 “é mais um indicativo de que ser reconhecida LGBTQ+ em uma prisão femininas majoritariamente não implica em risco à vida, em oposição ao que ocorre com os LGBT em unidades masculinas” (BRASIL, 2020, p. 122). Isto é, o detento ainda que pertencente a comunidade LGBTQ+ tem receio de se autodeclararem participante. Respectiva situação vai ao encontro do comentário na obra *Transviados no cárcere*, que tem como destaque a falta de base científica (SAKAMOTO; CABRAL, 2018, p. 28).

O INFOPEN, órgão que publica relatórios sobre a questão prisional, em suas edições nem sequer menciona estudos que contabilizam o número de pessoas a qual se analisa neste estudo². É prejudicial, pois o que pode parecer apenas números no papel, são obstáculos para que pessoas integrantes ao citado grupo minoritário sejam beneficiadas pelas

² É o que percebe ao se analisar o Relatório de 2017 (SILVA, 2017).

medidas públicas, visto que: (a) quase não há relatórios focados no grupo LGBTQ+; (b) a falta de dados oficiais, obsta o conhecimento a população; e (c) permite uma maior omissão do Estado.

O segundo caso das quatro situações apresentadas são as eventuais violações praticadas pelos próprios detentos contra o grupo LGBTQ+. Quando realizadas resultam numa maior ofensa à integridade física e saúde do preso do que a primeira hipótese levantada. As violações consistem em: (a) agressão física, moral e sexual e (b) discriminação homofóbica por parte dos homens cis gêneros.

Deste modo, para uma melhor compreensão do tema da violência em razão da intolerância, incumbe apontar que 460 pessoas pertencentes a sigla LGBTQ+ morreram no ano de 2018 no Brasil, vítimas de homobotransfobia. Destas, 320 são homicídios (76%) e 100 suicídios (24%) (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018, p. 4), sendo registrado uma morte por homofobia a cada 23 horas (SOUSA; ARCOVERDE, 2019). O número ainda poderia ser maior se fosse considerado a homofobia nas investigações como uma das primeiras hipóteses e não das últimas, conforme fatidicamente se realiza (DINIZ; DE OLIVEIRA, 2014, p. 113).

No mais, fora dos presídios a violência movida pela homofobia é colossal e causa inexoravelmente angústia, mas a sua prática nos presídios tomam contornos ainda mais trágicos, visto que as pessoas que ali estão, em tese infringiram a lei de algum modo, cumulando desta forma os fatores da condição de gênero e a conduta desviante.

Outro fator que completa a primeira assertiva e demonstra uma maior periculosidade nos estabelecimentos prisionais masculinos é que a maioria dos agressores são deste respectivo sexo, pois socialmente “sente-se ameaçada por outras vivências da sexualidade, chegando ao limite extremo da violência física” (SILVA, 2018, p. 75).

Neste aspecto, destoa o primeiro elemento da condenação dupla que estes presos recebem: além de cumprirem a pena que lhe são impostas, tem sua integridade e dignidade violadas por aqueles que dominam o ambiente carcerário, seja em razão de os gays, travestis e mulheres transexuais serem forçados a satisfazerem os presos sexualmente (SAKAMOTO; CABRAL, 2018, p. 34), entre tantas outras incomensuráveis violações. É o que destaca a reportagem subsecutiva:

[...] “Na minha primeira noite na cadeia, fui mandada para uma cela com 12 homens. Fui estuprada aquela noite toda. Depois, ao longo da pena, era comum ser estuprada

no banheiro." Em um dos estupros, Gabriela contraiu uma infecção grave e precisou fazer uma cirurgia de reparação nos órgãos genitais [...] (MODELLI, 2020).

Um ponto interessante é que os presos que praticam violência ou mantêm relações sexuais com outros homens não se consideram pertencentes ao grupo LGBTQ+ (BRASIL, 2020, p. 11), sejam por escolha própria ou por terem medo das represálias que podem receber. Justamente por não se considerarem pertencentes ao respectivo grupo, impõem medidas degradantes a quem são. Neste aspecto, inicia-se a discriminação com base na homofobia, que são desde a:

[...] não poder tomar água no mesmo copo do que um hétero ou usar o mesmo prato. Também não pode dividir o mesmo cigarro. Até mesmo encostar na vassoura usada para varrer o pátio do presídio é visto como um insulto pelos outros presos. As regras são rígidas e suas justificativas carregam preconceito e ignorância (SOUZA, 2020).

Por conseguinte, caso o preso LGBTQ+ descumpra as normas informais imperantes nos presídios é punido, principalmente por castigo físico, que pode ocasionar inclusive a sua morte. Do mesmo modo, este não tem voz ativa em facções criminosas³. Veja:

[...] é essa ideia de que para ser bandido tem que ser sujeito homem e tem que gostar de mulher. [...]. Mas a gente vê que isso é uma ideologia. Na verdade se você pensar não tem nada a ver uma coisa com a outra. O sujeito pode ser homossexual e pode ter a personalidade criminosa, aquela propensão, ser do crime mesmo. A atitude criminosa qualquer um pode ter, não tem essa. Mas no Brasil ele não vai ter voz ativa na organização, não vai ter o lugar dele, por que tem essa ideologia (ZAMBONI, 2017).

Independentemente de o estabelecimento prisional estar ou não dominado pelas facções criminosas, as condutas que discriminam os presos LGBTQ+ são idênticas, pois são vistas pelos demais detentos com desdém. Ademais, a tal grupo se exige que seus objetos tenham sinais de distinção as quais corriqueiramente são realizadas por marca de fogo ou perfurações (SOUZA, 2019), não bastando também se impõe a estes o dever de guarda de objetos em seus próprios ânus, ônus do exercício da limpeza de celas e outros encargos de natureza comum.

³ Isto pode ser um aspecto positivo para a ressocialização do preso, mas muito ruim para sua sobrevivência no cárcere.

O terceiro cenário apresentado é a violência contra o grupo LGBTQ+ por parte dos agentes estatais. Neste aspecto, a violência inicia desde a prisão do detento, que geralmente é realizada por policiais, e se mantém durante o encarceramento, desta vez feita por agentes carcerários. Nesta situação, necessário analisar às duas questões.

Dentre elas, a questão da exposição do preso a eventuais violências a qual decorre pelo simples fato da prisão. Entretanto, a situação ganha contorno lastimável quando em tal situação há indivíduo pertencente ao grupo LGTBQ+ e este estiver em condição de flagrante delito, momento que no *animus* da repreensão policial se manifesta desproporcionalmente o uso da força e conseqüentemente desencadeia na agressão física. Pela respectiva razão foram instituídas as audiências de custódia, que visa inibir a tortura e eventuais violações a integridade do preso, bem como avaliar a necessidade da prisão e sua legalidade (PAIVA, 2018).

A visto disso, cita-se como exemplos os casos de mulheres trans terem os seus cabelos raspados; são revistadas por agentes estatais do sexo masculino e são desnudadas arbitrariamente e de forma pública. Mencionada situação também se estende aos travestis. Dois trechos a seguir demonstrarão o contexto:

A policial, quando foi me pegar, ela me bateu. Quebrou meu braço e ainda acertou no meu dente e quebrou meu dente. Um dente arrancou imediato o outro ficou mole e quando eu cheguei aqui [na unidade prisional] eu tirei. [...] O policial que me pegou na rua, ele me bateu e me espancou. Não tinha necessidade disso. Ele me deu uns chutes direto no silicone. Eu tenho prótese, né? Ele bateu bem aqui. Tem um pedaço da minha prótese que tá inflamada, pode até ter rompido a prótese. Eu peço pra ir no médico, mas eu ainda tou aqui (BRASIL, 2020, p. 55-115).

Após serem agredidos (as) nas ruas, os presos LGBTQ+ sofrem a violência no cárcere por meio dos agentes ali sublocados. Na situação a seguir, os detentos recebem tratamento diferenciado ao gênero que se identificam (por exemplo, o caso de uma mulher trans que tem a sua cabeça raspada, caso seja encaminhada para um presídio masculino).

O despreparo ou falta de empatia dos agentes estatais influenciam diretamente no tratamento concedido. As situações acima apresentadas são umas das poucas que essas pessoas diariamente sofrem no cárcere ante ao descumprimento das recomendações de direitos humanos, propostas pelos órgãos que analisam diretamente as circunstâncias com proximidade.

Além disso, o desrespeito dá-se pela forma que os respectivos presos são chamados, pois é limitado ao sexo do nascimento, a vista que desconhecem que o sexo não é mais considerado tão somente como um dado fisiológico (VIEIRA, 1999, p. 117). Neste aspecto, o recomendado é que os detentos (as) fossem chamadas por seus nomes sociais. Contudo, em razão de o sistema prisional ser estruturado apenas para o gênero masculino e feminino, acaba por promover a segregação da população LGBTQ+, principalmente os transgêneros (CEREJO; MENEGASSO, 2018, p. 4).

Por fim, necessário pontuar sobre o abandono familiar, a qual será tratada de forma sucinta, mas que acarreta consequências na segunda situação apresentada (que é a violência praticada pelos próprios detentos contra os presos LGBTQ+).

Inicialmente, é preciso destacar que em alguns casos, o abandono é feito após a constatação da “sexualidade desviante” dos indivíduos (DA SILVA; BARBOSA, 2016, p. 144) sendo o momento que se inicia a homofobia e discriminação da pessoa, impondo-os a uma prisão social, religiosa e moral.

Ao ser presa, a pessoa que eventualmente antes já era malvista por não seguir os dogmas que ainda são postos sobre a sociedade, é discriminada novamente. Desta vez, é devido ao estereótipo de bandido (a). Destarte, se presente algum dos dois tipos de discriminação, afetará a visitação destas pessoas quando estiverem no cárcere, o que indubitavelmente pode ser comprovada pelo Relatório LGBT nas prisões do Brasil, o qual destacou que apenas 40% dos LGBT tem visita cadastrada nos registros das instituições, posto que o número de visitantes pode ser ainda menor (BRASIL, 2020, p. 55-115).

O preso que não recebe visitas, ficará vulnerável e à mercê de outros detentos, já que o “jumbo”⁴ que recebe é por inúmeras vezes a sua moeda de troca (SAKAMOTO; CABRAL, 2018, p. 34). O pior cenário é quando devido à falta de suprimentos, os aprisionados se prostituem para adquirir itens básicos (SAKAMOTO; CABRAL, 2018, p. 33) e ante a respectiva conduta acaba por contrair doenças sexualmente transmissíveis, que lhes acometerão por um período ou pelo resto da vida.

A mitigação de afetividade familiar dos presos afetam a construção de sua ressocialização com a sociedade. São diversas situações que seria impossível esgotar na presente ocasião. Então, após a abordagem das quatro situações de violações, descaso e abandono, é preciso estudar mecanismos

⁴ Kit composto por mantimentos e produtos de higiene enviado pelos familiares e amigos do detento.

que busquem dirimi-los, que é o objeto principal deste estudo. A seguir se observará normas relativas aos direitos no encarceramento.

2.1 Do direito a um cumprimento de pena justo

O artigo 38 do Código Penal é categórico em afirmar que preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, o que implica no dever de todas as autoridades respeitarem à sua integridade física e moral. Nas palavras de Greco (2017, p. 655), o artigo supra é uns dos artigos mais desrespeitados de nossa legislação penal, ante a atuação falha e incompleta do Estado.

A Lei de Execução Penal, que prescreve uma série de direitos e medidas a serem observadas pelo Estado, por este são olvidadas/desprezadas, dentre as quais, as regras impositivas dispostas no artigo 41 que são “importantes e necessários para que o preso possa cumprir sua pena com dignidade, a fim de ser, futuramente, reinserido no convívio social” (GRECO, 2017, p. 655).

O sujeito ao ser condenado com pena de detenção/reclusão tem a sua liberdade suprimida por determinado lapso de tempo. Entretanto, não legitima a submissão do preso a locais degradantes a sua condição humana (exemplo dormir no chão, numa cela com lotação superior ao que atualmente suporta e com exposição a diversas doenças que decorrem do cárcere). Neste momento, o desejo de recuperação social (se existente) deixa de existir, tendo em vista que a assistência aos aprisionados se faz imperiosa, para que assim ocorra um processo de diálogo entre os destinatários e a comunidade quando no cumprimento da pena (MARCÃO, 2012, p. 44).

O que se pretende em poucas palavras é destacar que as condições acima expostas (capítulos 2 e 3 deste artigo) são contrárias ao texto legal e a finalidade da pena, qual seja, a ressocialização de forma real para que haja a redução superveniente da lotação carcerária.

Com isso, busca afastar o discurso ideológico que a tempo se propaga: que os presos deveriam enfrentar as piores condições possíveis no âmbito prisional (inclusive, da superlotação) e que toda medida que vise amenizar a situação nefasta, seriam resultantes de regalias.

2.2 Do direito à saúde e integridade física

Assegura Novena (2014, p. 48) que “como todo o ser humano, o preso está suscetível as doenças, risco esse que se eleva em razão das condições em que vive no ambiente prisional”. Por isso, deve ter direito a imediato tratamento, visto que as condições insalubres poderão proporcionar um agravamento da moléstia e que pode ser obstado pelo asseguramento do direito à saúde.

No artigo 6º da Constituição Federal, à saúde é positivada como direito social. É também um dever do Estado em proporcioná-lo a todo cidadão ou estrangeiro que estiver nos limites territoriais brasileiros, nos termos do art. 196 do diploma legal derradeiramente citado. Essa disponibilização é feita por intermédio de medidas que busquem evitar doenças e se for o caso, as cure, bem como medidas que visem ampliar a vida (CAPITANI, 2012, p. 53).

Como visto, não há vedação ao direito à saúde ao preso, pois é uma das características do Estado democrático introduzidos pela Carta Magna (KÖLLING; SILVA; SÁ, 2013, p. 282), representando um gradativo avanço nas políticas sociais oriundos da cidadania (FERREIRA, 2008, p. 75), em relação dos direitos de segunda dimensão.

Nesta linha de raciocínio, a Lei de Execuções Penais (LEP) tratou sobre a temática, positivando medidas que visem o resguardo dos presos, entre eles a saúde (MARTINS, et. al., 2014), nos termos do artigo 14. Tais medidas compreendem a manutenção de consultório médico e dentário, nos moldes da população em geral, para que assim sejam prevenidas e curadas doenças que venham a ser acometidas pelos presidiários, isto é, tutela em um lugar adequado para que laborem e cumpram suas penas (NUCCI, 2018, p. 44).

Certo é que, em algumas situações os presos não conseguirão alcançar um tratamento médico adequado e suficiente na prisão, motivo pelo qual deverão ser encaminhados a um local capacitado a fazê-lo, alcançando a sua cura (NUCCI, 2018, p. 44). Esse direito de receber tratamento médico, seja em caráter preventivo ou repressivo as doenças, também se evidenciam no artigo 41, VII, da LEP. Já o art. 43 garante a liberdade do preso de contratar médico de sua confiança, ainda que encarcerado (AVENA, 2014, p. 44).

A garantia ao direito a saúde possui respaldo igualmente na institucionalização do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário

(PNSSP), em decorrência da Portaria Interministerial de nº 1.777/2003 (MARTINS, et. al., 2014).

Constituem as prioridades do Plano, nos termos do artigo 1º, §2º:

I - a reforma e a equipagem das unidades prisionais visando a estruturação de serviços ambulatoriais que atendam às necessidades de atenção no nível básico, mínimo da assistência no nível da média complexidade (conforme NOAS/MS em seu Anexo III – Grupo 7) e componentes das urgências e emergências em saúde, em consonância com as especificidades do Sistema Penitenciário Nacional;

II - A organização do sistema de informação de saúde da população penitenciária;

III - a implantação de ações de promoção da saúde, em especial no âmbito da alimentação, atividades físicas, condições salubres de confinamento e acesso a atividades laborais;

IV - A implementação de medidas de proteção específica, como a vacinação contra hepatites, influenza, tétano;

V - A implantação de ações para a prevenção de tuberculose, hanseníase, diabetes, hipertensão, hepatites, DST/AIDS e dos agravos psicossociais decorrentes do confinamento, bem como a distribuição de preservativos e insumos para a redução de danos associados ao uso de drogas;

VI - A garantia do acesso da população penitenciária aos demais níveis de atenção à saúde, através das referências, que deverão estar incluídas na Programação Pactuada Integrada (PPI) estadual, mediante negociação na Comissão Intergestores Bipartite (CIB) (BRASIL, 2003).

Anteriormente a isso, a LEP em seu artigo 88 dispôs que o preso deveria ser mantido em cela individual, que conteria dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com o fim de manter a salubridade do local e que no lhe concerne possibilitaria a efetividade das prioridades da Portaria acima dita.

Por outro lado, caso o preso em regime aberto esteja acometido de enfermidade grave, poderá obter concessão de prisão domiciliar, por ser uma das hipóteses do artigo 117 da Lei de Execuções Penais. Respectivo caso poderá ser estendido aos presos do regime semiaberto e fechado, conforme aceita a jurisprudência (para casos de enfermidade grave e que seja impossível a prestação de assistência médica) (AVENA, 2014, p. 48).

Todas as hipóteses acima serão aplicadas ao grupo feminino. Entretanto, este recebe um diferencial descrito pela própria Lei: o acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e pós-parto (AVENA, 2014, p. 48), sendo o respectivo parágrafo (3º do artigo 14)

acrescentado pela Lei nº 11.942, de 27 de maio de 2009. Do mesmo modo, caso não tenha os presídios meios para prover a assistência médica necessária, deverá ser prestada em outro local, resguardando a integridade física da mulher (MARCÃO, 2012, p. 45).

Sobre a integridade física e moral do preso, também é dever do Estado em mantê-la quando estiver sob sua custódia. Uma vez que o Ente Federativo responde por danos que lesem os presos custodiados sobre seus cuidados (CAPITANI, 2012, p. 62) em razão da teoria do risco criado (CARVALHO, 2017, p. 348). É o que destaca o artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal:

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: [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, 1988).

A preservação da integridade física e moral demonstra um respeito a humanidade daqueles que estão aprisionados, como destaca o trecho abaixo:

Na Constituição de 1988, o princípio da humanidade apresenta-se, pois, com desdobramento da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III), e harmoniza-se com a vedação à tortura e a qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e às determinações de respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX) (CARVALHO, 2013, p. 872).

Corroborando a humanidade dispensada à integridade física e moral, o artigo 38 do Código Penal (que recebeu nova redação da LEP) impõe um respeito por parte das autoridades, pois o preso mantém todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade. Ainda que algumas violações à integridade decorram mediante atos praticados por outros presos, o Estado sempre deverá adotar medidas que visem mitigar respectivas situações. Entre elas, incluem medidas que busquem proteger os presos LGBTQ+, visto que além de arcar com a penalização do veredito condenatório, sofrem com a situação degradante do cárcere e discriminação dos demais detentos que o submetem a condição mais indigna possível.

Desta maneira, caso o preso possua uma cela individual, será possível cumprir as prioridades estabelecidas na Portaria Interministerial,

a qual trata sobre sua a saúde. Contudo, não é a realidade dos presídios brasileiros, o que reverbera nas crueldades relatadas pela CPI do Sistema Carcerário e relatórios do INFOPEN. Inclusive necessário salientar que a respectiva condição é acolhida de forma equivocada pela população, que se valem do lema: “bandido bom é bandido morto” diariamente, o que faz alusão a frase de Orwell (2007, p. 39) em um dos seus clássicos “humano bom é humano morto”.

3 AS ALAS LGBTQ+

Neste capítulo abordará a problemática do presente trabalho, que consiste em política pública: a criação de alas LGBTQ+, que visa resguardar os direitos dos presos mais vulneráveis na prisão.

A Lei de Execuções Penais está baseada num conceito binário para a divisão de estabelecimentos penais: o masculino e o feminino. Contudo, respectiva restrição a estes dois tipos não engloba todos os presos, agravando a situação de vulnerabilidade daquele que pertencerem ao grupo LGBTQ+.

A principal Lei que trata sobre a vivência no cárcere é omissa a quanto a separação com base no gênero, logo deixa o citado grupo à mercê de violências decorrentes da discriminação. Em sentido contrário o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoções dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais desempenha papel importante nesta questão (CARVALHO, 2018, p. 24).

Após várias denúncias de maus tratos, tortura, violência física, moral e sexual contra o grupo nas prisões, resultou na publicação da Resolução Conjunta nº 1, de 2014, que teve a participação do Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal, assim como do Presidente do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, “cuja finalidade foi balizar diretrizes mínimas para tratamento da população LGBT nos estabelecimentos prisionais brasileiros” (SOARES; QUEIRÓZ, 2019).

A resolução seguiu o que foi implantado em Minas Gerais no ano de 2009, pois o citado Estado foi o primeiro a implantar a medida, com a seguinte justificativa:

[...] o primeiro estado brasileiro a estabelecer essas alas exclusivas, recentemente defendidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e por órgãos ligados à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. O objetivo é prevenir abusos e garantir que o cumprimento da pena ocorra sem constrangimento ao estilo de vida dessas pessoas. A primeira

ala gay foi construída em 2009, no presídio de São Joaquim de Bicas II, na cidade de mesmo nome, na Região Metropolitana. Depois, a ala foi transferida para a Penitenciária Jason Soares Albergaria, também localizada na cidade de São Joaquim de Bicas. Em 2013, um pavilhão do presídio de Vespasiano passou a receber exclusivamente homossexuais. Nesses locais, que têm as paredes pintadas de rosa, os presos podem se maquiarem, fazer as unhas, manter os cabelos compridos e ser chamados pelos nomes que desejam. A transferência para essas unidades acontece apenas mediante vontade do próprio detento (MINAS GERAIS *apud* CARVALHO, 2018, p. 28).

A Resolução Conjunta destaca a observância as normas internacionais que versam sobre Direitos Humanos, a Lei de Execuções Penais (principalmente nos artigos 40, 41 e 45) e outras legislações correlatas a situação carcerária, isto é, que lhe complementam.

Destaca-se o: (i) oferecimento de espaços de convivência a gays e travestis custodiados em ambiente prisional masculino (art. 3º); (ii) encaminhamento de pessoas transexuais masculinas e femininas para unidades prisionais femininas (art. 4º) e (iii) garante direitos a população LGBT encarcerada (art. 4º ao 11) (BRASIL, 2014).

O primeiro nada mais é que a criação das alas LGBTQ+, ou como é conhecida, Ala Rosa (SAKAMOTO; CABRAL, 2018, p. 97), e orienta as unidades penitenciárias masculinas a sua criação (DELCOLLI, 2018), que tem finalidade resguardar a integridade do preso LGBTQ+, com as seguintes medidas: manter a sua saúde e identidade na prisão (que é a utilização de nome social a qual escolheu, roupas e outros acessórios com a qual se identifica e que são permitidos no estabelecimento prisional).

Atualmente, há cerca de pelo menos 106 unidades prisionais destinadas à população LGBTQ+ no Brasil, divididos em: (a) 52,8% para região Sudeste; (b) 25,5% para o Nordeste; (c) 15,1% para a Região Centro-Oeste; (d) Sul com 5,7% e (e) Norte com ínfimos 0,9% (BRASIL, 2020, p. 18). Sobre a aprovação da reserva de alas para o grupo, 58,3% das pessoas apontaram que são favoráveis. Já 41,7% dos entrevistados mencionaram serem contrários à sua implementação (BRASIL, 2020, p. 19).

A rejeição para a implementação tem como uns dos principais fundamentos: (i) violação ao princípio da igualdade; (ii) segregação dos presos LGBTQ+; (iii) maior facilidade ao acesso a todos os presos LGBTQ+ em eventual rebelião.

No primeiro caso, o argumento se constrói na eventual violação a igualdade, resguardada constitucionalmente no *caput* do artigo 5º, pois as alas proporcionam “regalias” aos presos LGBTQ+ que não seriam concedidos aos demais presos. Uns dos seus maiores exemplos são os casos de superlotação, pois em tese haveria menor lotação nas alas rosas dos que nos demais lugares do cárcere.

A adoção de medidas pelo Poder Público que busque resguardar um determinado grupo de agressões/violações não pode ser considerada regalia. Primeiro, no cárcere não há regalias. Segundo, já há um déficit de vagas nas alas LGBTQs (BRASIL, 2020, p. 16). Terceiro ponto: caso o grupo LGBTQ+ fique aprisionado com os demais presos lhe serão impostos as violações e discriminações, que os impedem de alcançarem as atividades fornecidas na prisão.

Como destacado no capítulo 3.1, o preso tem direito à saúde e a sua integridade física/moral. A criação destas alas além de resguardar estes direitos, promove a igualdade dos presos LGBTQ+ aos demais, pois quando o primeiro grupo é colocado na ala comum fica em condições inferiores ao cárcere em geral. Isso sim é uma violação a igualdade.

Quanto a segregação dos presos, há dois pontos a serem analisados. O primeiro é: a separação aos demais presos ocorre por opção do próprio preso. A Resolução Conjunta nº 1 de 2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, é clara neste aspecto, já que descreve que:

Art. 3º Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§ 1º Os espaços para essa população não devem se destinar aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§ 2º A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade (BRASIL, 2014).

Caso cumprida a Resolução não há que dizer em segregação contrária à vontade do detento LGBTQ+. Na hipótese de não se sentir à vontade em compartilhar a ala com outros presos homossexuais, poderá pedir a alteração do local que cumpre a pena ou da medida cautelar, pois não há maiores vedações (GUEDES; OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2017).

O segundo ponto referente a segregação a ser discutido é: o distanciamento com os demais presos. A situação retratada é vista como

uma segregação espacial e que tem como consequências o retardamento na educação dos demais detentos em relações as questões de gênero. Sobre este ponto, destaca-se que existe uma aplicação de segregação nos presídios há muitos anos, pois facilita o trabalho de organização dos agentes (LAMOUNIER, 2018, p. 122) e que a partir de 2020 pode ser encontrada nos poucos dados oficiais que se tem neste sentido (BRASIL, 2020, p. 16).

Em outro sentido, necessário ressaltar a submissão vexatória dos aprisionados LGBTQ+ nas alas comuns. Não é incomum que os detentos homossexuais sejam isolados (outra segregação) nos piores lugares e ficassem com as piores (quando não todas) tarefas, sendo suscetíveis as agressões e humilhações a qualquer tempo (CANOFRE, 2020).

Aliás, a segregação é constante na vida de boa parte dos integrantes deste grupo. Quando analisado o abandono familiar, foi destacado que as suas famílias reiteradamente os abandonam e os excluem do contexto familiar devido à homofobia. A sociedade faz o mesmo. No caso em tela, é uns dos poucos tipos de afastamento que pode ser benéfica aos gays e travestis. Por qual razão seria tão injusta? Destaca-se ainda que é proporcionado ao preso LGBTQ+ a faculdade entre duas alternativas: (i) conviver na cela comum ou (ii) se direcionar ao lugar reservado. Verifica-se que a separação aos demais presos não ocorreria contra a sua vontade.

Sobre existir maior facilidade ao acesso a todos os presos LGBTQ+ em eventual rebelião devido estes estarem localizados em apenas um local no presídio é necessário analisar que a integridade física do preso é responsabilidade do ente estatal, com possibilidade de este ser responsabilizado por danos provocados aos presos enquanto estiverem em cárcere (NUCCI, 2018, p. 118).

Caso ocorra uma rebelião, o acesso será de maior facilidade se os presos LGBTQ+ estiverem nas alas comuns, pelos critérios a seguir expostos: os presos não precisariam atravessar pavilhões com grades e cadeados e conseqüentemente restará mais fácil vitimizar os integrantes do grupo LGBTQ+ através de agressões ou utilizá-los como “escudo humano” (MODELLI, 2020).

Realmente existem vários elementos que confrontam a criação das alas LGBTQ+. Não há como descartar a possibilidade de a situação nas alas rosas serem piores que as alas comuns. Entretanto, a medida pública em análise é umas das poucas (se não for a única) que evitam o contexto de agressões/violações com base no gênero e proporciona uma de vida e ressocialização maiores do que se estivessem na cela comum. A seguir será exposto comentários para dimensionar os resultados desta ação:

Para Toni Reis, da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), a criação de alas separadas nos presídios não é o ideal, mas pode ser uma medida válida para resolver um problema imediato. “Achamos que as pessoas não deveriam ser segregadas, mas por causa de toda a violência, isso acaba acontecendo para preservá-las” (BRANDÃO, 2013).

Novamente, um comentário que a utilização sem exceções do conceito binário masculino/feminino deixa de observar as peculiaridades do preso LGBTQ+:

Foi possível ainda analisar discursos em que o preso da ala LGBT identifica formas de repressão do Estado à sua identidade de gênero e/ou orientação sexual nos pavilhões comuns, na medida em que impõe o padrão masculino a ser seguido, sem reconhecer que existem pessoas que não se identificam dessa maneira, que não fazem parte do padrão social heteronormativo construído e imposto. (GUEDES, 2019, p. 332).

O médico infectologista Rafael Sacramento relata situações na qual vivenciou como profissional da saúde e aponta as crueldades das alas comuns:

“O sistema é brutal, principalmente para os que são considerados ‘menos úteis’, como travestis, transexuais e homossexuais”, ele diz. A violência sexual é uma forma de humilhação e de pagamento de dívidas dentro de um ambiente extremamente machista, onde só respeita a figura da mãe. Segundo o médico, há uma certa harmonia entre os presos, que dividem celas com até outros 100 homens – desde que heterossexuais. “Há uma extrema necessidade de extravasar toda a raiva na população LGBT”, diz. Em 2017, ele chegou a atender uma mulher trans estuprada por cerca de 60 homens no Presídio Juiz Antônio Luiz Lins de Barros (PASSOS, 2019).

Menciona-se que as alas LGBTQ+ seriam desnecessárias se houvesse celas individuais, como dispõe o artigo 88 da Lei de Execuções Penais, pois incidiria diretamente na diminuição da violência. Caso reste necessário o compartilhamento, o número máximo por cela deve ser de dois presos. Um número maior pode proporcionar a maior vulnerabilidade de um detento, visto que dois ou mais presos poderiam se associar para prática de atos ilícitos, que engloba a violência sexual. Já no caso de dois

integrantes por cela, há possibilidade de ser aplicada à autodefesa que poderia impedir eventuais abusos.

Sobre normas que regulamentam as alas, há uma certa omissão legislativa. Recentemente o Pacote Anticrime, que acrescentou dispositivos a LEP infelizmente deixou de analisar a respectiva situação. Atualmente, existem as Resoluções (a Conjunta e Estaduais) que versam sobre o tema e conseguiram fundamentar um pedido de *Habeas Corpus* de duas presas transexuais no Supremo Tribunal Federal. A seguir, vide os trechos:

10. Sem prejuízo disso, a notícia de que o paciente e o corréu foram incluídos em estabelecimento prisional incompatível com as respectivas orientações sexuais autoriza a concessão da ordem de ofício, na linha da Resolução Conjunta nº 1, de 15.04.2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; e da Resolução SAP nº 11, de 30.01.2014, do Estado de São Paulo. 11. Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do RI/STF, nego seguimento ao habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício para determinar ao Juízo da Comarca de Tupã/SP que coloque o paciente PEDRO HENRIQUE OLIVEIRA POLO (nome social Lais Fernanda) e o corréu Luiz Paulo Porto Ferreira (nome social Maria Eduarda Linhares) em estabelecimento prisional compatível com as respectivas orientações sexuais. [...] (HC 152491, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 14/02/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 19/02/2018 PUBLIC 20/02/2018) (BRASIL, 2018).

Para melhor compreensão, vide o conteúdo disponibilizado na notícia publicada no portal do respectivo Tribunal:

Em sua decisão, o ministro Barroso citou a Resolução Conjunta nº 1, de 15/04/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, que trata do acolhimento de pessoas LGBT em privação de liberdade no Brasil e estabelece, entre outros direitos, que a pessoa travesti ou transexual deve ser chamada pelo seu nome social, contar com espaços de vivência específicos, usar roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e manter os cabelos compridos e demais características de acordo com sua identidade de gênero. A resolução também garante o direito à visita íntima. O ministro também citou a Resolução SAP nº 11, de 30/01/2014, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a atenção a travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário paulista (NOTÍCIAS STF, 2018).

A disponibilização de alas é umas das medidas imediata a serem tomadas para que o grupo LGBTQ+ em cárcere receba o mínimo do tratamento digno. Os efeitos desta medida será a inibição da dupla condenação e as consequências que estas podem gerar na vida destes presos. Possibilitará ainda o resgarde da identificação do preso LGBTQ+, de modo que poderão optar pelas roupas e acessórios utilizados, bem como o nome social.

O destaque é a redução ou cessamento das violações sexuais rotineiras e das agressões/vexações em razão da discriminação. Como consequência secundária, é possível a concessão de cursos e atividades laborativas aos aprisionados homossexuais que não seriam possíveis nas alas comuns em função do preconceito.

A criação das alas LGBTQ+ pode até não acabar com todas as crueldades, mas é um primeiro passo a ser dado na busca da humanização da pena, que terá um maior efeito se acompanhada de estudos e outras políticas públicas.

CONCLUSÃO

Durante o curso deste trabalho foi possível evidenciar que o cárcere no Brasil por si só é um ambiente perigoso, insalubre, precário e as condições para convivência humana em tal âmbito são mínimas, fato resultante inexoravelmente do encarceramento em massa e desenfreado.

No mais, também pode se observar a situação dos presos LGBTQ+ nos presídios brasileiros, os quais são em números inferiores aos demais detentos, porém são os que mais sofrem violações, tanto no aspecto físico, moral e psíquico, cujo ínsito é nefasta discriminação.

A começar pela abordagem policial e o conceito binário (masculino-feminino) que adota a Lei de Execuções Penais, a qual se impera no âmbito de cumprimento de pena nos regimes de privação de liberdade.

Por outro lado, insta salientar que para reduzir ou até suprimir as violações criaram-se alas destinadas ao grupo em comento, todavia em decorrência de tal iniciativa advieram posições favoráveis e concomitantemente antagônicos, já analisadas oportunamente.

Diante de tais posições se compreendeu que a criação das alas específicas, veio a possibilitar uma solução imediata, todavia ineficaz a longo prazo, dado que, se faz imperiosa outras para que haja a preservação

dos direitos mínimos de forma permanente, consoante comando da Carta Política pátria.

Contudo, destaca-se que os argumentos contrários em nenhum momento apresentam alternativas para o problema que o sistema carcerário tem enfrentado, quando diante da execução de uma pena existe um sujeito em condição que não se subsumi ao sistema dual adotado.

Conquanto, é imperioso reconhecer que a Resolução Conjunta nº 1 de 2014 é firme em destacar que o direcionamento de preso LGBTQ+ a ala especificamente destinada dependerá de seu consenso expresso, isto é, porventura caso se sinta desconfortável e segregado, poderá requerer a sua transferência para ala comum ou sua permanência.

Deste modo, ainda que exista a Resolução retro e outras estaduais não estarão próximo ao contexto ideal, a vista que recentemente na Lei de Execuções Penais sofreu adição/alteração em diversos artigos, os quais foram promovidos pela Lei nº 13.964/2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime e cuja regulamentação lamentavelmente olvidou de analisar a situação abordada neste estudo, o que seria apto a aproximar ao objetivo proposto pelo Constituinte Originário, o qual prezou pelas garantias mínimas expressamente em seu texto.

Dessarte, torna-se necessário reconhecer que o propósito do presente artigo nem de perto é suficiente para que haja um sistema prisional que conjuntamente sirva de instrumento punitivo e ressocializador. Insta salientar, que há um grande percurso pela frente e outras ações a serem tomadas, pois, indubitavelmente a criação das alas LGBTQ+ é ineficaz, se estas não forem acompanhadas/integradas com outras atividades que visem/promovam a evolução social daqueles submetidos ao sistema prisional como, a concessão de oportunidades de empregos.

Por conseguinte, são atos que permitirão a inócuência de eventual reincidência, por esta razão é digno de destaque a atitude de algumas empresas que contratam pessoas do grupo LGBTQ+ (BASÍLIO, 2018), porém o que não se tem notícias atualmente, se são ofertados empregos àqueles que tiveram passagem no cárcere, uma vez que desponta num duplo estereótipo, que deve ser quebrado.

Em suma, constata que as alas LGBTQ+ possuem uma grande relevância que vai desde a proteção contra violações e agressões até a preparação dos supervenientes egressos, porém para que haja a obtenção deste último se faz imperiosa a atuação incisiva de políticas públicas e criminais, para que desta forma haja a verdadeira ressocialização.

REFERÊNCIAS

A HISTÓRIA das prisões e dos sistemas de punições. **ESPEN- Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário**. Pinhais, [20--]. Disponível em: <http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=102>. Acesso em: 17 ago. 2019.

AVENA, N. C. P. **Execução penal**: esquematizado. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014.

BASILIO, P. Empresas dizem "sim" à contratação de funcionários LGBT no Brasil. **Época**, [s. l.], 02 out. 2018. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2018/10/empresas-dizem-sim-contratacao-de-funcionarios-lgbt-no-brasil.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BECCARIA, Cesare Bonesama. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BRANDÃO, Marcelo. Presídios estão adotando alas LGBT para reduzir casos de violência contra homossexuais. **Agência Brasil**, [s. l.], 29 set. 2013. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/09/presidios-estao-adotando-alas-lgbt-para-reduzir-casos-de-violencia-contra>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL bate recorde e tem mais de 800 mil presos, diz CNJ. **Gazeta do povo**. [s. l.], 17 jul. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/covid-19-carlos-bolsonaro-coordena-estrategia-online-e-ganha-sala-no-planalto/>. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil., Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário**. Brasília: Edições Câmara, 2009.

BRASIL. Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais. Lei nº 7.210 de 11 julho de 1984. Brasília, 09 maio 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicao-demotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 21. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGBT nas prisões do Brasil**: Diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento. Brasília: Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT, 2020. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Portaria Interministerial nº 1.777. Brasília, DF, 09 set. 2003. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/pri1777_09_09_2003.html. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/old/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-conjunta-01-2014-cncd-lgbt-e-cnpcp/view>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.491, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5341940>. Acesso em: 26 ago. 2018.

CANOFRE, F. Dez anos após criação, ala LGBT em presídio é a única em MG. **Folha de São Paulo**, São Joaquim de Bicas, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/01/dez-anos-apos-criacao-ala-lgbt-em-presidio-e-a-unica-em-mg.shtml>. Acesso em: 7 abr. 2020.

CAPITANI, R. **O meio ambiente prisional brasileiro e a saúde do preso**: um estudo no Presídio Estadual de Bento Gonçalves. 129f. Dissertação-Mestrado. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2012.

CARVALHO, A. C. A. **Sistema penitenciário e alas específicas para transexuais**: segregação ou proteção?. 47f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito. Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2018.

CARVALHO, M. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

CARVALHO, S. Comentário ao artigo Art. 5º, XLVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CEREJO, B. P.; MENEGASSO, F. Normas aplicáveis ao acolhimento da população LGBT privada de liberdade: identidades invisíveis. In: **I Congresso Nacional de Biopolítica e Direitos Humanos**. 2018.

DA SILVA, L. V.; BARBOSA, B. R. S. N. Sobrevivência no armário: dores do silêncio LGBT em uma sociedade de religiosidade heteronormativa. **Estudos de religião**, v. 30, n. 3, p. 129-154, 2016.

DELCOLLI, C. Por que é preciso falar sobre como a população LGBT é tratada nas prisões brasileiras. **HuffPost Brasil**, [s. l.], 07 maio. 2018. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/05/07/por-que-e-preciso-falar-sobre-como-a-populacao-lgbt-e-tratada-nas-priso-es-brasileiras_a_23429157/. Acesso em: 13 ago. 2018.

DINIZ, D.; DE OLIVEIRA, R. M. **Notícias de homofobia no Brasil**. Brasília: Letras Livres, 2014.

ENGBRUCH, W.; SANTOS, B. M. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. **Revista das Liberdades**, n. 11, 2012. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=145#_ftnref4. Acesso em: 17 ago. 2019.

FERREIRA, M. C. F. **Necessidades humanas, direito à saúde e sistema penal**. 139f. Dissertação-Mestrado. Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, L. **1822: como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado**. Rio Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

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

GRUPO GAY DA BAHIA. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil: Relatório 2018**. Bahia: Grupo Gay da Bahia, 2018. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

GUEDES, D. C. M. A Criação de Pavilhões Específicos Destinados a Homossexuais Masculinos e Travestis, como Forma Eficaz de Proteção à Integridade Física e Psicológica no Estabelecimento Prisional do Município de Vespasiano da Região Metropolitana de Belo Horizonte–Minas Gerais. **Virtuajus**, v.4, n. 6, p. 317-337, 2019.

GUEDES, D. C. M.; OLIVEIRA, K. R.; OLIVEIRA, R. G. O trabalho nas alas lgbt das unidades prisionais masculinas na região metropolitana de Belo Horizonte (MG). **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, v. 21, n. 2, 2017.

KÖLLING, G. J.; SILVA, M. B. B.; SÁ, M. C. D. N. P. O Direito à Saúde no Sistema Prisional. **Tempus - Actas de Saúde Coletiva**, v. 7, n. 1, p. 281-297, 2013. Disponível em: <http://tempus.unb.br/index.php/tempus/article/view/1304/1133>. Acesso em: 18 out. 2018.

LAMOUNIER, G. A. M. **Gêneros encarcerados**: uma análise transviada da política de Alas LGBT no Sistema Prisional de Minas Gerais. 221f. Dissertação. Mestrado em Psicologia. Institucional da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

MARCÃO, R. **Curso de execução penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, E. L. C. et al. O contraditório direito à saúde de pessoas em privação de liberdade: o caso de uma unidade prisional de Minas Gerais. **Saúde e Sociedade**. São Paulo, v. 23, n. 4, p. 1222-1234, 2014.

CARVALHO, A. C. A. **Sistema penitenciário e alas específicas para transexuais**: segregação ou proteção? 47f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito. Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2018.

MINISTRO determina transferência de travestis para estabelecimento prisional compatível com identidade de gênero. **Notícias STF**, Brasília, 19 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369997>. Acesso em: 26 ago. 2018.

MODELLI, L. Estupro e tortura: relatório inédito do governo federal aponta o drama de trans encarceradas em presídios masculinos. **G1**, [s. l.], 06 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/06/estupro-e-tortura-relatorio-inedito-do-governo-federal-aponta-o-drama-de-trans-encarceradas-em-presidios-masculinos.ghtml>. Acesso em: 8 mar. 2020.

MUNIZ, L. M.; NUNES, D. H.; SILVA, J. S. Presos duplamente condenados: uma análise sobre a ala LGBT nos presídios brasileiros e o princípio da igualdade. In: Congresso de Iniciação Científica e Pesquisa Unaerp, n. 19, 2018. **Anais**. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2018, p. 523. Disponível em: <https://www.unaerp.br/documentos/3053-anais-19-conic20181105/file>. Acesso em: 9 abr. 2020.

NOVO, B. N. Sistema carcerário brasileiro. **Meu artigo**, [s. l.] [20--]. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/brasil/sistema-carcerario-brasileiro.htm>. Acesso em: 26 ago. 2019.

NUCCI, G. S. **Curso de execução penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORWELL, G. **A revolução dos bichos**: um conto de fadas. Trad. Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OS MAIORES massacres em presídios do Brasil. **O Globo**. [s. l.] [2019?]. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/os-maiores-massacres-em-presidios-do-brasil-20720978>. Acesso em: 5 fev. 2020.

PAIVA, C. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora CEI, 2018.

PASSOS, P. Ela sobreviveu à transfobia. agora, transforma as prisões em lugares mais seguros para os LGBTs. **The Intercept Brasil**, [s. l.], 01 fev. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/01/31/travesti-cadeia/>. Acesso em: 7 abr. 2020.

PESSOA, G. T. A. Código Criminal do Império. **Mapa**, [s.l.], 11 nov. 2016. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/281-codigo-criminal>. Acesso em: 2 fev. 2020.

PRESOS em unidades prisionais no Brasil. **CNJ**, [s. l.] [2019]. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTk3ZTdmMDEtMTQxZS00YmExLWJhNWYtMDA5ZTIiNDQ5NjhlIiwidCI6ImViMDk_wNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MUYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 28 ago. 2019.

SAKAMOTO, F. M.; CABRAL, L. **Transviados no cárcere**: um retrato de LGBTs no sistema penitenciário. 79f. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Jornalismo – Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, 2018.

SILVA, M. V. M. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017**. Brasília, DF: jun. 2017. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf/view>. Acesso em: 28 ago. 2019.

SILVA, M. V. M. Ministério dos Direitos Humanos. **Violência LGBTQI+ no Brasil: dados da violência**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

SOARES, P. C. S. B.; QUEIRÓZ, I. D. Sistema penitenciário e direitos humanos da população carcerária LGBTQI+ em Mato Grosso. IN: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, n. 9, 2019. São Luís. **Proceedings**. São Luís: Universal Federal do Maranhão, 2019.

SOUSA, V.; ARCOVERDE, L. Brasil registra uma morte por homofobia a cada 23 horas, aponta entidade LGBTQI+. **G1**, São Paulo, 17 maio. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghml>. Acesso em: 2 out. 2019.

SOUZA, F. Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBTQI+ sofrem com rotina de segregação. **BBC News**, São Paulo. 27 mar. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>. Acesso em: 10 mar. 2020.

VARELLA, D. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VIEIRA, T. R. **Bioética e Direito**. 2 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ZAMBONI, M. O barraco das monas na cadeia dos coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário. **Aracê-Direitos Humanos em Revista**, v. 4, n. 5, p. 93-115, 2017.

ONDE O BASTÃO CAI? A PESQUISA DE FLUXO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL COMO FERRAMENTA DE AVALIAÇÃO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

WHERE DOES THE BAT FALL? THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM FLOW RESEARCH AS A TOOL FOR THE EVALUATION OF THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

Anderson Pablo Pereira Fernandes*

Pedro Sérgio dos Santos**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O dilema da efetivação dos direitos humanos fundamentais. 3 A crise do processo penal. 4 A pesquisa do fluxo como modalidade de pesquisa empírica. 5 A metáfora da corrida de revezamento (onde o bastão cai?). 6 Seletividade do sistema punitivo brasileiro. 7 Conclusão.

RESUMO: Este artigo demonstra que o processo penal brasileiro se encontra em crise, uma vez que passados mais de quatro décadas da promulgação da Constituição Cidadã, nossa legislação processual ainda não se amoldou aos objetivos constitucionais fundamentais. Não bastasse nossa legislação arcaica e de cunho inquisitorial, as instituições que compõem o Sistema de Justiça Criminal (SJC) agem de maneira desconexa e sem uma comunicação efetiva, capaz de minimizar os riscos atentatórios aos direitos humanos individuais e coletivos. Para que iniciemos uma discussão sobre o assunto, apresentamos a pesquisa de fluxo do SJC como uma ferramenta de avaliação do processo penal brasileiro e o seu papel na efetivação dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: fluxo do sistema de justiça. sistema penitenciário. investigação policial. seletividade do sistema punitivo.

ABSTRACT: This article demonstrates that the Brazilian criminal process is in crisis, since more than four decades after the promulgation of the Citizen Constitution, our procedural legislation has not yet conformed to fundamental constitutional objectives. As if our archaic inquisitorial legislation were not enough, the institutions that make up the Criminal Justice System (SJC) act in a disconnected manner and without effective communication, capable of minimizing the risks that threaten individual and collective human rights. In order to start a discussion on the subject, we

* Mestrando em Direito e Políticas Públicas (UFG); Especialista em Criminologia e Segurança Pública (UFG) e em Ciências Policiais (ANP). Professor de Criminologia e Escrivão de Polícia Federal.

** Doutor em Direito Público pela UFPE. Professor Titular da Faculdade de Direito da UFG, lecionando no Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas-PPGDP/UFG - mestrado profissional.

Artigo recebido em 22/02/2021 e aceito em 17/05/2021.

Como citar: FERNANDES, Anderson Pablo Pereira; SANTOS, Pedro Sérgio dos. Onde o bastão cai? A pesquisa de fluxo do sistema de justiça criminal como ferramenta de avaliação da efetividade dos direitos humanos no processo penal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 145-164, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

present the SJC flow research as a tool for assessing de Brazilian criminal process and its role in the realization of Human Rights.

Keywords: flow of the justice system. penitentiary system. police investigation. selectivity of the punitive system.

INTRODUÇÃO

A garantia da paz social é evidentemente uma das funções prioritárias do Estado. Assim, os Poderes Públicos são investidos de capacidade e legitimidade para o enfrentamento de conflitos, e quando bem realizado o ajuste social necessário, tal intervenção se mostra como uma Política Pública eficaz e construtiva.

Assim, a crescente sensação de insegurança na população brasileira, que é alimentada pelos números alarmantes produzidos pela criminalidade, cujo ônus econômico, segundo matéria divulgada pelo jornal O Globo¹, ultrapassa o acumulado de 450 milhões de reais desde meados dos anos 1990, tem levado ao aumento de pesquisas na área de segurança pública.

Entre as técnicas de pesquisas utilizadas, podemos citar a análise do fluxo do Sistema de Justiça Criminal (SJC), que, embora não seja recente, haja vista que ainda na década de 1970, Edmundo Campos Coelho publicou o pioneiro artigo “Administração da Justiça Criminal do Rio de Janeiro: 1942-1967”², ainda não é utilizada de maneira ampla pelos pesquisadores da área de segurança pública.

A pesquisa acadêmica e institucional no Brasil ainda tem pouca tradição de estudos empíricos sobre a aplicação da justiça, de tal forma, ainda existem poucos estudos voltados à avaliação da Justiça Criminal em suas diversas fases de processamento (VARGAS, 2008), porém, a metodologia é relevante, pois nos oferece suporte para categorizar a seletividade das organizações do SJC, o lugar da infração, o perfil da vítima, do investigado e do apenado pela imputação da prática criminosa (OLIVEIRA, 2017).

O presente artigo possui como escopo apresentar a metodologia da pesquisa de fluxo como uma ferramenta a ser utilizada na compreensão do fenômeno da efetivação dos direitos humanos fundamentais, principalmente aqueles relacionados à política criminal do Estado brasileiro.

¹ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/medindo-os-custos-economicos-da-criminalidade-no-brasil-22772123>. Acesso em: 10 abr. 2019.

² Para este trabalho, utilizaremos a publicação da Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, vol. 29, n.1, 1986. p. 61-8.

Embora seja cediço que a seletividade do sistema penal surge desde antes do ingresso do autor nos dados oficiais, quando ainda da fase de definição dos tipos penais, a compreensão sobre como se dá o processamento dos delitos pelas agências de controle formal da criminalidade e os critérios utilizados na seletividade e filtragem dos mesmos é outro fator que até então não tem sido analisado com maior acurácia pelos estudiosos do direito penal.

Desta forma, pretende-se demonstrar que o funcionamento dos órgãos que compõem o Sistema de Justiça Criminal deve ser avaliado de maneira conjunta, através de indicadores de eficiência e eficácia e cumprimento de suas finalidades.

1 O DILEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

O texto da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88) consagrou o reconhecimento político-jurídico dos Direitos Humanos como Direitos Constitucionais Fundamentais, o que, segundo COELHO (2013), “consiste num importante momento para a efetivação desses direitos, mas num momento que não basta, posto que abstrato e não concreto”.

Em oportunidade anterior, o autor também afirmara que “toda essa reconstrução das bases do Direito, colocando os Direitos Humanos, enquanto Direitos Fundamentais, como **núcleo de todo o sistema jurídico**, não bastou para o alcance da plena efetividade da dignidade humana e da justiça social” (COELHO, 2012, grifo nosso).

A linguagem possui três funções fundamentais (descritiva, expressiva e prescritiva). Da mesma forma, as normas jurídicas são proposições que indicam o obrigatório, o proibido e o que é permitido, e tende a influir no comportamento alheio dos indivíduos, uma vez que a reação do grupo à violação das normas que garantem a sua coesão é um dos mais eficazes meios de controle social (BOBBIO, 2003).

Para que a norma possa transmitir de maneira eficiente, o seu significado, é necessário que os símbolos utilizados estejam inseridos em algum contexto, não bastando a análise dos significantes de maneira individual. A compreensão da mensagem a ser transmitida pela norma jurídica só será alcançada ao se abordar a questão através de uma visão dupla que compreende as análises semânticas e não semânticas (ADEODATO, 2011; RICOEUR, 1986).

Não basta a formalização e positivação dos (pseudos) anseios da sociedade para se afirmar que o Estado esteja garantindo a eficácia dos Direitos Humanos. Até mesmo porque nosso legislador nem sempre é consciente das normas que aprovam, pois muitas vezes os legisladores reais se limitam a levantar a mão, ou registrar o seu voto de maneira eletrônica em uma sessão do parlamento sem nem ter ideia precisa sobre o conteúdo da lei que está sob escrutínio (OMMATTI, 2018).

Na medida em que a população vai se inteirando de algumas práticas políticas que levam ao processo da criação legislativa, as características da lei como sendo a expressão da vontade geral e principal regra de conduta que, ao abstrair-se, se neutraliza à medida que passa a ter efeito *erga omnes*, e carregaria, assim, uma parcela de cada indivíduo, tem caído em descrédito (BINENBOJM, 2014). “Porém, a partir do momento que a esfera pública se deslocou para o ambiente midiático, essa ‘neutralidade’ da esfera pública não pode mais ser aduzida, visto que os meios de comunicação de massa possuem objetivos e ideologias, nem sempre explícitas, mas determinadas” (COELHO, 2017, p. 553).

Entretanto, nesse contexto, ainda segundo Saulo de Oliveira Pinto Coelho, o que se observa é:

[...] que se intensifica a “espetacularização da política”, em que o poder simbólico, que tem a mídia como seu principal representante, passa a ser uma importante variável para as ações políticas dos governantes. O Estado torna-se um “espetáculo”, preocupado mais com a imagem de suas ações do que em realmente concretizar o bem-estar da sociedade, criando problemas públicos e atividades estatais a partir de uma lógica de mercado para satisfazer a audiência, isto é, a própria sociedade, mas encarando os indivíduos mais como espectadores que como cidadãos. (COELHO, 2017, p. 558)

Anteriormente, Coelho (2017, p. 546) nos ensina que, quando tratamos as políticas públicas como escolhas políticas destinadas a realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, cujo objetivo é atender aos anseios da sociedade, pode-se afirmar a vinculação direta entre as políticas públicas e a eficácia dos direitos humanos fundamentais, ainda que para a sua concretização seja necessário se priorizar algum direito em detrimento de outro, considerando um ambiente de escassez de recursos.

Entretanto, não se pode legitimar a atuação do Estado pelo comprometimento com a eficiência em se atingir seus objetivos

politicamente determinados, sem se avaliar o percurso, os meios, a forma e o custo (social, moral, financeiro) de se conseguir atingir tais fins.

Caso contrário, para reduzir a pobreza bastaria matar um número significativo de pobres, o mesmo se daria, hipoteticamente, para a redução do analfabetismo e do número de criminosos. Nesse passo se verifica o equívoco da expressão muitas vezes empregada por agentes públicos de que "os fins justificam os meios" O fim pode ser atingido, mas o meio empregado pode torná-lo totalmente ilegítimo. (MORAES, 2006, p. 409)

Com a promulgação da CF/88, foi dada a largada para uma série de reações democratizantes, entretanto, no que consiste ao Processo Penal que, segundo James Goldschmidt (1961) é o “*termómetro de los elementos corporativos e autoritários de su Constitución*”, ainda possui um Código de Processo Penal datado de 1941, elaborado sob a égide não-Constituição de 1937 (ABREU, 2016), com claro viés autoritário e corporativo e distante da inspiração constitucional garantista, voltada a minimizar a violência do poder punitivo.

O que temos presenciado é uma inversão ideológica do discurso garantista, no sentido de que sob o pretexto de se fazer valer os direitos humanos, são criadas diversas justificativas e mecanismos que, em sua ação concreta, deflagram a violação dos próprios direitos humanos (BIZZOTTO, 2009; CARVALHO, 2015).

Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes leciona que:

O Direito Criminal deixa seu caráter subsidiário e fragmentário (*ultima ratió*) e passa a ser utilizado como instrumento público (primeiro e único) para a solução de conflitos sociais. Isso quando, por desvio de perspectiva política, não se criminaliza atos de insurgência social por melhores condições de vida, como ocorre, às vezes, com a tipificação de movimentos sociais. (MORAES, 2006, p. 421)

É como que se estivesse em um Estado poitéico, onde, conduzido por um corpo burotecnocrata, “procura, com a aparência de cientificidade, subjugar o político, o jurídico e o social” (SALGADO, 1998, p. 7).

Com o apoio da mídia, o fetichismo de seletividade punitiva se espalha, mascarando a ineficiência do Sistema de Justiça Criminal (SJC), cujas funções, meios e ferramentas se encontram materializadas no atual Código de Processo Penal, de caráter puramente inquisitivo, engessado e em dissonância com a estrutura garantista consagrada na Constituição Cidadã.

A decisão em se amoldar o Código de Processo Penal aos objetivos constitucionais fundamentais deveria passar por uma discussão política saudável, pautada em dados de sérias pesquisas empíricas, da jurimetria, indicadores sociais e participação da sociedade nas mais diversas formas, como a realização de audiências públicas e efetivação dos conselhos comunitários, dentre outras.

2 A CRISE DO PROCESSO PENAL

Quando a Constituição Federal instituiu a afirmação da dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundantes, imediatamente definiu o limite de toda ação penal do Estado.

A obra *Dos Delitos e das Penas* (BECCARIA, 1764) mudou o paradigma do Direito Penal ao preconizar que, independente das circunstâncias materiais ou processuais, o homem não possa ser coisificado, mas deve ser tratado como uma pessoa. Embora seja comprovada a prática delinquentes, o mesmo deve ser responsabilizado com dignidade. No mesmo sentido, a valorização do ser humano se expressa na obra de Carnelutti, na medida em que o autor avalia que o peso do processo por vezes é maior do a própria pena, quando condenado o réu, e quando absolvido sofreu certos constrangimentos inutilmente. (CARNELUTTI, p. 47, 2018)

Conforme preconiza o professor da Universidade de Lisboa, Manuel Monteiro Guedes Valente (2016, p. 56), “caso assim não entenda, já não estamos a falar de Direito e muito menos de Direito penal, mas de arbítrio e de despotismo”.

O Processo Penal é o único instrumento para que o Estado exerça o *ius puniendi* e este caráter de instrumentalidade deve estar comprometido com a efetivação das garantias constitucionais, protegendo os direitos e garantias individuais (LOPES JR, 2015, p. 45).

As entidades que compõem o SJC e suas funções fundamentais, conforme determinado pela legislação processual, são: a polícia (responsável pela investigação das circunstâncias que envolvem a prática delituosa), o Ministério Público (promoção da ação penal e/ou arquivamento da investigação, assim como fiscal externo da atividade policial), o Poder Judiciário (acompanhamento do procedimento preliminar, autorização de medidas cautelares e julgamento da lide) e o Sistema Penitenciário (execução da sentença privativa de liberdade).

Conforme previsto no ordenamento legal, cada agência possui as suas atribuições específicas, mas atuam (ou pelo menos deveriam atuar) de maneira ordenada e sequencial, onde, após concluir a sua etapa no devido processo, o encaminha para o órgão encarregado da próxima fase na persecução penal. Quando percebemos que a passagem não está sendo feita de maneira satisfatória e as taxas de atrito entre as instituições assumem grandes proporções, fica demonstrada a seletividade dos processos, conhecida como “funil da impunidade” (RIFIOTIS, 2010; VARGAS, 2011; OLIVEIRA, 2017) e que já é apontado por diversos autores como um dos elementos fomentadores da criminalidade (ROLIM, 2006; SAPORI, 2014; FERNANDES, 2017; RIBEIRO, 2017).

No meio policial predomina a ideia de que uma investigação policial bem-sucedida é aquela que culmina com a definição de indícios que apontem a materialidade, a dinâmica e a autoria do fato delituoso, culminando com o indiciamento do autor. Entretanto, Michel Misse (2010, p. 126) afirma que o inquérito policial constrói “uma versão oficial do fato, traduzida para a linguagem jurídica, que irá acompanhar o processo e servirá de base não apenas para a denúncia, mas para todo o processamento subsequente”.

Por sua vez, os atores envolvidos no SJC tem se revezado na acusação, de parte a parte, sobre a incompetência dos outros (RIBEIRO, 2017, p. 323) e a impressão que é transmitida aos expectadores é de que o sistema, que deveria atuar de maneira conexa e complementar, se articula de maneira frouxa, onde há uma forte preocupação com a formalidade dos procedimentos, enquanto as práticas são descoordenadas (VARGAS, 2011, p. 78), principalmente durante a realização da investigação policial, onde ocorre, segundo diversas pesquisas, a maior filtragem do sistema de Justiça Criminal, em razão da não identificação da autoria do delito (RIFIOTIS, 2010; COSTA, 2005).

Percebe-se que o espetáculo abrange não apenas o campo socioeconômico, mas também o cultural, o jurídico e o político. Debord não chega a vivenciar a migração desse momento para as práticas do próprio estado, que passa a “vender” a si mesmo como bom fornecedor de certos produtos (serviços públicos). Esse é um fenômeno mais propriamente associado às décadas de 1980 e 1990, quando na falência do projeto de Estado Social de Direito, o Estado começa a se preocupar mais com a imagem de bom prestador

de serviços, que com serviços efetivamente bem prestados. (COELHO, 2017, p. 551)

Pela relação até aqui exposta entre política e sociedade, percebe-se que a única forma de se reduzir ao mínimo indispensável a aplicação da sanção penal como manifestação do poder político é buscar uma maior legitimidade para o sistema jurídico criminal. Dessa forma, descartada a utopia de uma sociedade sem Direito Criminal, a única forma de se limitar este ramo do Direito ao aceitável é analisar em que grau (extensão e profundidade) e de que forma deva-se estruturá-lo para atender aos anseios de bem-estar da significativa maioria dos integrantes sociais.

Isso é o objeto de preocupação de uma política pública voltada à área criminal. (MORAES, 2006, p. 409, 410)

3 A PESQUISA DO FLUXO COMO MODALIDADE DE PESQUISA EMPÍRICA

Nos últimos anos, temos visto um aumento nas pesquisas relacionadas ao fluxo do Sistema de Justiça Criminal que tentam explicar como este atua no processamento das infrações criminais que chegam ao seu conhecimento, bem como os filtros que são utilizados entre as diversas fases e agentes que o compõe.

Com finalidade introdutória, adiantamos que a pesquisa de fluxo busca compreender a dinâmica de atuação das agências que compõem o Sistema de Justiça Criminal, compreendida na atuação da Polícia, do Ministério Público, do Judiciário e do Sistema Penitenciário, responsável pela aplicação da penalidade imposta ao condenado. Desta forma, possuem o escopo de reconstituir o funcionamento do SJC, de maneira que seja possível identificar quais são os fatores determinantes ao encerramento dos processos sem que haja a aplicação da sanção prevista em abstrato para os infratores, assim como, verificar a capacidade estatal em se executar a sentença culminada com o processo.

O que se avalia, então, é o movimento dos causídicos durante a tramitação do procedimento, buscando responder algumas questões: Quais são as taxas de filtragem e atrito entre cada agência responsável pelo processamento dos delitos? Quais são as características das decisões capazes de impactar no prosseguimento ou encerramento prematuro da persecução criminal? É possível identificar boas práticas nas diversas instituições que colaborem para uma maior eficácia de sua atuação?

Qual o nível de disjunção e integração entre as agências de controle formal da criminalidade?

Os desenhos metodológicos mais utilizados nessa técnica de pesquisa são o longitudinal ortodoxo, transversal e longitudinal retrospectivo, assim definidos:

Longitudinal ortodoxo: baseado no acompanhamento do processamento de ocorrências policiais ao longo do tempo;

Transversal: baseado no cálculo do número de casos de cada tipo penal que são processados em cada uma das agências do sistema criminal de justiça;

Longitudinal retrospectivo: análise de casos encerrados em um determinado período de tempo, realizando o monitoramento retrospectivo dos processos (RIFIOTIS, 2010, p. 691).

Se, por um lado, na abordagem longitudinal ortodoxa é possível investigar com maior profundidade os filtros existentes em cada agência, tal metodologia demanda de mais recursos humanos e de tempo para que se tenha resultados observáveis válidos, porém, sempre com a delimitação de uma janela mais estreita, o que dificulta a análise da relação de coordenação, integração ou disjunção que existem entre as organizações que atuam no sistema de justiça criminal (OLIVEIRA, 2017).

Em relação às vantagens e desvantagens de cada uma das metodologias de análise de fluxo da Justiça Criminal já mencionadas, observa-se o seguinte:

A desvantagem do desenho transversal em relação ao longitudinal ortodoxo é a impossibilidade de se conhecer quais casos denunciados originalmente correspondem a quais casos em cada uma das instituições subsequentes. [...] Por sua vez, o desenho transversal é muito mais simples de desenvolver e permite trabalhar com conjunto total dos casos, ao invés de apenas com uma amostra. Da mesma forma, essa estratégia permite trabalhar não apenas com um ano, mas com uma série temporal de vários anos. (VARGAS, 2008, p. 14)

Ribeiro e Zackseski (2017) relatam dificuldades enfrentadas por pesquisadores do fluxo do SJC brasileiros, sendo as principais a ausência de fontes de dados informatizados e sistematizados e a dificuldade em se obtê-los através da análise dos processos físicos, seja pelo penoso trabalho de sistematização manual dos dados ou pela negativa das instituições em disponibilizá-los aos pesquisadores.

As autoras, indicam que, após a seleção dos casos a serem analisados (recortes temporal, espacial e material) será necessário o manuseio dos autos processuais e de inquéritos policiais concluídos e em andamento, a fim de se mensurar a formação do processo decisório em cada instância, assim como os níveis de disjunção e integração existentes entre as agências.

A simples localização dos processos para a análise já é uma tarefa penosa, pois nem sempre os campos de consulta nos sistemas de polícia judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário são preenchidos completamente, de tal sorte que os casos arquivados pela falta de identificação da autoria são os mais difíceis de serem localizados, haja vista a não existência de réus (um dos principais termos de consulta nos sistemas do Poder Judiciário e do Ministério Público) e o não preenchimento do campo destinado ao número do inquérito policial em tais sistemas. Na via reversa, os sistemas das polícias judiciárias nem sempre possuem a inserção do número do processo judicial ao qual a investigação está vinculada.

Embora a obtenção dos dados seja extremamente trabalhosa, uma vez consolidado um banco de dados, é possível se realizar diversas análises estatísticas, jurimétricas, descritivas e inferenciais, bem assim, voltadas a uma análise qualitativa e quantitativa das decisões em cada uma das organizações envolvidas (RIFIOTIS, 2010; OLIVEIRA, 2017), inclusive, analisando sua correspondência com os perfis daqueles que compõem a população carcerária.

4 A METÁFORA DA CORRIDA DE REVEZAMENTO (ONDE O BASTÃO CAI)

Nas corridas de revezamento dos atuais Jogos Olímpicos, 4 atletas formam uma equipe cujo objetivo é percorrer o perímetro da prova, seja de 4x100 ou 4x400 metros, de posse de um bastão. Não se trata de uma prova individual, onde a velocidade de cada corredor bastaria por si só, uma vez que o momento crucial é a “passagem do bastão” para o responsável pela sequência do trajeto. Se o bastão cair na pista ao ser transposto pelos corredores, toda a equipe será desclassificada da prova.

Por sua vez, a pista de corrida do SJC é determinada pela legislação processual, e os corredores, que deveriam atuar de maneira coordenada, são a polícia (responsável pela investigação), o Ministério Público (promoção

da ação penal e/ou arquivamento da investigação), o Poder Judiciário (julgamento da lide) e o Sistema Penitenciário (execução da sentença).

Seguindo a metáfora da corrida de revezamento, o momento da passagem de bastão se dá quando uma agência conclui a sua atuação e encaminha o processo para o órgão encarregado da próxima fase na persecução penal. Quando percebemos que a passagem não está sendo feita de maneira satisfatória e as taxas de atrito entre as instituições assumem grandes proporções, fica demonstrada a seletividade dos processos, conhecida como “funil da impunidade” (RIFIOTIS, 2010; VARGAS, 2011; OLIVEIRA, 2017) e que já é apontado por diversos autores como um dos elementos fomentadores da criminalidade (ROLIM, 2006; SAPORI, 2014; FERNANDES, 2017; RIBEIRO, 2017).

A celeridade processual, particularmente no caso penal, já era preconizada por Beccaria quando se tratava da sensação de impunidade, ou seja, de todos é conhecida a máxima de que mais vale a punição célere que a pena em alto grau. Portanto, para que haja celeridade na prestação jurisdicional, há uma imperiosa necessidade que cada fase do processo se suceda uma a outra sem interrupção de continuidade. No mesmo sentido, são inúmeros os cidadãos que carregam o pesado fardo do processo ou mesmo da investigação criminal, com todos os transtornos que isso causa à pessoa no tocante a violação de direitos fundamentais, sem que os poderes integrantes do SJC se mobilizem para uma resposta rápida para o indivíduos e para a sociedade.

No caso do inquérito policial, onde há tão somente o ajuntamento de elementos que poderão se converter em provas, descrição da conduta e indicação da autoria, por vezes se observa que o bastão não passa adiante, ou seja, inquéritos que se arrastam por anos a fio, com a ausência do Poder Judiciário, onde a jurisprudência vai se solidificando ao arrepio dos interesses sociais para permitir um alargamento progressivo e indefinido das investigações preliminares. Assim, são diversos os julgados no Superior Tribunal de Justiça ou mesmo no Supremo Tribunal Federal nos quais se analisam investigações com cinco, seis, sete anos ou mais de andamento, com bloqueio de bens, transtornos familiares, empresariais, impedimento de acesso ao trabalho e renda e causando todo o tipo de transtorno aos envolvidos e familiares. Enfim, o bastão não passa adiante.

Assim, vai se tornando quase lugar comum na jurisprudência das cortes superiores a relativização de prazos, considerando o que denominam de “complexidade do delito, número de envolvidos, etc”, em

clara demonstração de que há uma condescendência do Poder Judiciário com a própria inoperância do Poder Executivo. Dessa forma, são inquéritos que, absurdamente, na primeira fase das investigações preliminares, ultrapassam a marca de cinco anos³.

Nesse contexto, não raramente o bastão cai antes mesmo de ir adiante, uma vez que a prescrição atinge o feito, alicerçada não só nos motivos acima elencado, mas sobretudo nos crimes de maior vulto quando envolvido o erário e agentes públicos detentores de cargos e prerrogativas.

5 SELETIVIDADE DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

A despeito das considerações anteriores sobre a morosidade, por vezes perniciososa, do inquérito, de outro lado a sociedade assiste uma avançada máquina punitiva, em ritmo acelerado e não raramente desproporcional, quando se trata da chamada criminalidade comum, que atinge “gente comum”, aquela já há muito descrita por teóricos da antropologia como Gilberto Freyre e Darcy Ribeiro. A própria arquitetura local das grandes e velhas cidades brasileiras é reveladora da apartação entre pessoas, como sugere Casa Grande e Senzala publicado em 1933 e posteriormente Sobrados e Mucambos. Nesse sentido, vejamos:

Quando a paisagem social começou a se alterar, entre nós, no sentido das casas-grandes se urbanizarem em sobrados mais requintadamente europeus, com as senzalas reduzidas quase a quartos de criado, as moças namorando das janelas para a rua, as aldeias de mucambos, os “quadros”, os cortiços crescendo ao lado dos sobrados, mas quase sem se comunicarem com eles, os xangôs se diferenciando mais da religião Católica do que nos engenhos e nas fazendas, aquela acomodação quebrou-se e novas relações de subordinação, novas distâncias sociais, começaram a desenvolver-se entre o rico e o pobre, entre o branco e a gente de cor, entre a casa grande e a casa pequena. Uma nova relação de poder que continua, entretanto, a ser principalmente o dos senhores,

³ E embora não seja a jurisprudência o objeto deste texto, coloca-se aqui em relevo apenas um exemplo: “TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A constatação de eventual excesso de prazo para a conclusão de inquérito e até mesmo de processo não é resultado de operação aritmética de soma de prazos. É imprescindível sopesar a complexidade dos fatos e dos crimes sob investigação, o número de pessoas envolvidas e as demais circunstâncias que tornam razoável a dilação do prazo para o encerramento do procedimento de investigação.” (HC 502748 MT)

o dos brancos, o dos homens. Maiores antagonismos entre dominadores e dominados. Entre meninos criados em casa e moleques criados na rua (sem a velha zona de confraternização entre as duas meninices que fora a bagaceira nos engenhos). Entre a dona de casa e a mulher da rua. Entre a gente dos sobrados e a gente dos mucambos. (FREYRE, 2008. p. 18)

Assim, esse processo de segregação iniciado no Brasil colônia é coroado de eficácia quando o sistema punitivo antecipa seu final através do processo rápido para o encarceramento nos crimes da “gente comum”, do homem não branco, miscigenado, da rua, dos mangues do meio rural e favelas. Verifica-se que, atualmente, a pena privativa de liberdade virou regra no SJC e os dados do sistema penitenciário brasileiro demonstram que a segregação dos não brancos e com menor escolaridade se refletem em nossa população carcerária. Tal segregação se torna ainda mais absurda quando em muitos estados da Federação a população de presos provisórios é maior que a de presos condenados, e por vezes a condenação para aqueles é menor que o tempo em que aguardaram nos cárceres o julgamento do processo.

Segundo dados de 2016, 64% da população carcerária brasileira era composta por negros e pardos, enquanto sua participação na sociedade é de 53%.

Por sua vez, a Penitenciária Coronel Odenir Guimarães, maior unidade prisional destinada a presos definitivos do Estado de Goiás, possuía em 26 de abril de 2019, 2127 presos, sendo 67,23% composta por negros/pardos e 20,40% por brancos. Em relação à escolaridade dos encarcerados, 60,13% não possuíam o ensino médio completo. Apenas 0,14% haviam concluído o ensino superior.

Outro dado interessante, obtido junto Diretoria-Geral da Administração Penitenciária de Goiás, diz respeito aos tipos penais ensejadores da prisão. Uma vez que nos foi informado que existem presos por vários tipos penais, sendo que os mais encontrados são: Roubo, Furto, Lei de Tóxico, Homicídio, Ameaça e Lesão Corporal.

Vale ressaltar que o órgão de administração penitenciária não informou o percentual de cada tipo penal, mas a simples omissão de crimes do colarinho branco, como corrupção, sonegação fiscal, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, apropriações indébitas, crimes cibernéticos e de moeda falsa já nos diz quais são os crimes que conseguiram percorrer todo o Sistema de Justiça Criminal e chegar até a execução da pena.

Dessa forma, ao analisarmos os dados de outras pesquisas de fluxo, podemos relacionar em tais crimes (colarinho branco) dificilmente ocorre a prisão em flagrante, seja pela característica da prática de tais delitos, geralmente cometidos fora dos holofotes da polícia.

A título de exemplo, no ano de 2017, somente em 10% dos inquéritos instaurados mediante Portaria na Superintendência da Polícia Federal em Goiás para investigar os crimes de moeda falsa, roubo e furto aos Correios e Caixa Econômica Federal fora determinada a autoria, embora a materialidade não tenha sido comprovada em apenas 2% desses casos. Os demais casos foram arquivados, por insuficiência probatória, com o aval do Ministério Público e do Poder Judiciário. Inclusive, destacamos que dos casos arquivados, cerca de 12% o foram antes mesmo da apresentação do relatório final das investigações, por promoção do Ministério Público. (FERNANDES, 2019).

TELES (2017, 59) afirma que a taxa de atrito entre o Ministério Público e o Poder Judiciário é muito baixa, ficando abaixo dos 5%, principalmente quando se trata do arquivamento das investigações. Da mesma forma, quando se trata de prisão flagrancial, dificilmente o Poder Judiciário absolve o réu.

Não bastasse a seletividade da legislação penal material, conforme relatado por Matos e Santos (2017), o instrumento através do qual o Estado promove a investigação remonta à época do Império, com a vigência da lei 29 de 1932⁴.

A fase da instrução pré-processual, denominada, à época, de formação de culpa, era conduzida pelo magistrado, cabendo, a este, a Chefia da Polícia. Esse modelo, denominado de Juiz Instrutor, já foi abandonado por países como Alemanha (1974), Itália (1988) e Portugal (1987 e 1995), porém ainda é utilizado em países como Espanha e França, onde, atualmente encontra-se em crise, tendo alimentado amplo debate acerca desse modelo. (FERNANDES, 2018, p. 115)

Diante da incapacidade do Estado de se promover uma investigação eficiente, o maior percentual dos casos que chegam a julgamento pelo Poder Judiciário são aqueles oriundos de prisão em flagrante, que acabam compondo a massa da população carcerária brasileira, refletindo diretamente o viés segregacionista de nossa sociedade.

⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm#art12§7 – Acesso em: 2/07/2019.

CONCLUSÃO

Os atores envolvidos no SJC têm se revezado na acusação, de parte a parte, sobre a incompetência dos outros (RIBEIRO, 2017, p. 323) e a impressão que é transmitida aos expectadores é de que o sistema, que deveria atuar de maneira conexa e complementar, se articula de maneira frouxa, onde há uma forte preocupação com a formalidade dos procedimentos, enquanto as práticas são descoordenadas (VARGAS, 2011, p. 78).

O Código de Processo Penal (CPB) é o arcabouço das normas regulamentadoras da persecução criminal. Desde a sua fase pré-processual, até o processo judicial propriamente dito, as instituições estatais encarregadas pelo monopólio da Justiça “é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena” (LOPES JR, 2014, p. 32).

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior, ao abordar a *Teoria do processo como relação jurídica*, de James Goldschmidt, explica e justifica a complexa fenomenologia do processo, onde o mesmo passa a ser visto “como um conjunto de situações processuais, pelas quais as partes atravessam em direção à sentença definitiva favorável” (LOPES JR, 2017, p. 196; 2019, p. 54).

As relações entre os sujeitos processuais (acusação, defesa e julgador) e aquelas concernentes entre os operadores da justiça (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema Penitenciário) são regulamentadas pela legislação nacional. Entretanto, não basta qualquer processo, ou a sua mera legalidade formal para que se chegue a uma pena legítima, pois, para o processo penal, o problema não reside simplesmente em “o que punir” (materialidade) ou “a quem punir” (autoria), mas principalmente no “como punir”, que é o caminho que o processo penal segue até a pena.

Entretanto, é necessário o estabelecimento de ferramentas capazes de fornecer elementos suficientes para analisar o funcionamento do Sistema de Justiça Criminal de maneira sistêmica.

Diversas pesquisas apontam que é justamente no ingresso dos fatos delituosos no SJC que ocorrem as maiores taxas de filtragem e de abusos por parte do poder estatal. É nas polícias responsáveis pela investigação preliminar que ocorrem um grande número de abusos aos direitos humanos, sejam eles individuais, ao passo que afligem a figura dos investigados, testemunhas e até as vítimas, como nos direitos humanos coletivos, como o direito de viver tranquilamente mediante a prestação

de uma segurança pública de qualidade, garantindo ao Poder Judiciário o distanciamento necessário à apreciação das lesões ou ameaças de direitos.

A pesquisa de fluxo é uma ferramenta através da qual podemos reconstituir o funcionamento do SJC, de maneira que seja possível identificar quais são os fatores determinantes ao encerramento dos processos sem que haja a aplicação da sanção prevista em abstrato para os infratores, assim como, verificar a capacidade estatal em se executar a sentença culminada com o processo (isso quando o processo chega a existir).

Desta forma, com os dados obtidos através da pesquisa de fluxo seria possível realizar análises estatísticas inferenciais e jurimétricas, bem como a identificação de “boas práticas” das agências de controle formal da criminalidade, bem como na aprimoração de nossa legislação capazes de minimizar a seletividade punitiva de todo o Sistema de Justiça Criminal, responsabilizando não apenas alguma instituição em específico, mas todo o sistema por alcançar tais objetivos.

Destarte, é no cair do bastão, ou em sua passagem de maneira incorreta, que o sistema penal se desclassifica, e não é apenas a equipe de corredores que sai prejudicada, mas todos os expectadores que confiaram e torceram por seus atletas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. **Uma teoria da retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015 (1764).

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BIZZOTO, A. **A Inversão Ideológica do Discurso Garantista: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pivan Batista; Ariani Bueno Sudatti. 2. Edição. Bauru, SP: Edipro, 2003.

CARNELUTTI, F. **As misérias do processo penal**. Ed. Fonte. Salvador. 2018

CARVALHO, S. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CERQUEIRA, D. R.C.; CARVALHO, A. Y.X.; LOBÃO, W. J.A. Lobão e RODRIGUES, R. I. **Análise dos custos e consequências da violência no Brasil**. 2007. Disponível em: http://www.observatoriodeseguranca.org/files/IPEA%20-%20Custos%20da%20Viol%C3%Aancia_0.pdf. Acesso em: 4 jul. 2019.

COELHO, E. C. **Administração da Justiça Criminal do Rio de Janeiro: 1942-1967**. Dados – Revista de Ciências Sociais, vol. 29, n.1. Rio de Janeiro, 1986. p. 61-85.

COELHO, S. O. Reconhecimento, Experiência e Historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humanos-Fundamentais como (in)variáveis principiológicas do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: SOBREIA; FARIAS; OLIVEIRA JR. (Orgs) **Filosofia do Direito**. Florianópolis: Conpedi/FUNJAB, p. 289-310. 2012.

COELHO, S.; PEDRA, C. Direitos Humanos entre Discursos e Ideologias: a plurivocidade semântica dos direitos humanos, a necessidade de crítica democrática permanente e o permanente risco de reviravolta autoritária. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. 1ed. Florianópolis: Funjab, v. I, p. 173-192. 2013

COELHO, S. P. C. ASSIS, Aline N. Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, v. 115, p. 541-584. 2017

COSTA, A. T. M. A (in)efetividade da justiça criminal brasileira: uma análise do fluxo de justiça dos homicídios no Distrito Federal. **Revista Civitas**, Porto Alegre: Civitas, v. 15, n. 1, p. 11-26, jan-mar. 2015.

COSTA, A. T. M.; ZACKSESKI, C. M.; MACIEL, W. C. Investigação e processamento dos crimes de homicídio na área metropolitana de Brasília (AMB). *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 10, n. 1, 2016. p. 36 – 54. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/investigacao-e-processamento-dos-crimes-de-homicidio-na-area-metropolitana-de-brasilia/>. Acesso em: 28/07/2019

FERNANDES, A. P. P. **Crime de Moeda Falsa no Fluxo do Sistema de Justiça Criminal em Goiânia: o processo de seleção e filtragem do projeto Prometeus da Polícia Federal**. 2019. Especialização lato-sensu em Ciências Policiais. Academia Nacional da Polícia Federal.

FERNANDES, A. P. P. O inquérito policial como fomentador da criminalidade: uma análise histórica e criminológica sobre a investigação policial brasileira. *In*: FERNANDES, A. P. P. ; BALDAN, E. L. (Orgs). **Ciências Policiais e Segurança Pública**. 2. ed. Goiânia. Ed. Ilumina, 2018. p. 112 - 132.

FREYRE, G. **Sobrados e Mucambos**. Global ed. São Paulo, 2008.

GARSIDE, R. **Crime, persistent offenders and justice gap**. London: Crime and Society Foundation, 2004. Disponível em <https://www.crimeandjustice.org.uk/sites/crimeandjustice.org.uk/files/crime,%20persistent%20offenders.publication.pdf>. Acesso em: 25/07/2019.

HESTER, M. **Making it through the criminal justice system: attrition and domestic violence**. Cambridge/UK, Social Policy and Society, 2005. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/social-policy-and-society/article/making-it-through-the-criminal-justice-system-attrition-and-domestic-violence/A25DE2EC5841EFB756AF8B97ED3EE410>. Acesso em: 20/07/2019.

LOPES JR, A. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR, A. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, A. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OMMATI, J. E. M. **Teoria da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2018.

MATOS, G. G; SANTOS, P. S. O Sistema de Justiça Criminal Brasileiro a Partir de um Perspectiva Teórico-Racial da Legislação e da Prisão. *In*: MATOS, G. G; SANTOS, P. S. (Orgs.). **Pena e Segurança Pública: Cidadania e a crises do sistema punitivo**. p. 199 – 250.

MISSE, M. (org.) – **O Inquérito Policial no Brasil**, Uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ; Booklink, 2010.

MORAES, M. Z. Política Criminal, Constituição e Processo Penal: Razões da Caminhada Brasileira para a Institucionalização do Caos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 101, p. 403-410, jan./dez. 2006.

NELKEN, D. **Comparative Criminal Justice: Beyond Ethnocentrism and Relativism**. Macerata/Itália: European Journal of Criminology, 2009. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1477370809104684>. Acesso em: 20/07/2019.

RIBEIRO, L. M. L.; COUTO, V. A. (coords.). **Mensurando o tempo do processo de homicídio doloso em cinco capitais**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014. Disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/dialogossobrejustica_tempo-medio-do-processo-de-homicidio.pdf. Acesso em: 20/07/2019.

RIBEIRO, L. M. L.; ZACKESKI, C. Pesquisas de fluxo e tempos da Justiça Criminal: possibilidades e limites de uso no contexto brasileiro. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). **Pesquisar Empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 321 – 356.

RIBEIRO, L.; MAIA, Y; LIMA, F. **Fluxo e tempo do Sistema de Justiça Criminal: uma análise dos casos de homicídios dolosos arquivados em Belo Horizonte (2003-2013)**. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2017/08/Fluxo-e-Tempo-Final.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

RICOEUR, P. **Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação**. Tradução Artur Morão. Rio de Janeiro: Edições 70, 1987.

RIFIOTIS, T.; VENTURA, A. B.; CARDOSO, G. R. **Reflexões críticas sobre a metodologia do estudo do fluxo de justiça criminal em casos de homicídios dolosos**. Revista de Antropologia, São Paulo, USP, v. 53, n. 2, p. 689-714, 2010.

SALGADO, J. C. **O Estado Ético e o Estado Poiético**. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 37-68, abr./jun. 1998.

TELES, F. L. **Análise do Fluxo do Sistema de Justiça Federal no Ano de 2013: um recorte de Roraima**. 2017. Monografia (Especialização em Segurança Pública e Cidadania) - Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2017.

VALENTE, M. M. G. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

VARGAS, J. D.; RIBEIRO, L. M. L. **Estudos de fluxo da Justiça Criminal: Balanço e perspectivas**. In: 32º Encontro Anual da Anpocs. Caxambu/MG, 27 a 31 out. 2008. Disponível em: <http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/32-encontro-anual-da-anpocs/gt-27/gt08-23>. Acesso em: 9 jul. 2019.

VARGAS, J. D.; RODRIGUES, J. N. L. Controle e Cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. **Revista Sociedade e Estado**, v. 26, n. 1, 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100005. Acesso em: 29 jun. 2019.

VARGAS, J. D.; RIBEIRO, L. M. L. **Estudos de fluxo da Justiça Criminal: Balanço e perspectivas**. In: 32º Encontro Anual da Anpocs. Caxambu/MG, 27 a 31 out. 2008. Disponível em: <http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/32-encontro-anual-da-anpocs/gt-27/gt08-23>. Acesso em: 9 jul. 2018.

VARGAS, J. D.; MAGALHÃES, I. B.; RIBEIRO, L. M. L. Tempo da Justiça: metodologia de tratamento do tempo e da morosidade processual na Justiça Criminal. In: **Segurança, Justiça e Cidadania: pesquisas aplicadas em Segurança Pública**. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, 2010. p. 45 - 72.

VARGAS, J. D. **Estupro: que justiça?** Tese de Doutorado. IUPERJ, Rio de Janeiro: Brasil, 2004.

ZACKSESKI, C.; COSTA, A. T. M.; MACHADO, B. A. (coords.). **A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal**. Tomo II. Brasília: ESMPU, 2016. Disponível em <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/a-investigacao-e-a-persecucao-penal-da-corrupcao-e-dos-delitos-economicos-uma-pesquisa-empirica-no-sistema-de-justica-federal201d-tomo-2/@@download/arquivo/pesquisa%20tomo%202.pdf>. Acesso em: 19/07/2019.

ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

LINHA II CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

LA EDUCACIÓN EN LAS POLÍTICAS PARA LA JUSTICIA SOCIAL Y LA INCLUSIÓN

EDUCATION IN POLITICS FOR SOCIAL JUSTICE AND INCLUSION

Maria del Rocío Aguilar Bobadilla*

SUMÁRIO: 1 Introducción. 2 Reconocimiento y políticas de inclusión en el ámbito educativo. 3 Derechos Humanos: entre el reconocimiento y la visibilización. 4 Educación, derechos humanos e inclusión. 5 Conclusiones.

RESUMO: Las políticas para la justicia social y la inclusión en el ámbito educativo, en la perspectiva de las coordenadas históricas de la modernización y desarrollo de América Latina, vinculan a los derechos humanos en contextos cultural y socialmente diversos. La comprensión de la educación, como factor de inclusión y visibilización, en contextos multiculturales y de exclusión precisan el análisis de categorías como: ciudadanía, reconocimiento, derechos humanos y educación. Nociones que han sido la base para construir el discurso de las políticas para la inclusión que legitiman el principio organizador social. Y, paralelamente, identificar las problemáticas del proceso histórico pasado y presente, hacia una proyección del conocimiento y reconocimiento para abordar la discusión de los conflictos contemporáneos desde referentes propios y explicar la realidad desde una mirada nuestroamericana mediante la resemantización de las categorías en su historicidad.

Palavras-chave: educación. justicia social. inclusión.

ABSTRACT: *Policies for social justice and inclusion in education, from the perspective of the historical coordinates of modernization and development in Latin America, link human rights in culturally and socially diverse contexts. The understanding of education, as a factor of inclusion and visibility, in multicultural and exclusion contexts requires the analysis of categories such as: citizenship, recognition, human rights and education. Notions that have been the basis for constructing the discourse of policies for inclusion that legitimize the social organizing principle. And, in parallel, identify the problems of the past and present historical process, towards a projection of knowledge and recognition to address the discussion of contemporary conflicts from our own references and explain reality from an American perspective through the resemantization of the categories in their historicity.*

Keywords: *education. social justice. inclusion.*

*Profesora Investigadora de la Universidad Pedagógica Nacional. Profesora de la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la UNAM. Doctora en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel 1. Autora y Coordinadora de libros y artículos especializados sobre Educación, Interculturalidad e Inclusión.

Artigo recebido em 29/06/2021 e aceito em 12/07/2021.

Como citar: BOBADILLA, Maria del Rocío Aguilar. La educación en las políticas para la justicia social y la inclusión. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 167-187, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUCCIÓN

La crisis prolongada en México y Latinoamérica está asociada con el mercado mundial, la relaciones entre los países hegemónicos (ANSALDI, 2015), los organismos supranacionales y los grupos de poder al interior de cada nación. El diagnóstico de la situación económica reporta un deterioro cada vez más acentuado de las relaciones de intercambio y el aumento en los niveles de inflación que impactan de manera negativa la distribución del ingreso y los índices de desarrollo social.

Es importante señalar que, en el análisis de la crisis, el concepto de desigualdad ha sido desplazado por la noción de pobreza, ésta última hace referencia a la desigualdad social y económica. Esta noción funda su argumento en la condición estructural de pobreza, que cambia sustancialmente, la perspectiva del análisis y, en consecuencia, la respuesta. En este orden de ideas, hay que atender de forma inmediata la pobreza y sus diversos niveles, no la condición de desigualdad social y económica.

Se cambia de pobreza indigente a pobreza no indigente, es decir, una comunidad pasa de “muy alto grado de marginación” a “alto grado de marginación”, cuando se ponen pisos firmes en las viviendas, pero cuantitativa y cualitativamente es mínima la diferencia. La pobreza es la ausencia del ejercicio de todos los derechos fundamentales, no es una condición de las personas. (DEL VAL, 2019, p. 72)

En el marco de las políticas públicas a nivel internacional y nacional, las políticas asistencialistas y compensatorias se diseñan para atender la pobreza, en cambio las llamadas reformas estructurales no están enfocadas para resolver la desigualdad social, lo cual resulta en la atención de los efectos y no el origen de los problemas, éste es el sustento del paradigma de la justicia social:

Las posiciones sociales correspondientes especifican, entonces, el punto de vista general desde el cual habrán de aplicarse los dos principios de justicia a la estructura básica [...] Para tener una teoría coherente de la justicia social es necesaria alguna selección de las posiciones relevantes, y las que resulten escogidas deberán estar de acuerdo con sus primeros principios. Al seleccionar los llamados puntos de partida se cumple la idea de mitigar los efectos de los accidentes naturales y de las circunstancias sociales. (RAWLS, 1971, p. 102)

Al respecto de la presencia y visibilidad de los distintos grupos que conforman la sociedad civil, algunos investigadores han sobredimensionado la normatividad internacional señalando que el cumplimiento de la misma resolverá los problemas (HONNET, 1997); otros han mostrado escepticismo, sin dejar de valorar la importancia de la legislación y las políticas que se han derivado (DE SOUSA, 2009); no obstante, destacan las vicisitudes y la falta de voluntad política para llevarlas a la práctica y generar un tendencia hacia la gobernabilidad democrática a través de la apertura de espacios para la participación y la toma de decisiones en las que se involucren los actores emergentes y la sociedad en general.

Las políticas para la modernización y el desarrollo en México y América Latina hacen frente a la emergencia de la diversidad cultural, la desigualdad y la exclusión con base en la conceptualización de la educación, como un elemento de las políticas sociales, culturales y educativas de la globalización. Los Estados establecieron como tarea urgente, el diseño de estrategias, para la atención de los conflictos y tensiones sociales, que contribuyeran a la reconfiguración del tejido social, en donde la educación y la institución escolar tienen un papel fundamental.

1 RECONOCIMIENTO Y POLÍTICAS DE INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

América Latina históricamente se ha caracterizado por una conformación desigual y diferenciada entre los países y al interior de los mismos, y con una relación de dependencia respecto a los países desarrollados es en este contexto que se define el modelo de modernización de nuestras sociedades desde la perspectiva occidental-universal.

Los modelos de desarrollo adoptados en la región han mantenido la mirada puesta en la modernización y el desarrollo, asumen las políticas que emanan de los organismos supranacionales que inciden en forma determinante en la política económica, social y cultural de la región. En esta perspectiva, la conformación de los Estados nacionales en contextos de diversidad cultural, asumen la tarea de homogeneizar la población mediante la ciudadanización; soslayando las diferencias que, sumadas a las desigualdades, mantienen en conflicto las estructuras sociales de nuestros países. Las normativas nacionales se alinean con la legislación internacional, en las que las desigualdades y las diferencias son tratadas como sinónimos y se “atienden” de forma similar mediante programas sociales para “abatir

la pobreza y modelos de “atención” a la diversidad, en la orientación de un proceso de modernización en el que subyace la idea de la civilización y el progreso europeo; la educación debía contribuir a que los desiguales y los diferentes, es decir: los “otros”, se “integraran” a la nación.

Inicialmente, la conformación de los Estados nacionales se apoyó en la educación, como una de las instituciones fundamentales y de alcance universal, y contribuyó a la homogeneización de las sociedades; después, en la marco de la ciudadanización, el reconocimiento y la difusión de los derechos, se convierte en uno de los derechos que contribuyen a sellar el pacto social entre el Estado y la sociedad. Posteriormente, se comienza a vincular a la educación con el desarrollo, como una de las ecuaciones del éxito de los países desarrollados; y ante las grandes desigualdades y la polarización social existentes en la región, se realizan esfuerzos por ampliar la cobertura y elevar los niveles educativos como una de las medidas para superar la pobreza, pero ¿cuáles son los logros, en cuanto al reconocimiento de los derechos de los “otros” en la normatividad internacional? Con base en el reconocimiento ¿se puede aspirar a una sociedad incluyente?

Los “otros” no caben en la conformación de la llamada cultura nacional, ésta los excluye. La sociedad está conformada por un conjunto heterogéneo de formas de vida contradictorias, diversidad de culturas que no tienen un carácter unificado, el desafío frente a lógica unilateral de la modernización, es ¿cómo transitar de la visibilización al reconocimiento, y en consecuencia, al ejercicio pleno de los derechos?

En la asociación entre poder y política, se concibe el poder como la capacidad que se otorga a un actor en un proceso de interacción para modificar la conducta del “otro”; en tal circunstancia el diálogo cultural no se puede producir. En el ámbito de lo político se asume una lógica de la delegación del poder como universal; una lógica basada en la dominación, la racionalidad y el cálculo; encauzado hacia fines exitosos; cálculo quiere decir que cada uno de los actores sociales son calculables, pagan impuestos, etc., y aumenta la capacidad de consumo; todos los individuos conocen las leyes y son iguales ante las mismas y lo precede un proceso de ciudadanización. La ciudadanía es un concepto jurídico relacionado con el Estado, confiere al individuo un conjunto de derechos y obligaciones. Esta ciudadanía comprende un componente civil, legal y social, que se distingue de la pertenencia a la sociedad nacional. La igualdad de derechos que el Estado garantiza, son derechos individuales basados en una lógica liberal, no son concebidos como derechos colectivos, como grupos culturalmente diferenciado.

[...] ser ciudadano no tiene que ver sólo con los derechos reconocidos por los aparatos estatales a quienes nacieron en un territorio, sino también con las prácticas sociales y culturales que dan sentido de pertenencia y hacen sentir diferentes a quienes poseen una misma lengua, semejantes formas de organizarse y satisfacer sus necesidades. (GARCÍA CANCLINI, 1995, p. 19)

El concepto de ciudadanía, emanado del movimiento de la Ilustración en el siglo XVIII, suponía igualdad de acceso a las oportunidades, no solo en términos materiales y económicos, sino también en términos simbólicos. En esta visión subyace una base de desigualdad y exclusión; en el desarrollo de la historia, el concepto de ciudadanía se relaciona con la igualdad en el marco de los derechos universales, pero a su vez se subordinan las diferencias, no se reconoce la emergencia de nuevas identidades y otras formas de participación y representación política. El discurso de ciudadanía ya no puede sostenerse sobre la base de la igualdad de derechos, es necesario reconocer desigualdades materiales, simbólicas, culturales, raciales, porque la igualdad ciudadana tiene como fondo una marcada exclusión, y es el punto de origen de los movimientos que luchan por el reconocimiento de las diferencias de género, raza, homosexuales, religiosas, derechos humanos, que son producto de movimientos sociales y forman parte de la nueva cultura política; los cuales se suman a los movimientos que se originan por la desigualdad.

El concepto y el ejercicio de la ciudadanía al no reconocer la desigualdad, la afirma. La única posibilidad de reconocer los derechos, promover la tolerancia y el respeto, es reconocer las desigualdades. El caso de la educación ilustra el acceso universal, se garantiza a todos los ciudadanos el acceso al conocimiento, al progreso y a las oportunidades, pero este discurso frente a la realidad difícilmente se sostiene. Los seres humanos somos diferentes, lo que no implica desigualdad. Los derechos individuales tienen carácter individual; los pueblos indios, como entidades culturalmente diferenciadas, luchan por el reconocimiento de los derechos colectivos; ser vistos, como sujetos colectivos. No son pueblos que se identifican con la organización y formas de gobierno que emanan del Estado, no existe una forma estándar de su cultura, y la asumen de manera distinta; en general, se oponen a los movimientos de construcción de “una cultura nacional”, y al enfoque que concibe a las naciones como unidades de comunicación de intereses que impliquen un Estado. Con base en lo expuesto se hace impostergable el rediseño de mapas culturales de

regiones, pueblos y comunidades sobre el Estado uninacional de manera que tengan presencia en él, es decir, que exista el reconocimiento de las comunidades como sujeto colectivo.

La representación de grupo institucionaliza mejor la justicia en circunstancias de dominio y opresión social. Pero también maximiza el conocimiento expresado en la discusión, por lo que promueve la sabiduría práctica. Las diferencias grupales no sólo implican necesidades, intereses y objetivos diferentes más importantes a partir de los cuales se comprenden las políticas y hechos sociales. (CASTELLS, 1996, p. 114)

Existe una concepción de la sociedad con la cultura dominante; una concepción que se busca imponer, tal y como ha sucedido en los procesos coloniales. La cultura occidental ha pretendido instaurarse como cultura universal y con ello se imponen esquemas de valores que se aplican a la conformación de la llamada cultura nacional que, a su vez, soslaya la diversidad cultural existente; no existe una cultura común, existen diversas culturas que son propias de los grupos sociales.

En el presente se mantiene la discusión sobre cómo nombrar a los marginados que asocian pobreza con diversidad cultural, al igual que los excluidos. Los marginados se encuentran en límite, las políticas para la inclusión tienen el propósito de traerlos adentro; siguiendo a Trías, (2000), en el desarrollo de la filosofía del límite, con una mirada ontológica, coloca la idea de la condición humana fronteriza y el ser del límite. Sugiere sustituir la visión del espejo por la del vidrio, que, además de permitir verse a sí mismo, por su función reflectora, da paso a la visión del otro y de lo que está afuera, más allá del observador. Esto implica ir más allá de la condición social económica y dar cauce a la alteridad en las relaciones sociales.

En la idea de asociación entre diversidad cultural y pobreza, la vulnerabilidad se define en dos ideas, la primera expresa la finitud y la fragilidad de la vida en las que, en aquellas personas capaces de autonomía, se funda la posibilidad y necesidad de toda moral. La segunda, es el objeto de un principio moral que requiere del cuidado de los vulnerables. En consecuencia, los vulnerables son aquellos cuya autonomía, dignidad o integridad están amenazadas. (RENDTORRD Y KEM, 2000).

La UNESCO señala que los marginados de la educación son los niños que pertenecen a minorías lingüísticas, a comunidades nómadas, migrantes, con discapacidad, niños que viven en barrios marginales y que trabajan. Las personas que refieren vulnerabilidad son aquellas con alguna

discapacidad, pueblos indígenas, migrantes, niños que viven en zonas de conflicto, que pertenecen a hogares pobres, población diseminada. La exclusión educativa tiene su origen en factores de pobreza, la pertenencia étnica, el idioma y la discapacidad (UNESCO, 2015).

Para América Latina destaca el incremento en la matriculación de un porcentaje importante de la población marginada, vulnerable y excluida (UNESCO, 2015). Esta tendencia se observó en la educación básica, media y superior. Sin embargo, el incremento en la cobertura no abatió los índices de deserción y reprobación que se reflejan en la eficiencia terminal, en el caso de los pueblos indígenas los indicadores de cobertura, permanencia y eficiencia terminal son más bajos, respecto de la población en general. En las políticas sociales de la última década, el concepto de inclusión se traduce en una de las prioridades de la educación para los pueblos indios: garantizar la escolarización, esto implica seguir ampliando la cobertura, la oferta en todos los niveles, la permanencia y la eficiencia terminal.

Con base en las lecciones aprendidas de los odm, las intervenciones tendrán que adaptarse a las necesidades de grupos específicos de niños, y en particular de niñas, de niños que pertenecen a minorías y comunidades nómadas, de niños que participan en el trabajo infantil y de aquellos que viven en zonas urbanas marginales (onu, 2015, p. 27).

La política educativa congruente con los propósitos de la Educación para Todos asume, por medio programas especiales y compensatorios (educación indígena, educación especial, paridad e igualdad de género, para desplazados, los programas de cuotas, etc.), el significado de la inclusión asociada con los indicadores de cobertura, permanencia y eficiencia terminal. Las acciones para inclusión en la política pública se dirigen en dos vertientes: la atención de la pobreza y el modelo de atención de la diversidad cultural, para transitar del acceso a la permanencia en el sistema educativo. El incremento de los indicadores educativos está asociado con el impacto en el abatimiento de la pobreza.

La educación mejora las oportunidades laborales ayudando a los hogares a escapar de la pobreza. Los hombres y las mujeres que han recibido educación tiene más probabilidades no solo de conseguir empleo sino también de ocupar puestos de trabajo que les ofrezcan, seguridad, buenas condiciones laborales y una paga digna. Beneficiando en particular a las mujeres, la educación puede ayudar a disminuir las disparidades entre los sexos por lo que respecta a las

oportunidades de empleo y los salarios. Así como ayuda a los hogares a salir definitivamente de la pobreza (unesco, 2015, p. 14).

La confrontación de las políticas de inclusión con el proyecto de desarrollo permite identificar los avances en cuanto a la cobertura, permanencia y eficiencia terminal para la educación básica y documentar su impacto la implementación de nuevas formas de asimilación y su proyección hacia la perspectiva de una educación incluyente.

En el marco global, el posicionamiento histórico tiene como punto de referencia de la visibilización de los actores sociales, que en su manifestación sociopolítica de lucha se relaciona con la emergencia de otros fenómenos sociales asociados a la diversidad cultural. La explicación de la emergencia de estos actores en su conjunto encuentra su argumento en la historia de México y Latinoamérica, para ubicarlos en el contexto de nuestras sociedades en constante subordinación la cual se expresa en discriminación y exclusión debido a sus diferencias y desigualdad socioeconómica.

Las coordenadas históricas permiten analizar el proyecto de desarrollo y modernización en el debate que se gesta con relación a las nociones de educación, interculturalidad y justicia social en el marco de las políticas para la inclusión. El concepto de inclusión que resignifica y adopta la población destino plantea una perspectiva abarcadora que considera todos los ámbitos de la vida en sociedad, alejado del enfoque de la estrategia de la política pública reducido a la institución escolar que deja al margen el concepto y la participación de los sujetos en la inclusión educativa. El desarrollo del ser es fronterizo y la razón fronteriza permite, a su vez, el desarrollo de la capacidad para convivir y relacionarse con los otros (TRÍAS, 2000).

Este es el escenario en el que el proyecto de educativo, en el marco del paradigma intercultural, presenta elementos para establecer un diálogo cultural entre iguales, pero en su implementación, exhibe una clara tendencia homogeneizante que sintetiza la diversidad cultural con las desigualdades sociales.

Ejemplo de ello es el derecho a la educación o la “oportunidad” de acceso a la educación para los grupos diversos culturalmente. Los derechos humanos fueron constituidos por la cultura hegemónica; hoy, estos derechos se transgreden en forma sistemática o simplemente no se cumplen. Los derechos humanos tanto como los derechos individuales privilegian los derechos civiles y políticos, así como, son compatibles con el discurso de la “dignidad humana” (DE SOUSA, 2014). Hoy, los

derechos humanos son papel y llevarlos a la realidad implica ofrecer lo que corresponde a todos por igual, pero en un sentido excepcional y, a su debido tiempo, siempre tarde.

2 DERECHOS HUMANOS: ENTRE EL RECONOCIMIENTO Y LA VISIBILIZACIÓN

Hay tareas sociales fundamentales pendientes para revertir la desigualdad y la exclusión que se vean reflejadas en el establecimiento de relaciones sociales, económicas, políticas y culturales diferentes; relaciones cuya base deberá ser la participación y el respeto desde una perspectiva incluyente. Esto implica que dejemos de ver a los marginados, excluidos y vulnerables como sujetos de interés social y, en consecuencia, motivo de las políticas sociales para la inclusión.

De ahí la distinción entre visibilización y reconocimiento en las políticas públicas y en la teoría. En las políticas sociales, la visibilización implica el reconocimiento y enseguida, la pertenencia a programas sociales que ofrecen oportunidades a los sujetos de interés social. El caso del reconocimiento implica un acto moral hacia el ser y su dignidad humana que implica el reconocimiento como sujetos de derecho. Esto es, la idea de los seres humanos presupone la igualdad y la dignidad humana, en los hechos, son la base para la legitimación de la normativa social (TUGENDHAT, 2008).

La diversidad socio cultural en sí misma no genera tensiones y confrontaciones per se, éstas se han desarrollado a lo largo del proceso histórico, en cuyo seno se gestan posturas racistas y xenófobas en tanto se lucha por derechos colectivos, identidades locales, regionales o comunitarias. Es donde el discurso de los derechos humanos se transforma en el discurso de la dignidad humana. La hegemonía de los derechos humanos reconoce la diversidad segmentada y fragmentada con sus diferencias y desigualdades para modelizarla en las políticas para la inclusión en la perspectiva de la homogeneización y de los universales (DE SOUSA, 2014, DEL VAL 2019).

El marco liberal de los Derechos Humanos Universales es un ingrediente necesario para el reconocimiento de la igualdad y la dignidad de las personas, empero las tensiones se manifiestan entre las identidades culturales y la ciudadanía, porque los procesos de desarrollo y

modernización son el escenario de las contradicciones y tensiones con los actores históricos y emergentes.

La incorporación de los derechos sociales y culturales en la legislación, paradójicamente presenta nuevas complicaciones porque no es lo mismo plantear demandas a un Estado que quieres cambiar o modificar, o a un Estado que supuestamente te representa con la ausencia de una base social, “Si el estado es un concepto que refiere a una forma de la vida social (un proceso relacional entre seres humanos y no un aparato o conjunto de instituciones)” (ROUX, 2005, p. 243).

En las últimas décadas, el Estado con las políticas de ajuste ha prescindido del pacto social, que, a lo largo de la historia, había sido establecido con la sociedad y, ha privilegiado la relación con los partidos y organizaciones de la sociedad civil como representantes de ésta para lograr legitimidad en la aplicación de la normativa, y el acceso a los derechos se ha tornado lento (BUTLER, LACLAU y ZIZEK, 2003).

Existe un desplazamiento y ruptura de los códigos liberales del derecho. Cuando se ha impuesto el valor de la democracia procedimental, todo lo codifica en términos de derechos y leyes para que se consagren las formas de gestionar las políticas públicas para intervenir en la vida social de los sujetos.

El paradigma liberal plantea un esquema de los derechos en el formato de las políticas públicas para forjar el pacto social. En esta tesitura deja de ser sólo una cuestión de derechos, está en juego la justicia la cual está vinculada con la multiforme participación en la convivencia con las diferencias y en la alteridad.

El debate sobre la ciudadanía ha derivado en la manifestación y participación de diferentes actores sobre la legitimidad de sus demandas, en el contexto de los derechos sobre la diversidad cultural. La diversidad y la desigualdad se visibilizan en la educación, ésta última es uno de los asuntos más importantes de la vida pública. Posicionar a la educación en un asunto público de primer orden fue una batalla liberal, hoy la lucha por la educación, el acceso universal y el financiamiento público es también por la igualdad, la libertad y la democracia. Asimismo, ha sido medular colocar la diversidad cultural en el ámbito público (ARENDDT, 2005) para su visibilización y reconocimiento en términos de derechos.

Las constituciones han transformado las leyes que rigen la educación, en algunos casos se han dado cambios y en otros retrocesos, esto porque la educación es un asunto público cuyo acceso ha de ser

universal, vista como un espacio para el ejercicio y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, también es un derecho bajo la responsabilidad del Estado. A lo largo de la historia ha sido el medio para incorporarse al trabajo y hoy, espacio de intervención de la inversión privada, sujeta a evaluación y competencia en términos de concebir la educación como una inversión progresiva y con tasa de retorno. Algunos países garantizan el derecho a la educación con inversión pública para asegurar la gratuidad, al servicio de los ciudadanos más que a disposición del mercado, bajo un principio de igualdad, como fundamento y espacio para la actividad pública en donde se sustituye la acción por la conducta, por modelos de conducta (ARENDETT, 2005).

La educación en el contexto de las políticas compensatorias ha transitado de ser un derecho humano, a convertirse en una “oportunidad” en el marco de los llamados derechos sociales. La educación es una tarea de Estado fundamental, porque incorpora a todos los estratos y conductas sociales para modelar todas las fases de la vida.

Frente a los feroces procesos de exclusión, el acceso a la educación es una oportunidad para incluir a la población marginada, vulnerable y excluida.

Esto se aplica a la vez a los mejores resultados sociales que se esperan de la educación y la forma de organizar las oportunidades. La noción de la educación como “bien común” reafirma su dimensión colectiva como tarea social común (responsabilidad compartida y compromiso con la solidaridad) (UNESCO, 2015, p. 85).

La persistencia del “modelo clásico” en la educación incorpora recursos que llevan a reconfigurar el proceso educativo, pero mantiene en pausa la disposición al cambio ya sea por falta de recursos, orientación y/o resistencias. Esto no debiera extrañar, la educación y su expresión formal en la institución escolar se han mantenido a lo largo de la historia y con cierta periodicidad diseñan cambios reformativos para permanecer igual.

Los indicadores de desarrollo revelan la existencia de un alto porcentaje de la población que son físicamente marginados y socialmente excluidos, para la política pública es una tendencia a sintetizar en un solo rubro la desigualdad con la diversidad, en este contexto las políticas sociales tienden a aplicar hacia la positivización de los indicadores relacionados con la pobreza, en específico las políticas culturales y las educativas asumen en

el discurso, la generación de mejores condiciones de equidad con justicia social, por medio de:

La mejora de la calidad educativa.

La atención a la diversidad cultural y a la discapacidad.

La comprensión de la multiculturalidad.

La formación de profesores para atender la diversidad.

En la lógica descrita, el foco de atención de estas políticas se encamina hacia la escolarización, la permanencia y la eficiencia terminal, indicadores que tienen impacto en el abatimiento de la pobreza en detrimento de la atención oportuna y pertinente de la diversidad cultural. El discurso de las políticas para la inclusión desplaza al sujeto por indicadores (ELÍAS y SCOTSON, 2003).

El discurso de las políticas y los derechos sociales establece que la educación es uno de los derechos fundamentales, se dice que es inherente a todas las personas, al igual que los derechos sociales, económicos, políticos y culturales que contribuyan a generar mejores condiciones de vida y desarrollo.

3 EDUCACIÓN, DERECHOS HUMANOS E INCLUSIÓN

En el marco de la Educación para Todos, la inclusión educativa es una estrategia clave para cumplimiento de Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), entre los que se establece la matriculación universal, la permanencia en la escuela y el abatimiento de los índices de deserción y rezago de los niños con alguna discapacidad o condición y las minorías étnicas, mediante un sistema de educación inclusivo en todos los niveles a lo largo de toda la vida (UNESCO, 2007-2008; UNESCO 2015).

El debate sobre el concepto de educación, en el marco de los derechos humanos o como derecho humano, incorpora el tema a las agendas para la formulación de políticas culturales y educativas. La inclusión educativa se reduce a la universalización de la educación, matricular y escolarizar; aún cuando hay una orientación específica para la atención de la diversidad en la educación, ésta es una variante de la estructura curricular que se establece a nivel nacional, y la orientación dista mucho de ser pertinente. Esto es, la inclusión en el marco de la política educativa se restringe a la incorporación de la población en edad escolar al sistema educativo; así también, la diversidad cultural visibilizada, al ser incluida

es invisibilizada, en este proceso se desvanece la base de respeto a la diversidad y se convierte en tolerancia.

[...] el objetivo normativo parece no ser ya la eliminación de la desigualdad, sino la prevención de la humillación o del menosprecio; las categorías centrales de esta nueva visión ya no son la distribución equitativa o la igualdad de bienes, sino la dignidad y el respeto. (HONNET, 1997, p. 10)

Hoy el mapa de los actores sociales es difuso y el sistema mundo se fragmenta; esta situación tiene su referencia inmediata en el concepto de ciudadanía, en la perspectiva del estado liberal que presupone igualdad de acceso a las oportunidades, que desplazan a los derechos; no solo en términos materiales y económicos, sino también simbólicos. En esta visión subyace una base de desigualdad y de exclusión; el concepto se relaciona con la igualdad en el marco de los derechos universales, pero a su vez se subordinan las diferencias; no se reconoce la emergencia de nuevas identidades, ni de otras formas de participación y representación política. El discurso de ciudadanía no puede sostenerse sobre la base de la igualdad de derechos porque es necesario reconocer desigualdades materiales, simbólicas, culturales, raciales. La igualdad ciudadana tiene como fondo una marcada exclusión, punto de origen de los movimientos que luchan por el reconocimiento de las diferencias de: género, raza, sexualidad, religiosas por medio de los derechos humanos que son el producto de movimientos sociales que forman una nueva cultura política a los cuales se suman los movimientos que se originan por la desigualdad económica, social, política y diferencias culturales (DOMÍNGUEZ, 2007).

El concepto y el ejercicio de la ciudadanía al no reconocer la desigualdad, la afirma. La única posibilidad de reconocer los derechos y de promover el respeto, es reconocer las desigualdades y las diferencias. En el caso de la educación sirva de ejemplo la escolarización, socialmente obligatoria, encaminada a garantizar el “desarrollo social”, no implica necesariamente inclusión; porque en el marco de una educación “nacional” con un enfoque único, deriva en exclusión social y cultural. Por otro lado, no es lo mismo la demanda por escolaridad que demanda por conocimiento (SARTORI, 2001), como distinta es la exclusión cultural que la exclusión de bienes materiales, es decir, los seres humanos somos diferentes lo cual no es inherente a la desigualdad de derechos de carácter jurídico.

La representación de grupo institucionaliza mejor la justicia en circunstancias de dominio y opresión social. Pero también maximiza el conocimiento expresado en la discusión, por lo que promueve la sabiduría práctica. Las diferencias grupales no sólo implican necesidades, intereses y objetivos diferentes más importantes a partir de los cuales se comprenden las políticas y hechos sociales. (CASTELLS, 1996, pp. 108-109).

Los derechos ciudadanos son de carácter individual; los derechos sobre la diversidad cultural refieren al reconocimiento de los derechos de movimientos y actores sociales individuales y colectivos; su organización, resistencia y lucha se centra en los sujetos colectivos; en esta lógica es impostergable el rediseño de mapas culturales de los actores sociales de los movimientos emergentes, de manera que tengan presencia e interlocución con el Estado.

Durante los último 25 o 30 años se ha construido un conjunto enorme de derechos [...] pero el problema es que las instituciones que deberían garantizar el ejercicio de esos derechos no lo hacen porque no tienen atribuciones legales para ello ni para vigilar su cumplimiento. Por tanto, es necesario que haya una estructura jurídica, con atribuciones y capacidad de disputa y de juicios y de lo que sea necesario para garantizar esos derechos. (DEL VAL, 2019, p. 68)

El proyecto modernizador en el contexto global está más interesado en ocultar las diferencias culturales y las desigualdades, en tanto las reproduce a través de sus políticas culturales y sociales. Las políticas culturales conllevan a una construcción social de “la cultura” inmersa en la diferencia y la desigualdad. En esta construcción cultural hay una valoración selectiva del repertorio cultural acorde a intereses y proyectos específicos, que van de las condiciones de subordinación hasta el avasallamiento cultural.

En el ámbito de lo público y en congruencia con el principio de organización social, la cultura dominante elabora una concepción de la sociedad en la perspectiva del poder y la dominación. Es una concepción que busca imponerse tal y como ha sucedido en los procesos coloniales a lo largo del tiempo (ROUX, 2005). La definición de políticas e instituciones culturales requiere de una base democrática donde las culturas y grupos subordinados sean no solo visibilizados, sino también reconocidos y puedan expresarse con las tensiones y contradicciones propias de toda relación social.

[...] la lucha de los sujetos por el recíproco reconocimiento de su identidad comportaba una necesidad social interna de la aceptación de instituciones que garantizaran la libertad. La pretensión de los individuos a un reconocimiento intersubjetivo de su identidad es la que, desde el principio, como tensión moral, se aloja en la vida social; la que en cada momento sobrepasa la medida institucionalizada en cuanto a progreso social, y de ese modo, por el camino negativo de un conflicto repetido en escalones, conduce a una situación de libertad vivida comunicativamente. (HONNET, 1997, p. 13)

El poder tiene un fuerte impacto en las culturas, y en el contexto de lo nacional reconoce “una cultura”, entendida como sinónimo de la cultura universal en la que se inscribe el proyecto nacional. Esta concepción suma a la diversidad, la desigualdad, porque las culturas son distintas y desiguales. Las culturas no solo son diversas sino también tienen diferente presencia y reconocimiento (poder) (GIMÉNEZ, 2007); esto es lo que algunos autores han caracterizado como culturas dominantes y culturas subalternas.

Pretender una cultura común a todos significa despojar a los grupos culturales de su iniciativa y de su creatividad; significa convertirlos en consumidores (GARCÍA CANCLINI, 2007) y no en creadores de cultura. La cultura hegemónica, base de la legitimidad del Estado y el consenso impone, expropia y extrae donde las políticas nacionales impulsan determinada cultura o rasgos de algunas culturas, o bien, promueven su destrucción (DE SOUSA Santos, 2009). La imposición de un modelo cultural de desarrollo civilizatorio destruye tecnologías y saberes locales. La ausencia de instancias de participación democrática en la definición de políticas e instituciones culturales donde las culturas y grupos subordinados sean reconocidos y puedan expresarse, genera tensión.

Más bien se contenta con señalar la obscena ausencia del Otro en las formulaciones universalistas, y con mostrar la enorme soberbia (y “lo ridículo”, en el talante de Erasmo) que acompaña a un sistema cultural tan particular como el que llamamos Occidente cuando se planta ante el mundo como el alfa y omega de todo lo humano (DÍAZ-POLANCO, 2006, p. 12).

A los movimientos sociales y populares con demandas de carácter económico y de mayor democratización se han sumado movimientos y actores sociales emergentes con demandas relacionadas con los derechos sobre la diversidad cultural, desarrollando nuevas presiones y corrientes

hacia un pensamiento pluralista y dialogal, concibiendo a la cultura como un campo de diálogo, de intercambio de experiencias, de conocimiento y de reconocimiento mutuo entre culturas diversas en plano de igualdad.

CONCLUSIONES

El Modelo de Atención de la Diversidad en la Educación tiene como uno de sus ejes fundamentales la justicia social, la condición de pobreza se ha convertido en un factor importante para mantener vigentes las políticas de escolarización como uno de los objetivos de los programas compensatorios (CEPAL, 2007), en la perspectiva de que no todos los pobres son iguales y que la riqueza de las sociedades y el bienestar de las personas depende de la calidad y la cantidad de conocimientos que hayan logrado incorporar y desarrollar, bajo esta concepción el conocimiento es concebido como un capital para producir y reproducir riqueza. En este contexto América Latina durante la segunda mitad del siglo XX mantuvo una constante en la expansión de la matrícula del sector educativo, primero un énfasis sobre la educación básica y en consecuencia se ejerció presión en los siguientes niveles, la educación presentó un crecimiento notable, se masificó en un contexto en el cual también se incrementaron las formas de exclusión.

En el contexto del mito de la modernidad se concibe a la diferencia como práctica negativa y contradictoria el sentido de la igualdad universalizable en los paradigmas de la modernidad: libertad, justicia y democracia. Al subsumir la práctica de la razón para someterla a un principio universalizable y único se opone el desarrollo: a nosotros y los otros.

Desde hace algunos años la regionalización, reemplaza al Estado y tiene su base en la economía de mercado en un mundo organizado bajo la legalidad internacional en el marco del mundo globalizado y la internacionalización del derecho (HABERMAS, 2006), surge el cuestionamiento de cómo dar sentido a la igualdad y la justicia. Mientras en América Latina un alto porcentaje de la población está fuera de los circuitos de producción y consumo de bienes materiales e inmateriales y al margen de la racionalidad y la civilización, bases para el anhelado progreso (BAUMAN; DONSKIS, 2015).

El Modelo de Atención de la Diversidad en la Educación tiene como uno de sus ejes fundamentales la justicia social, la condición de pobreza se ha convertido en un factor importante para mantener vigentes las políticas de escolarización como uno de los objetivos de los programas compensatorios

(CEPAL, 2007), en la perspectiva de que no todos los pobres son iguales y que la riqueza de las sociedades y el bienestar de las personas depende de la calidad y la cantidad de conocimientos que hayan logrado incorporar y desarrollar, bajo esta concepción el conocimiento es concebido como un capital para producir y reproducir riqueza. En este contexto América Latina durante la segunda mitad del siglo XX, mantuvo una constante en la expansión de la matrícula del sector educativo, primero un énfasis sobre la educación básica y en consecuencia se ejerció presión en los siguientes niveles, la educación presentó un crecimiento notable, se masificó en un contexto en el cual también se incrementaron las formas de exclusión.

El análisis de las políticas para la inclusión se ubica en las coordenadas históricas del proyecto de desarrollo y modernización, con la finalidad de adoptar una postura en el debate que actualmente se gesta con relación a las nociones de educación, ciudadanía, derechos humanos, justicia social y políticas públicas en contextos cultural y socialmente diversos. La necesidad de asumir una postura en este debate implica conceptualizar las nociones que sustentan el análisis del modelo de atención a la diversidad en la educación y las políticas de inclusión orientadas a la atención de los grupos culturalmente diferentes y vulnerables de la región, en las últimas décadas.

Para la comprensión de la educación para la diversidad cultural es necesario iniciar la reflexión sobre tres categorías fundamentales: Educación, Políticas Sociales y Exclusión. nociones que han sido la base para construir el discurso de la política pública que legitima el principio organizador social. Frente a lo común y desmontar las problemáticas del proceso histórico pasado y presente, hacia una proyección del conocimiento y reconocimiento para abordar la discusión de los conflictos contemporáneos desde referentes propios para asumir los problemas como nuestros, y, desde ahí explicar la realidad desde una mirada nuestroamericana, destacando los momentos coyunturales para el debate de los procesos del pasado reciente sobre la reforma del estado, las políticas de “ajuste” y el protagonismo del mercado para soslayar a los actores y movimientos sociales.

En Latinoamérica se observan espacios construidos, en construcción o por construir para la participación y la modificación de las circunstancias desde los colectivos que hacen posible el encuentro de los sujetos y favorece relaciones equivalentes a las demandas, para que éstas se reconozcan como legítimas y se generen acciones, desde la acción colectiva, en las condiciones de posibilidad social. Al interior del espacio colectivo y comunitario la integración de los nuevos sujetos no ha sido fácil, se ha puesto énfasis en la construcción

de espacios de inclusión y la elaboración de demandas equivalentes que no tiene lugar la expresión igual en otros lugares (CASTORIADIS, 2013). Los sujetos emergentes tienden a ocupar espacios no tradicionales, como en los que "sí se hace política", tal es el caso de las asambleas comunitarias las cuales propician la adhesión e interpelación de los otros para ampliar las redes que gestan una acción colectiva en la búsqueda de alianzas (ARENDETT, 2005). En estos procesos se entretrejen grandes cambios y, en pocos casos, se dan cuenta de su génesis y complejidad a partir de los pequeños casos de los que se fueron construyendo; los estudios de las prácticas sociales de un grupo en específico abordan las formas de como se enfrentan la exclusión y la marginación, pero pocas veces se documenta como trascienden fronteras al generar demandas equivalentes y su vínculo con otras organizaciones.

La importancia de explorar los procesos de exclusión y su impacto en la diversidad cultural Latinoamericana resulta elocuente, no sólo para ilustrar la marginación y discriminación de que es objeto estos sectores de la población, también para documentar la exclusión en el contexto regional actual en sus diferentes dimensiones y como punto de partida para la elaboración de una noción de inclusión en el marco de la justicia social (CARRACEDO, 1990). Es una realidad que en el presente los excluidos, desde hace más de tres décadas, se han posicionado en el escenario social y político para hacer escuchar sus voces, la respuesta por parte de los gobiernos no satisface del todo sus demandas, ¿quién tiene la razón? ¿Desde qué perspectiva se define la inclusión? ¿Quién la define? ¿Qué actores y aspectos considera? ¿Los excluidos comparten la noción de ciudadanía e inclusión? Cuando se hace referencia a los excluidos las imágenes sociales se relacionan con la marginación y la pobreza, se documentan expresiones, pero no el rostro de los excluidos, excepto si sus manifestaciones son disruptivas para criminalizarlos. Pero no rostro que transita entre las desigualdades y las diferencias asociadas a la cultura, la política y el poder.

Siguiendo a Thompson, me parece más adecuado considerar a la cultura como una "palestra de elementos conflictivos", como un lugar de tráfico, de confrontación, renegociación y de disputas simbólicas. Esto no quiere decir que se puedan reducir todos los procesos culturales a sus dimensiones políticas, a cuestiones de dominación, hegemonía y resistencia. La cultura es algo más amplio que tiene que ver con muchos aspectos de la vida humana, pero lo que se quiere subrayar es que siempre se encuentra incrustada en relaciones de poder entre las personas (Reygadas, 2009, p. 50).

Es un hecho que los excluidos están inmersos en las relaciones de poder, esta situación ha derivado en la idea de separación de occidente con respecto al resto del mundo y la mitificación de los excluidos y todas sus actividades son encomiables, el sistema está mal, las instituciones son frías y excluyentes, ellos tienen la razón, nosotros no. Sin embargo, el estudio de la realidad no es una cuestión maniquea, de manera general se puede establecer que en todo el mundo hay excluidos en algunos de sus aspectos e incluidos en otros, existen relaciones específicas de dominación según la situación. El contexto de la exclusión asociado con las relaciones de dominación no es un campo homogéneo exento de contradicciones, está acompañado de rebeldía, coraje e impotencia, pero también de continuidad histórica de organización y de resistencia.

REFERÊNCIAS

ANSALDI, W. Entre perplejidades y angustias: notas para pensar las ciencias sociales latinoamericanas. In: ACOSTA, Yamandú, ANSALDI, Waldo, GIORDANO, Verónica, SOLER, Lorena. (coords.) **América Latina piensa en América Latina**. Buenos Aires: Ed. CLACSO, 2015. p. 15-37.

ARENDT, H. **La condición humana**. Argentina: Ed. Paidós, 2005.

BUTLER, J. LACLAU, E. y ZIZEK, S. **Contingencia, hegemonía y universalidad**. Buenos Aires: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2003.

CARRACEDO, J. **Paradigmas de la política: del Estado justo al Estadolegítimo** (Platón, Marx, Rawls, Nozick). España: Ed. Anthropos, 1990.

CASTELLS, C. Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal. In: CASTELLS, Carme (Coord.). **Perspectivas feministas en teoría política**. España: Paidós, 1996.

CASTORIADIS, C. **La institución imaginaria de la sociedad**. México: Editorial Tusquets, 2013.

CEPAL. **Cohesión social: inclusión y sentido de pertenencia en América Latina y el Caribe**. Santiago de Chile: Naciones Unidas CEPAL; Agencia Española de Cooperación Internacional; Secretaría General Iberoamericana, 2007.

CEPAL. **Panorama Social de América Latina**. Santiago de Chile: ONU; CEPAL, 2008.

DEL VAL, J. **Miradas sobre la diversidad cultural**: apuntes y circunstancias. México: Programa Universitario México Nación Múltiple/Coordinación de Humanidades, UNAM, 2019.

DE SOUSA, B. **Si Dios fuese activista de los derechos humanos**. Madrid: Ed. Trotta, 2014.

DE SOUSA SANTOS, B. **Una epistemología del Sur**. México: Ed. CLACSO; Siglo XXI Editores, 2009.

DÍAZ-POLANCO, H. **Elogio de la diversidad**: globalización, multiculturalismo y etnofagia. México: Siglo XXI Editores, 2006.

DIDOU, S.; REMEDI, E. **Los olvidados**: acción afirmativa de base étnica e instituciones de educación superior en América Latina. México: Ed. Juan Pablos/DIE, 2009.

DOMÍNGUEZ, J. M. Os movimentos sociais latino-americanos: características e potencialidades. *In: Análise de Conjuntura OPSA*. 2. ed. Rio de Janeiro: fev. 2007. p. 1-12

ELÍAS, N.; SCOTSON, J. L. **Establecidos y marginados**. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2016.

GARCÍA CANCLINI, N. **Consumidores y ciudadanos**: conflictos multiculturales de la globalización. México: Ed. Grijalbo, 1995.

GARCÍA CANCLINI, N. Las nuevas desigualdades y su futuro. *In: SÁNCHEZ DÍAZ, M. E. Identidades, globalización e inequidad*: ponencias magistrales de la Cátedra Alain Touraine. México: Ed. Universidad Iberoamericana Puebla; Instituto Tecnológico de estudios Superiores de Occidente; Universidad Iberoamericana León, 2007. p. 34-52.

GIMÉNEZ, G. Formas de discriminación en el marco de la lucha por el reconocimiento social. *In: GALL, Olivia. (Coord.) Racismo, mestizaje y modernidad*: visiones desde latitudes diversas. México: CIICH; CRIM; UNAM, 2007. p. 37-61.

HABERMAS, J. **El occidente escindido**. 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2006.

HONNET, A. **La lucha por el reconocimiento**: por una gramática moral de los conflictos sociales. Barcelona: Editorial Grijalbo Mondadori, 1997.

RAWLS, J. **Teoría de la justicia**. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1971.

RENDTORFF, Jacob Dahl; KEMP, Peter (Eds.). **Basic ethical principles in European bioethics and biolaw autonomy**. Copenhagen; Barcelona: Centre for Ethics and Law; Institut Borja de Bioética, 2000.

REYGADAS ROBLES-GIL, L. La cultura como palestra y el poder como relación significativa. ¿Cómo estudiar la intersección significativa entre lo político y lo simbólico? *In*: CASTRO, P.; TEJERA, H. **Teoría y metodología para el estudio de la cultura, la política el poder**. México: UNAM Iztapalapa; CONACYT; Miguel Ángel Porrúa, 2009. p. 47-79.

SARTORI, G. **La sociedad multiétnica**: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. México: Ed. Taurus, 2007.

ONU. **Objetivos de desarrollo del milenio**. Informe 2015. Nueva York:ONU, 2015.

ROUX, R. **El príncipe mexicano**: subalternidad, historia y Estado. México: Ed. Era, 2005.

TRÍAS, E. **Los límites del mundo**. Barcelona. España: Ed. Ariel, 1985.

TUGENDHAT, E. **Antropología en vez de metafísica**. Barcelona, España: Ed. Gedisa, 2008.

UNESCO. **Educación para todos en 2015**: ¿alcanzaremos la meta? Informe 2008. Francia: UNESCO, 2007-2008. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001548/154820s.pdf>. Acceso en: 22 fev. 2020. Informe de seguimiento de la EPT en el mundo.

UNESCO. **Replantear la educación**: ¿Hacia un bien común? París: Ediciones UNESCO, 2015.

FOME E COVID-19 NO BRASIL: EPIDEMIAS QUE VIOLAM DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONAIS

HUNGER AND COVID-19 IN BRAZIL: EPIDEMICS THAT VIOLATE HUMAN AND CONSTITUTIONAL RIGHTS

Danilo Henrique Nunes*

Selma Tomé Pina**

Juvêncio Borges Silva***

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Revolução Francesa e as gerações de direitos. 3 Do Estado Democrático de Direito brasileiro. 4 A fome no Brasil: cenário contemporâneo. 5 A pandemia COVID-19 no Brasil e a violação do direito humano à alimentação adequada. 6 Conclusões.

RESUMO: O trabalho analisa a problemática da fome no Brasil agravada com a pandemia COVID-19, sob a óptica da Constituição Federal de 1988, promulgada como marco de garantia ao mínimo existencial. Fazem-se considerações acerca da incompatibilidade do texto constitucional e a perseverança desse distúrbio socioeconômico e a impossibilidade de manutenção da dignidade da pessoa humana. Busca-se ainda, realizar uma análise da problemática alimentar nos últimos anos, evidenciando que, apesar de ser um direito positivado, grande parcela da população ainda se encontra à margem deste trazendo à luz do debate a necessidade de manutenção do direito à alimentação para que seja assegurado, também, o direito à dignidade. Busca-se compreender as raízes do problema que foram expostas e acentuadas com o surgimento da pandemia de Covid-19. É necessário que a questão da dignidade humana também seja debatida, posto que o problema da fome não se limita a esfera do material-objetivo. As metodologias aplicadas foram a hipotético-dedutiva, indutiva e de revisão de literatura. Na construção do debate, conclui-se que, além da

*Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Professor universitário do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos e do Centro Universitário Estácio - Campus Ribeirão Preto. Advogado. Jornalista.

**Doutoranda e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Professora universitária da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG. Advogado.

*** Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2010), Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2005), Mestre em Sociologia pela Universidade de Campinas - UNICAMP (2000), Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1997), Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos - FAFIPA (1992), Especialização em Didática e Planejamento do Ensino Superior pela Faculdade de Filosofia de Passos - FAFIPA (1992). É docente titular da Associação de Ensino de Ribeirão Preto e do Centro Educacional Hyarte - ML Ltda. É docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. É líder do Grupo de pesquisa Direitos Coletivos, Políticas Públicas e Cidadania, que se reúne regularmente na Universidade de Ribeirão Preto.

Artigo recebido em 18/06/2021 e aceito em 30/08/2021.

Como citar: NUNES, Danilo Henrique; PINA, Selma Tomé; SILVA, Juvêncio Borges. Fome COVID-19 no Brasil: epidemias que violam direitos humanos e constitucionais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 189-207, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

incompatibilidade da fome com o ordenamento jurídico brasileiro, este fenômeno foi ampliado no momento de epidemia da Covid-19, trazendo à realidade a dimensão grave deste cenário no país.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana. direitos sociais. direito à alimentação. pandemia.

ABSTRACT: *The work analyzes the problem of hunger in Brazil, aggravated by the COVID-19 pandemic, from the perspective of the Federal Constitution of 1988, enacted as a guarantee of the existential minimum. Considerations are made about the incompatibility of the constitutional text and the persistence of this socioeconomic disorder and the impossibility of maintaining the dignity of the human person. The aim is also to carry out an analysis of the food problem in recent years, showing that, despite being a positive right, a large portion of the population is still outside this, bringing to light the debate on the need to maintain the right to food so that the right to dignity is also guaranteed. It seeks to understand the roots of the problem that were exposed and accentuated with the emergence of the Covid-19 pandemic. It is necessary that the question of human dignity is also debated, since the problem of hunger is not limited to the sphere of the objective material. The methodologies applied were hypothetical-deductive, inductive and literature review. In the construction of the debate, it is concluded that, in addition to the incompatibility of hunger with the Brazilian legal system, this phenomenon was amplified at the time of the Covid-19 epidemic, bringing to reality the serious dimension of this scenario in the country.*

Keywords: *dignity of the human person. social rights. right to food. pandemic.*

INTRODUÇÃO

Vi ontem um bicho
Na imundice do pátio
Catando comida entre os detritos.
Quando achava alguma coisa,
Não examinava nem cheirava:
Engolia com voracidade.
O bicho não era um cão
Não era um gato,
Não era um rato.
O bicho, meu Deus, era um homem.

Manuel Bandeira - O Bicho

A pobreza é um estado de difícil conceituação, por suas diversas faces. Considerada por muitos como algo de cunho subjetivo, a cada esfera em que é interpretado seu significado muda. Ora significa uma restrição material imposta, ora significa não receber um mínimo, pré-determinado, que seja suficiente para a manutenção de necessidades básicas, ora se expressa por uma alimentação deficiente. No entanto, para essa produção científica, pobre é aquele que, por sua limitada capacidade de aquisição, não consegue exercer com plenitude sua cidadania porque é mantido à margem da efetivação dos direitos sociais.

São considerados extremamente vulneráveis indivíduos que vivem abaixo da linha internacional da pobreza, ou seja, aqueles que sobrevivem diariamente com menos que US\$ 1,90. Isso significa que todos os integrantes da sociedade que, ao dividirem sua renda mensal, não alcançarem esse valor diário, serão considerados pobres para o Banco Mundial, segundo a classificação de 2015.

Em uma análise do desenvolvimento do Brasil em relação ao nível de vulnerabilidade de sua população, concomitantemente ao estado de insegurança alimentar, vê-se que o problema tem caráter estrutural. Ser brasileiro ou apenas residente do maior país da América Latina, diversas vezes, em múltiplos momentos da história, significa estar sujeito à fome.

Este trabalho, objetiva entender as raízes desse estado de necessidade vivido por muitos e seu agravamento nos últimos anos e de modo especial durante a pandemia de Covid-19, quando as desigualdades sociais do país escancararam as fragilidades das políticas públicas que deveriam garantir a efetivação dos direitos previstos na Carta Magna.

Com este objetivo geral, qual seja, o acima descrito, analisamos a problemática da fome no Brasil, sob a óptica da Constituição de 1988, além de investigar as incompatibilidades do texto constitucional com a realidade socioeconômica de milhões de brasileiros fazendo um contraponto com os direitos positivados no Art. 6º da CF/88.

Para a conclusão deste estudo, realizou-se uma pesquisa das metodologias hipotético-dedutiva, indutiva e de revisão de literatura, com base na Constituição Federal de 1988 e ainda em livros, artigos científicos, legislação, doutrinas e outras fontes com a finalidade de instigar o debate acerca dessa fratura que acomete o Estado Democrático de Direito brasileiro.

1 A REVOLUÇÃO FRANCESA E AS GERAÇÕES DE DIREITOS

Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Símbolo da revolução que ocorreu na França, a máxima representou a abertura da luta por direitos civis e sociais em todo o mundo. Em uma sociedade fundada sobre o direito à propriedade, qualquer seguridade relacionada aos direitos individuais mostrava-se desimportante. Eram dignos de proteção aqueles que tinham posses a serem protegidas. Com a Revolução, pela primeira vez, a dignidade da pessoa humana tornou-se um tema de debate no âmbito legislativo, mesmo que de modo subjetivo. Foram através desse marco histórico que

foram desencadeadas diversas modificações normativas que possibilitaram o desenvolvimento político e social que vigora na atualidade.

Para Montesquieu, “o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo possui o poder soberano” (1979, p. 31). Foi a partir dessa ideia de que todo o poder deriva do povo, que a evolução normativa pôde ser, aos poucos, conquistada. Como resultado e marca da Revolução, foi promulgada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que em seu artigo 2º, de maneira cirúrgica declarou “o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

A partir de então, todo e qualquer documento promulgado haveria de trazer o homem como valor-fonte. Com a Revolução, foram conquistados o que constitucionalistas como Norberto Bobbio e Paulo Bonavides denominam de “Direitos de Primeira Geração”, sendo esses os direitos civis e políticos fundamentados na liberdade (*liberté*), ou seja, são:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o próprio 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 ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2007, p. 562)

Tal rol de conquistas individuais acontece durante o chamado Estado Liberal de John Locke. Apesar da primazia de defesa da liberdade, principalmente econômica, e da igualdade, frente à sociedade industrializada e capitalista do século XIX, tais direitos restaram insuficientes, o que gerou novas insurgências sociais que resultaram nos Direitos de Segunda Geração.

Nesse viés, logo emergiram novos anseios populares. Diferentemente da Primeira Geração, que surgiu em face da necessidade de limitar a opressão estatal, a Segunda, composta pelos chamados direitos sociais e civis, surge com a necessidade de limitar a omissão da figura do Estado. Sob a óptica de Dallari, tais direitos surgem.

Para corresponder às novas exigências da vida social o Estado vem aumentando suas atribuições, em extensão e profundidade, agindo com mais intensidade e mais energia e passando a tomar iniciativas, inclusive no campo econômico (DALLARI, 2003, p. 251).

A partir da Segunda Guerra Mundial, surge a necessidade da proteção objetiva de direitos como o direito à vida, à dignidade, à educação, ao lazer, à saúde, à alimentação e diversos outros.

O respaldo do holocausto na legislação alemã da época gerou a indignância de se elevar a vida e os critérios básicos dessa acima de qualquer outro instrumento jurídico. Desse modo, foi promulgada a Declaração Universal de Direitos do Homem (Genebra, 1948), algo semelhante a uma versão moderna da declaração francesa. Com isso e com a insurgência de filósofos humanistas, tal qual Hannah Arendt, que postulou:

a Declaração dos Direitos do Homem significou o prenúncio da emancipação do homem, porque foi a partir daquele momento que ele se tornou a fonte de toda a lei. Em outras palavras, o homem não estava mais sujeito a regras providas de uma entidade divina ou assegurada meramente pelos costumes da história, mas que havia se libertado de qualquer tutela e que era dotado de direitos simplesmente porque era Homem. Dessa forma, esses direitos eram tidos ou mesmo definidos como inalienáveis, pois pertenciam ao ser humano onde quer este estivesse. (ARENDR, 1989, p. 354)

As Cartas Magnas viram a necessidade de primar e objetivar em seus textos as conquistas componentes dessa geração, em especial, a primazia pela dignidade humana, que agora se tornava um princípio norteador dos ordenamentos jurídicos e das ações do Estado. Os efeitos concretos que os direitos de segunda geração trouxeram aos instrumentos normativos atuais podem ser encontrados expressos na Constituição da República Federativa do Brasil.

O que hoje se denomina de Direitos Humanos é um copilado de conquistas progressivas. A divisão em gerações, nada mais é, do que uma representação didática da história desses direitos. A partir do momento de consagração das Declarações, seja a Americana ou a Francesa, a conquista de direitos tornou-se constante e necessária.

2 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

A nação brasileira durante a década de 1980 passou por um extenso processo de reconstitucionalização, em face do Período Militar que havia vigorado de 1964 a 1982, marcado pela suspensão das liberdades individuais e pela negligência para com os direitos sociais. Com o renascer

democrático, o Estado Social, que já vigorava desde a década de 1930, tornou-se Democrático de Direito.

O Estado Social, que surge com as revoluções populares de 1920, como por exemplo, a Revolução Russa, é aquele onde há uma forte política assistencialista, no qual os direitos civis e sociais são protegidos e garantidos pelo próprio Estado. Ele surge em face do liberalismo e, como dito anteriormente, derroca na seguridade dos direitos de Segunda Geração. É a partir desse Estado que há instauração do direito à dignidade e à cidadania, que passam a encabeçam as cartas de direitos como prioridade na realização de políticas públicas.

O Estado Democrático de Direito brasileiro, torna-se realidade a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã. A Carta Magna é a concretização do Estado Social e Democrático, posto que por consequência de seu art. 1º, a democracia como forma de governo torna-se uma cláusula pétrea. Foi através desse instrumento jurídico supremo que aos brasileiros, os direitos de primeira e segunda geração ficam assegurados.

A existência plena do povo torna-se prioridade. Sendo assim, diversos direitos fundamentais ficam assegurados na Constituição de 1988. Em seu primeiro capítulo, que trata dos Princípios Fundamentais, a Carta assegura o direito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, encontrados no artigo 1º, incisos II e III, respectivamente. Ainda no mesmo capítulo, o artigo 3º coloca como objetivos fundamentais do Estado, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Igualmente, em seu capítulo II, Dos Direitos Sociais, o artigo 6º traz, hoje em dia, o texto onde são elencados os direitos de Segunda Geração:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988)

Desse modo, ao utilizar-se de conceitos hermenêuticos e realizar uma interpretação sociológica, ou seja, tentando verificar as palavras da lei à luz dos costumes e dos valores da sociedade, vê-se, logo, que qualquer situação que coloque em risco o direito à dignidade ou venha ferir a cidadania plena de um indivíduo, é desconforme à Constituição brasileira. Portanto, qualquer pessoa que, residente do Brasil, viva abaixo ou na linha da pobreza, terá diversos direitos feridos. Não há cidadania ou dignidade

sem qualquer um dos direitos elencados no artigo 6º. Qualquer situação de insuficiência ou insegurança alimentar, sob o olhar constitucional, mostra-se inconcebível.

No entanto, apesar da positivação dos direitos, as comunidades pobres têm seus direitos constitucionais constantemente desrespeitados, como evidencia um estudo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizado em 2020, que mostrou 10,3 milhões de pessoas vítimas da falta de alimentos. Negar o direito à alimentação, mesmo estando esse regulamentado no artigo 6º da CF/88 é ir contra toda a estrutura de um Estado Democrático de Direito. Esse modelo de governo, instituído após a Revolução Francesa, é aquele pautado na razão e no Contrato Social. Não há, aqui, sobrepujança de uma casta a outra, de uma cor, de um sexo e não deve haver diferença de acesso aos direitos.

Não há dignidade sem direito à alimentação. Um indivíduo em situação de vulnerabilidade alimentar encontra-se em um locus incompatível com o Estado Democrático de Direito, mostrando a fragilidade desse modelo de governo que vigora no Brasil.

3 A FOME NO BRASIL: CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

A tontura da fome é pior do que a do álcool.
A tontura do álcool nos impele a cantar.
Mas a da fome nos faz tremer.
Percebi que é horrível ter só ar dentro do estômago.

Carolina Maria de Jesus - Quarto de Despejo

Em 1940, Josué de Castro, pela primeira vez na história do Brasil, trazia à tona a problemática da fome. Em sua obra, *Geografia da Fome*, descreveu como esse fenômeno afetava um enorme número de brasileiros que, imersos na pobreza extrema, eram vítimas da restrição alimentar. É a partir de Castro que a fome passa a ser entendido não como um fenômeno natural, mas sim como uma realidade resultante de problemas sociais e da má distribuição de renda e de alimentos. Apesar de a discussão ter sido suscitada na década de 40, nos anos de 1990 ainda era uma realidade que abarcava um expressivo número de brasileiros e continua enraizada nas estruturas sociais do país, ficando evidente em momentos de crise, como as epidemias.

Para a Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO), agência das Nações Unidas especializada em coordenar movimentos visando a erradicação da fome no mundo, define-se insegurança alimentar como:

Situações em que há intensa privação de alimentos relativamente a diversas formas de desnutrição, entre elas as devidas a um acesso limitado à quantidade suficiente de alimentos e a um déficit de nutrientes essenciais presentes nos alimentos necessários desde o ponto de vista nutricional, o que se repercute nas faculdades físicas e mentais da pessoa ou pessoas afetadas. (RELATÓRIO FAO, 2004, p. 7)

Em 1990, no Brasil, 18,6 milhões pessoas encontravam à mercê da fome. A desigualdade social que já perseverava no país desde sua fundação, acentuava-se, pela crise econômica. Em 1989, a renda média dos 10% mais ricos representava cerca de 28 vezes a renda média dos 40% mais pobres (BARROS; MENDONÇA, 1995, p. 137). Nos anos iniciais da década, foram implantadas medidas de austeridade social, ou seja, houve um arrocho no financiamento de políticas públicas que objetivassem minimizar a desigualdade social e garantir exercício pleno da cidadania da população, por meio do acesso aos direitos elencados no artigo 6º da Constituição. A inflação acumulada batia quase 2000%, diminuindo ainda mais o poder de compra dos economicamente vulneráveis (PNAD, 2013).

Ao passo que em 1990 os 20% mais pobres somavam 2,1% da população, em 1992 totalizavam 2,3% (PNAD). Mas, ser pobre, em um expressivo número de vezes, significa encontrar-se em situação de insegurança alimentar leve ou até mesmo extrema. Posto isso, o contingente populacional que se encontrava em situação de insegurança alimentar era de 14,7% da população composta por famintos (PORTAL UNICAMP, *online*).

Durante o período 1994-2001, houve uma diminuição de a insegurança alimentar. Durante o mandato interino de Itamar Franco como Presidente do Brasil, fundou-se o CONSEA (Conselho Nacional de Segurança Alimentar). Composto por figuras institucionalizadas e por membros da sociedade civil visava-se criar e operar políticas públicas que permitissem o acesso da população aos gêneros alimentícios. Apesar de ainda ser um programa de pequeno porte, nota-se a partir dele a preocupação de minimizar a fome no país. Durante os dois mandatos posteriores de Fernando Henrique Cardoso como Presidente do Brasil, houve uma intensificação do combate à fome com a criação da Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN), quando foram instituídos

diversos programas de transferência de renda que buscavam diminuir a pobreza que já acometia, em 1999, mais de 28% da população (FGV, 2018).

A época foram criados programas de combate à fome como o Programa de distribuição de cestas básicas (chamado primeiramente de Programa de Distribuição Emergencial de Alimentos - PRODEA, e, posteriormente, rebatizado como Cesta de Alimentos), que atingia diversos grupos vulneráveis e o Bolsa-Alimentação voltado a gestantes, nutrizes e crianças de seis meses até seis anos de idade pertencentes a famílias com renda per capita de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo, pagando R\$ 15,00 por filho, até o limite de três filhos (FGV, 2018).

Em 2002, 15,6 milhões de subnutridos ainda existiam no Brasil, demonstrando uma regressão de 3% com relação a 1999 (CANZIAN, 2006). Com a vitória do PT, tendo como presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a luta contra a fome no Brasil tornou-se prioridade. Apesar de a pobreza ter aumentado durante o primeiro ano de mandato, chegando a 28,16%, em 2014, ao fim do governo petista, os resultados restaram positivos (FGV, 2018).

No governo de Lula, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 047/2003, o direito à alimentação passou a ser considerado um direito social e a constar no texto do artigo 6º da Constituição. A partir de 29 de abril de 2003, data de sua publicação, a vulnerabilidade alimentar passava a ser inconstitucional, ou seja, pela primeira vez na história do Brasil, país que já era marcado pela miséria e pela fome de expressiva parte de sua população, 15 anos depois da promulgação de sua sexta constituição, a alimentação passou a ser um direito universal. Desse modo, diversas políticas públicas foram intensificadas para garantir esse direito recém-adquirido.

O governo Lula foi iniciado em um Brasil marcado pela fome, cerca de quase 9% (FOLHA, 2003) da população encontrava-se em situação de insuficiência alimentar no terceiro ano do novo século. Nesse viés, políticas de combate à pobreza foram intensificadas e instauradas em diversos setores, com destaque para dois programas principais que foram instituídos no que tange ao combate à fome: Fome Zero e o Bolsa Família.

O Bolsa-Família acabou por tornar-se uma versão melhorada do Fome-Zero. Sendo uma política pública de direta transferência de renda aos mais pobres, unindo setores como educação, alimentação e saúde, implementado em 2004, o programa possibilitou que a camada mais vulnerável da sociedade pudesse emancipar-se de políticas paternalistas e, ao colocar como requisito a frequência escolar, em uma medida a longo

prazo, suscitou a possibilidade de ascensão social através dos estudos. Não era mais necessário escolher entre estudar e trabalhar para se alimentar, o jovem poderia ir à escola sem preocupar-se se isso lhe custaria alguma refeição. Entre 2004 e 2012, a taxa de frequência escolar saltou de 47% para 58%, levando em consideração que a cada ano estudado as chances de uma remuneração melhor são maiores, em longo prazo o programa tende a tirar as pessoas da situação de vulnerabilidade através da ascensão social plena (CAVALCANTE, 2016).

Em 2004, segundo o Banco Mundial, quase 5,5 da população estava abaixo da Linha da Pobreza. Em 2006, após 2 anos do início do programa, o contingente é reduzido a 3,5 (FAO, 2009). Somados à tais índices, há, principalmente, a diminuição de brasileiros em situação de insegurança alimentar extrema, que totalizava 5% da população em 2009 (PNAD, 2013).

Não obstante, o maior triunfo do programa é a saída do Brasil do Mapa da Fome. No relatório da Organização para a Alimentação e Agricultura (FAO), produzido e divulgado pela ONU, publicado em 2014, a notícia era que o país havia saído do Mapa da Fome Mundial, após reduzir em 82% o número de pessoas em situação de fome (FAO, 2014, p. 12).

Se, em 1990, 14,8% (PORTAL UNICAMP, *online*) da população era vítima da insegurança alimentar, em 2014, esse número havia sido reduzido para 1,7% (CAMPELLO, 2014). O Brasil foi considerado exemplo mundial no combate à subnutrição e a vitória sobre a fome, segundo a FAO, deveu-se a alguns fatores principais:

Aumento da oferta de alimentos: em 10 anos, a disponibilidade de calorias para a população cresceu 10%; aumento da renda dos mais pobres com o crescimento real de 71,5% do salário-mínimo e geração de 21 milhões de empregos; programa do Governo Federal de Acesso à Renda; 43 milhões de crianças e jovens com refeições; governança, transparência e participação da sociedade, com a recriação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea). (FAO, 2014, p. 12)

No entanto, o estado de abundância alimentar não se mostrou perene. A partir de 2016, houve uma acentuação do número de miseráveis no Brasil e, conseqüentemente, de famintos, situação a qual 1,9 milhões, se tornaram pobres e 1,7 milhões se tornaram extremamente pobres (CASTRO, 2018).

Segundo dados levantados pelo próprio IBGE, em 2018, quase 5% da população brasileira encontrava-se em situação de fome, o que representava algo próximo de 10,3 milhões de famílias (POF, 2018). Ademais, durante os anos de 2019 e 2020, o estado de extrema vulnerabilidade social e alimentar no Brasil também cresceram, em especial, por consequência da pandemia que agravou a crise econômica que já se arrastava desde 2016.

O arrocho no orçamento causado pelo aumento da inflação pôde ser sentido no consumo de carne pelos brasileiros, que caiu de 2019 a 2020. Foram consumidos 4,5 quilos de carne a menos (JORNAL NACIONAL, 2021). Menos dinheiro, menos comida, mais fome. Em 2020, a inflação para as famílias com renda entre 1 e 2,5 salários-mínimos atingiu 6,3%, segundo o IPC-C1 (Índice de Preços ao Consumidor - Classe 1, da FGV). Parte do índice expôs que os preços dos alimentos dispararam 15,4% (FGV, 2020).

Desde 2016, os investimentos no programa Bolsa-Família sofrem uma diminuição, o que também diminuí o número de famílias beneficiadas. Entre 2018 e 2019, 972,2 mil pessoas perderam o benefício. Não obstante, a partir de julho de 2019, havia fila de solicitantes para o programa, que recebeu um expressivo corte no número de beneficiários, cenário que não melhorou em 2020. Ao fim do ano de 2019, estimou-se que 13 milhões de pessoas encontrava-se em situação de extrema pobreza. (ROUBICEK, 2020).

Esse crescimento relaciona-se diretamente as crises e ao corte de auxiliados pela Bolsa Família. Após o ano de 2020, o qual a pandemia de Covid-19 escancarou e acentuou ainda mais as desigualdades existentes no Brasil, mais de 12,8% de brasileiros encontram-se extremamente pobres, o maior índice da década (CANZIAN, 2021).

Como uma tentativa de mitigar a acentuação da crise econômica e o seu impacto nas camadas mais baixas, houve a criação do Auxílio-Emergencial, um repasse de parcelas de R\$600. Esse montante foi repassado a desempregados, autônomos, mães solas e mais alguns grupos de vulneráveis, no entanto, o que deveria apenas garantir a subsistência de parte da população influenciou diretamente o Índice Gini. O referido é um indicador de desigualdade social e, quanto mais perto de 1, maior o nível da desigualdade no país. Em 2020, o índice marcou 0,492, o menor número já registrado no Brasil (ALMEIDA, 2020).

Como Bobbio salienta, uma coisa é o direito no papel, outra coisa é a efetivação desse direito, e, no Brasil, as fragilidades das estruturas

sociais ainda permitem oscilações de políticas públicas que expõem o cidadão à fome e à miséria. Em situações de crise, as consequências caem diretamente no prato do brasileiro, com a COVID-19 não foi diferente.

4 A PANDEMIA DE COVID 19 NO BRASIL E A VIOLAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

A gente insiste em buscar Jesus na Igreja,
mas ele insiste em ir para debaixo do viaduto

- Padre Júlio Lancelotti

De acordo com o Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, realizado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar (Rede PENSSAN), mais da metade da população brasileira foi afetada por situação de insegurança alimentar em níveis leve, moderado ou grave.

Os dados foram coletados no período entre os dias 5 e 24 de dezembro de 2020 e mostram que em 55,2% dos domicílios os habitantes passavam por algum tipo de insegurança alimentar, entre os níveis leve, moderado e grave, sendo que 9% da população estava em nível grave, o que representa 19 milhões de brasileiros passando fome.

A Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, da Fundação Oswaldo Cruz explica que Insegurança alimentar é quando alguém não tem acesso pleno e permanente a alimentos e que, conforme o inquérito divulgado pela (Rede PENSSAN), em números absolutos: no período abrangido pela pesquisa, 116,8 milhões de brasileiros estavam nessa situação de insegurança que abarca muitas outras carências sociais como a insegurança hídrica.

Ainda conforme a análise feita pela Fiocruz, o abastecimento irregular de água aumenta a transmissão pessoa a pessoa da Covid-19 e aumenta a fome em domicílios rurais que passam a ter dificuldade para produção de alimentos. Os sistemas de produção e distribuição de alimentos estão diretamente ligados à questão da soberania alimentar de uma nação.

Blanco e Sacramento, 2021, também alertam sobre a importância compreendermos a própria epidemia como um fenômeno sanitário inscrito em processos históricos anteriores, e, como pode ser observado na trajetória de ações de combate à fome, ao Zica Vírus e à Covid-19:

As epidemias não são fatos desconectados das relações econômicas, políticas e culturais de um país. Ao contrário, é

justamente a imbricação dessas várias esferas que conformam a experiência epidêmica tal como ela é vivenciada e, por isso, faz com que a mesma não tenha o mesmo significado e/ou impacto em todos aqueles que a experienciam (BLANCO; SACRAMENTO, 2021, p. 199).

Os números da desigualdade somados aos exorbitantes números de óbitos por Covid-19 no Brasil mostram que os efeitos da pandemia não se encerram no aparecimento do vírus, mas, longe disso, apontam para a responsabilização do Estado.

As formas e condições de enfrentamento desta doença agudizaram condições políticas, sociais, sanitárias, alimentares e nutricionais, já críticas em diferentes países, trazendo diferentes respostas e formas de mitigação, que no Brasil foram marcadas, no âmbito da inação do governo federal, por uma normalização das condições de precarização da vida, em que se inclui o agravamento de situações de IAN e fome por meio de violações ao DHAA e, no limite, da normalização da morte. (DAUFENBACK; COELHO & BÓGUS, 2021, p. 11).

BÓGUS, *et al* (2021) realizaram um levantamento e uma análise de ações do Estado durante a pandemia, conforme os eixos de ação propostos pelo Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional PLANSAN 2016-2019, e constataram um grave processo de violações aos DHAA principalmente na esfera federal.

Entre as muitas medidas que contribuíram para o aumento das desigualdades e acentuaram as vulnerabilidades de acesso à alimentação: (i) Redução de valor do benefício do auxílio emergencial; (ii) corte de beneficiários; (iii) dificuldade de elaboração de um novo programa de transferência de renda; (iv) cortes e redução no benefício de prestação continuada; (v) demora na adoção das ações; (vi) baixa distribuição de alimentos para índios, quilombolas e assentados; (vii) adoção de diferentes estratégias para fornecer alimentos e mitigar a fome pelos estados; (viii) ausência de ações voltadas à saúde indígena durante a pandemia entre outras.

SCHAPPO (2020) reflete sobre a questão da fome e da insegurança alimentar em tempos de pandemia da Covid-19 e nos remete novamente à contribuição de Josué de Castro (1903-1973), segundo o qual as condições de miséria presentes na realidade brasileira têm raízes profundas na formação sócio-histórica do país e no processo de desenvolvimento capitalista que reforçou as desigualdades sociais. A fome, agravada pela

pandemia, reflete a “negação de necessidades básicas do ser humano, expressando um estágio culminante de violação de direitos”. Assim:

A ausência do direito humano à alimentação envolve não apenas a falta de renda ou da disponibilidade de alimentos, mas de vários outros fatores, como o não acesso ao alimento, a falta de condições adequadas para produzir o alimento, o não acesso à terra, a falta de condições de saúde ou de habitação, entre outras. Efetivar o direito humano à alimentação exige assim medidas que não apenas amenizem a fome, mas que busquem a superação dos fatores geradores desta condição. Tal processo envolve questões que vão além da oferta ou do acesso ao alimento em si ou de um mínimo de renda, demandando estratégias que contribuam para a efetivação do conjunto dos direitos sociais e em uma proteção social que atenda as necessidades básicas do ser humano e não apenas a alimentação (SCHAPPO, 2020, p. 32).

Neste sentido, as medidas de combate à fome devem ser elaboradas a partir de uma compreensão social mais ampla, que aborde também as formas mais sustentáveis de produção e distribuição de alimentos. Daufenback; Coelho & Bógus (2021) destacam o incentivo e o apoio governamental à agricultura produtora de alimentos saudáveis e o acesso a este tipo de alimento, a superação da perspectiva produtivista baseada somente no lucro para outra que promova a reconciliação entre agricultura e natureza, com benefícios à sociedade e ao meio ambiente.

Um dos primeiros relatos da fome no Brasil data de 26 de maio de 1889 no periódico cristão Leituras Religiosas, em um pequeno artigo intitulado A Fome, que denunciou a situação que marcava a província e todo o norte do Império, onde “a população estorce-se nos horrores da fome”. Em 2021, 132 anos depois, a insegurança alimentar ainda se faz presente no Brasil. É indubitável o caráter crônico dessa, mesmo estando assegurado pela Constituição de 1988 o direito universal à alimentação.

CONCLUSÕES

A problemática retratada é a vivida pela população no que tange ao direito à alimentação. Apesar de positivado, esse não se mostra efetivo, posto o expressivo contingente populacional que ainda sofre com mazela da fome.

Durante o ano de 2020, com a acentuação da miséria no país, ficou evidente que o combate à fome não se resume em uma ação simples

e imediata. Ele é marcado pela continuidade de medidas progressivas e processos de gestão por parte do Estado e da manutenção dos direitos fundamentais para uma vida digna.

Direitos que são violados de forma expressiva em situações de crise como a pandemia da Covid-19, que expõe as situações da estrutura social que permitem a violação dos direitos constitucionais. É fundamental, portanto, que a pandemia de Covid-19 seja interpretada como uma questão sanitária social de causas e consequências ligadas às relações econômicas, políticas e culturais de um país e as formas de enfrentamento desta e de outras epidemias deve percorrer as políticas cotidianas de garantia de direitos positivados.

Os dados analisados evidenciam que a omissão ou ineficiência do Estado refletem necessariamente no aumento de vulneráveis e que a fome deve ser combatida além de ações emergenciais de superação de crises, mas na dinâmica dos sistemas sociais. Ademais, ao instituir no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 a erradicação da pobreza e a mitigação das desigualdades sociais, estes se tornaram objetivos do Estado.

Para que a nação brasileira seja um Estado pleno, não há como haver pobreza ou fome. Cabe à figura estatal a responsabilidade de minimizar essa situação de vulnerabilidade alimentar apenas por possuir competência para isso, mas também porque é um requisito de sua existência.

A fome é incompatível com o Estado Democrático de Direito, o Estado Social. Não há como primar à dignidade sem que os alimentos básicos sejam presentes ao cotidiano do povo, o que reforça a necessidade de intervenção da figura do Estado na resolução do problema.

Em suma, a continuidade da fome no Brasil massacra a Constituição Federal no que tange aos artigos 1º, 3º e 6º, pois após 33 anos da promulgação da Constituição Cidadã e quase 20 da positivação do direito à alimentação, é incoerente a existência da fome crônica, o que justifica e escancara a necessidade de ações estatais efetivas que visem mitigar a continuidade do estado de fome. Ao final, evidencia-se que onde há fome não há dignidade e, onde há povo em situação indigna, não há Estado Social Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, B. **Brasil deixou mapa da fome, mas requer ações sobre segurança alimentar**. UNICAMP, 2016. Disponível em: <https://www.cocen.unicamp.br/noticias/id/97/brasil-deixou-mapa-da-fome-mas-requer-aco-es-sobre-seguranca-alimentar>. Acesso em: 17. Mar.2021.

ALMEIDA, C. **Auxílio emergencial reduz pobreza e desigualdade cai a menor patamar da História, mas custo é insustentável**. O Globo, 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/auxilio-emergencial-reduz-pobreza-desigualdade-cai-menor-patamar-da-historia-mas-custo-insustentavel-24589106>. Acesso em: 17. Mar.2021.

ARENDT, H. **Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BANDEIRA, M. **Estrela da vida inteira**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1970.

BARROS, R. P. **Desigualdade e pobreza no Brasil**. Disponível em: <http://rnhpg.godrejseethru.com/1148-51cfb6303.asp>
Acesso em: 22.ago.2021

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

BRASIL. **Emenda Constitucional 047/2003**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/pec-alimentacao/pec-047-2003-senador-antonio-carlos-valadares-psb-se>. Acesso em: 17. Mar.2021.

CALVALCANTE, P. **Por que o Fome Zero fracassou e o Bolsa Família foi bem sucedido?**. Instituto Mercado Popular, 2016. Disponível em: <https://mercadopopular.org/politicas-publicas/o-fracasso-do-fome-zero-e-o-sucesso-do-bolsa-familia/>. Acesso em: 17. Mar.2021.

CAMPELLO, T. **Relatório indica que Brasil saiu do Mapa Mundial da Fome em 2014**. Portal Brasil, 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2014/setembro/relatorio-indica-que-brasil-saiu-do-mapa-mundial-da-fome-em-2014>. Acesso em: 17. Mar.2021.

CANZIAN, F. **Brasil começa 2021 com mais miseráveis que há uma década**. Folha de São Paulo 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/01/brasil-comeca-2021-com-mais-miseraveis-que-ha-uma-decada.shtml>. Acesso em: 17. Mar.2021.

CANZIAN, F. **Fome cresce no mundo, mas regride no Brasil**. Folha de São Paulo, 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2611200329.htm#:~:text=No%20in%C3%ADcio%20dos%20anos%2090,em%20desenvolvimento%2C%20de%2017%25>. Acesso em: 17. Mar.2021.

CASTRO, J. **Geopolítica da fome: ensaio sobre os problemas de alimentação e de população**. 2 volumes. São Paulo: Brasiliense, 1965.

CASTRO, J. R. **Extrema pobreza avança: onde está e quem mais sofre com ela**. Nexo Jornal, 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/12/05/Extrema-pobreza-avan%C3%A7a-onde-est%C3%A1-e-quem-mais-sofre-com-ela>. Acesso em: 17. Mar.2021.

DAUFENBACK, V.; COELHO, D. E. P. ; BÓGUS, C. M. **Sistemas Alimentares e violações ao Direito Humano à Alimentação Adequada: reflexões sobre a pandemia de covid-19 no Brasil**. Segurança Alimentar e Nutricional, Campinas, SP, v. 28, n. 00, p. e021005, 2021. DOI: 10.20396/san.v28i00.8661745. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/san/article/view/8661745>. Acesso em: 14.jun. 2021.

FAO. Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura. **The State of Food Insecurity in the World**. Roma, 2009. Disponível em: <http://www.fao.org/3/i0876e/i0876e.pdf>. Acesso em: 17. Mar.2021.

FAO. Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura. **The State of Food Insecurity in the World**. Roma, 2014. Disponível em <http://www.fao.org/3/i4030e/i4030e.pdf>. Acesso em: 17. Mar.2021.

FAO. Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura. **Avaliação do direito à alimentação**. Roma, 2014. Disponível em: <http://www.fao.org/3/i3454o/i3454o.pdf>. Acesso em: 17. Mar.2021.

IBGE. **Pesquisa de Orçamentos Familiares**. Agência Brasil 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28896-pof-2017-2018-proporcao-de-domicilios-com-seguranca-alimentar-fica-abaixo-do-resultado-de-2004>. Acesso em: 17. Mar.2021.

IBGE. PNAD: insegurança alimentar nos domicílios cai de 30,2% em 2009 para 22,6% em 2013. Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas: [2013]. Disponível em: [https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=2798&t=pnad-inseguranca-alimentar-domicilios-cai-30-2-2009-22-6-2013&view=noticia#:~:text=Entretanto%2C%20na%20%2C%20A%20rea%20urbana%2C%20a,%2C8%25%20em%202009\).](https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=2798&t=pnad-inseguranca-alimentar-domicilios-cai-30-2-2009-22-6-2013&view=noticia#:~:text=Entretanto%2C%20na%20%2C%20A%20rea%20urbana%2C%20a,%2C8%25%20em%202009).) Acesso em: 17. Mar.2021.

IBGE. Pesquisa de Orçamentos Familiares. Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas: 2002-2003. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv81847.pdf>. Acesso em: 17. Mar.2021.

IBGE. Pesquisa de Orçamentos Familiares, 2017-2018. Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, set. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-09/ibge-inseguranca-alimentar-grave-atinge-103-milhoes-de-brasileiros#:~:text=Publicado%20em%2017%2F09%2F2020,lares%2C%20em%202017%2D2018>. Acesso em: 17. Mar.2021.

IBRE. Índice de Preços ao Consumidor. Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2021-01/ipc-c1-dez20-fgv-press-release_0.pdf. Acesso em: 17. Mar.2021.

INQUÉRITO NACIONAL SOBRE INSEGURANÇA ALIMENTAR NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19. Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. Disponível em: <http://olheparaafome.com.br>. Acesso em: 14.jun.2021.

INSEGURANÇA ALIMENTAR E COVID-19 NO BRASIL. A Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, da Fundação Oswaldo Cruz, 2021. Disponível em: <https://dssbr.ensp.fiocruz.br/inseguranca-alimentar-e-covid-19-no-brasil>. Acesso em: 14.jun.2021

JESUS, C. M. Quarto de despejo – diário de uma favelada. São Paulo: Francisco Alves, 1960.

BLANCO, L. F.; SACRAMENTO, J. Pós-pandemia ou a “endemiação do (extra)ordinário”? Uma análise comparativa entre as experiências com a fome, Zika vírus e Covid-19 no Brasil. Horizontes Antropológicos. Porto Alegre, a. 26, n. 59, 183-206, jan./abr., 2021. Disponível em: <https://journals.openedition.org/horizontes/5065>. Acesso em: 14.jun.2021.

MUNDIAL, B. **Extreme poverty**. Outubro, 2020. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/poverty/overview>. Acesso em 17. Mar.2021.

MONTESQUIEU, C. L. S. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

GLOBO. **Consumo de carne bovina no país cai pelo segundo ano seguido**. Jornal Nacional. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/02/06/consumo-de-carne-bovina-no-pais-cai-pelo-segundo-ano-seguido.ghtml>. Acesso em: 17. Mar.2021.

NEAD. **O Censo Agropecuário e a agricultura familiar no Brasil**. [S. l.]: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2006. Disponível em: <https://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/agro/dwn/CensoAgropecuario.pdf>. Acesso em: 17. Mar.2021.

NERI, M. **Qual foi o impacto da crise sobre a pobreza e a distribuição de renda?** . Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em: https://www.cps.fgv.br/cps/bd/slides/SLIDE-NOTA-Dis_Pobreza_Desigualdade_Crise_Neri_FGV_Social_FGV.pdf. Acesso em: 17. Mar.2021.

ROUBICEK, Marcelo. **A fila do Bolsa Família. E a redução de beneficiários**. Nexo Jornal, 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/02/23/A-fila-do-Bolsa-Fam%C3%ADlia.-E-a-redu%C3%A7%C3%A3o-de-benefici%C3%A1rios>. Acesso em: 17. Mar.2021.

SCHAPPO, S. **Fome e insegurança alimentar em tempos de pandemia da covid-19**. SER Social, [S. l.], v. 23, n. 48, p. 28–52, 2021. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/32423. Acesso em: 14.jun. 2021.

USP. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5150151/mod_resource/content/1/Declarac%C3%A7%C3%A3o%20direitos%20homem%20cidadao%20Franc%C3%A7a.pdf. Acesso em: 17. Mar. 2021.

CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ: UN ESTUDIO SOBRE EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA JUDICIALIZACIÓN AUTÓNOMA DE DESCA

CASO LAGOS DEL CAMPOS VS. PERÚ: UM ESTUDO SOBRE A MUDANÇA DE PARAGIDMA NA JUDICIALIZAÇÃO AUTÓNOMA DOS DESCA

Sidney Guerra*

Krúpskaya Ugarte**

Thainá Mamede***

SUMARIO: Introducción. 1. Hechos del caso y excepciones preliminares. 2. Fundamentos jurídicos de la Sentencia de Fondo. a. En nivel de la Comisión Interamericana b. Derechos violados c. Línea de tiempo del caso en fase de la Corte IDH 3. El cambio de paradigma en los DESCA a. Protección de los DESCA antes de Lagos Del Campo b. Protección de los DESCA después de Lagos Del Campos c. Votos de los Jueces del Caso Lagos Del Campos 4. Reparación y Costa. Conclusiones.

* Postdoctorado en el Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES). Posdoctorado del Programa Avanzado en Cultura Contemporánea de la Universidad Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Posdoctorado del Universidad Mackenzie- SP. Profesor invitado – Stetson University – EUA. Profesor Titular de la Universidad Federal do Rio de Janeiro. Profesor Permanente del PPGD (Doctorado y Maestría) de la Universidad Federal do de Rio de Janeiro y do PPGD (Maestría) na Universidad Cândido Mendes. Coordinador del Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional Ambiental (LEPADIA) y del Grupo de Pesquisa em Direito Internacional (GPD/UF RJ). Editor da INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ. E-mail: sidneyguerra@terra.com.br.

** Doctora por la Universidad Carlos III de Madrid – España (CUM LAUDE), conmencción em Derechos Fundamentales. Es Docente titular de la Cátedra de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Perú. Ex – Abogada Senior de la Procuraduría Pública Especializada Supranacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Perú, responsable de la Carpeta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*** Estudiante de Maestría en Derecho en Universidad Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialización en Derechos Humanos de la Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Puc-Rio). Investigadora de Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional Ambiental (LEPADIA). Coordinator de la Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ (Clínica IDH/UFRJ).

Artigo recebido em 01/02/2021 e aceito em 01/02/2021.

Como citar: GUERRA, Sidney; UGARTE, Krúpskaya; MAMEDE, Thainá. Caso Lagos del Campo vs. Perú: un estudio sobre el cambio de paradigma en la judicialización autónoma de Desca. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 24, n. 40, p. 209-234, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

RESUMEN: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha desarrollado un amplio órgano de decisión en materia de derechos civiles y políticos, sin embargo, en relación a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, aún tendría una posición tímida. En principios de la década de 2000, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) empezó a reconocer la importancia de los derechos sociales en sus sentencias, protegiendo los indirectamente a través de los derechos civiles y políticos. En 2017, 38 años después de la creación de la Corte Interamericana, la Corte, por la mayoría de sus jueces, declaró por primera vez la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En este sentido, el presente estudio, tiene como objetivo analizar el caso Lagos del Campo vs. Perú para demostrar cómo ocurrió el cambio el entendimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia.

Palabras clave: judicialización. DESCA. Corte IDH. derechos sociales.

RESUMO: O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) desenvolveu um grande acervo decisório sobre os direitos civis e políticos, no entanto, em relação aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais ainda tinha um posicionamento tímido. No início dos anos 2000, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) passou a reconhecer a importância dos direitos sociais em seus julgados, protegendo de maneira indireta por meio de direitos civis e políticos. Em 2017, depois de 38 anos da criação da Corte IDH, o Tribunal pela maioria dos seus juizes declarou pela primeira vez a violação do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Nesse sentido, o presente estudo, tem como objetivo analisar o caso Lagos Del Campos vs. Peru para demonstrar como ocorreu a mudança de entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o assunto.

Palavras-chave: judicialização. DESCA. Corte IDH. direitos sociais.

INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte Interamericana) se presenta como una institución judicial independiente y autónoma cuya función es aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo tanto es un tribunal cuya finalidad primordial es resolver los casos que se presenten en virtud de presuntas violaciones a los derechos humanos protegidos por la Convención Americana (CADH)¹.

Sin duda, la Convención Americana, compuesta por 82 artículos, se presenta como el eje normativo y institucional de todo el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) y contempla diversos derechos inherentes a la persona humana. Sin embargo, en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales², fue más tímido, al disponer en el Capítulo III, que trata de la materia, un artículo único³, complementado *a posteriori* en virtud del Protocolo

¹ Ver por cierto GUERRA, Sidney. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade. 3. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 143

² Los derechos relacionados con el medio ambiente fueron incluidos expresamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y se creó la Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la CIDH.

³ Artículo 26. Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional,

Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el "Protocolo de San Salvador".

Al respecto, a lo largo de los años se han realizado diversos cuestionamientos sobre la posibilidad de que la Corte Interamericana se pronuncie sobre los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención, habiéndose expresado explícitamente al respecto recién en 2009, en el caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú⁴. Sin embargo, fue solo en el caso Lagos del Campo vs. Perú que el asunto cobró impulso en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, al promover un cambio robusto no solo en el nivel jurisprudencial, sino también en la concreción de los derechos antes mencionados.

En este sentido, el presente estudio, cuyo método de abordaje será inductivo, tiene como pretensión analizar el caso Lagos del Campo vs. Perú para demostrar cómo ocurrió el cambio de entendimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia.

1 HECHOS DEL CASO Y EXCEPCIONES PRELIMINARES

En el 31 de agosto de 2017 se emitió la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana en el caso Lagos del Campos vs. Perú, presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por la Comisión Americana de Derechos Humanos (CIDH) el 28 de noviembre de 2015. El caso es emblemático por ser el primer caso de la Corte Interamericana basado en la necesidad de protección internacional de derechos sociales y culturales (DESCA)⁵ especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

⁴ “En el caso que ahora me ocupa, el Tribunal ha avanzado, hasta donde lo estimó practicable, en consideraciones relativas a los DESC. Desde luego, reafirmó su competencia -que debe quedar bien establecida- para pronunciarse en torno a posibles incumplimientos del artículo 26. Esta materia se halla en el ámbito de las cuestiones concernientes a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, cuyo conocimiento y solución incumben a este Tribunal” Disponible en https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Disponible en: 28/06/2021

⁵ Para GUERRA, Sidney. Curso de direitos humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 77: “Los derechos de segunda generación corresponden a los derechos sociales, económicos y culturales que resultan de la superación del individualismo posesivo derivado de las transformaciones económicas y sociales ocurridas a fin de siglo XIX y principios del XX, especialmente debido a la crisis de las relaciones sociales derivadas de los liberales. modos de producción, acelerados por las nuevas formas traídas por la

con base autónoma en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el capítulo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y denominado desarrollo progresivo.

La CIDH denunció al Estado peruano que tendría violado los artículos 8.1 (Derechos a las Garantías Judiciales) y el artículo 13 (Libertad de Expresión) de la CADH en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber adoptar las disposiciones de la legislación interna) y 16.1 (Libertad de asociación) del mismo instrumento, en perjuicio del señor Alfredo Lagos Del Campos. Cabe señalar que en este primer momento no hubo alegato del artículo 26 de la CADH.

Alfredo Lagos del Campos hizo públicas las denuncias sobre situaciones irregulares en las elecciones de la Comunidad Industrial⁶ en la entrevista para la revista "La Razón". Lo fato ocurre cuando Alfredo era presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli, y en ella denunció, *inter alia*, que el Directorio de la empresa presuntamente utilizó "chantaje y coacción" para realizar "elecciones fraudulentas", esto es, fuera del Comité Electoral⁷.

Tras su renuncia, el señor Lagos ha interpuesto una demanda el 26 de julio de 1989 ante el Décimo quinto Juzgado Laboral de Lima, en la que solicitó que se calificara su renuncia como "improcedente e injustificada" (CORTE IDH, 2017, pár. 22). Todavía el señor Lagos realizó todo el trámite de revisión de la decisión aun cuando hubo reformas en el procedimiento interno del Perú. Incluso, afirmó que su entrevista se basó en el derecho a la libre expresión y las prerrogativas de su actividad como representante de los trabajadores. Por lo tanto, la solicitud fue presentada al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Com respecto a las excepciones preliminares, el Estado solicitó a la Corte IDH que comprobé el status legal de las cuestiones procesales: (i) control de legalidad sobre el informe de admisibilidad

Revolución Industrial.”

⁶ La figura de la Comunidad Industrial fue incorporada a la normativa peruana el 27 de julio de 1970, fecha de aprobación de la Ley General de Industria (Decreto Ley 18350). El artículo 23 de esta norma establecía que la Comunidad Industrial era una persona jurídica que nacía en una industria, como representación del grupo de trabajadores que, en jornada completa, laboraban en ese lugar, y cuyos objetivos fueron establecidos por Decreto Ley. 18.384. A través de esta figura, los trabajadores participaron en la propiedad, administración y ganancias de la empresa. La dirección y administración de la Comunidad Industrial estuvo a cargo de la Asamblea General y del Consejo Comunitario. La Asamblea General quedó constituida como la autoridad suprema de la Comunidad y estuvo integrada por los trabajadores (párrs. 37 y 40). Sobre el proceso de selección, véanse los párrafos 42 y 43.

⁷ Para obtener más información sobre la entrevista, consulte el párrafo 51.

de la CIDH relativo al presente caso; (ii) ausencia del agotamiento de los recursos internos con relación a la alegación de la falta de debida motivación de las resoluciones judiciales. (iii) observaciones a la debida inclusión del artículo 16 en el Informe de Fondo de la CIDH; (iv) falta de competencia de la Corte IDH para asumir un rol de cuarta instancia; (v) observaciones al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas con relación a la delimitación de la controversia jurídica; (vi) indebida inclusión de presuntas víctimas adicionales en el ESAP. En respuesta, la Corte IDH las abordó como excepciones preliminares que fueron desestimadas o declaradas improcedentes.

2 FUNDAMIENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA DE FONDO EN NIVEL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de fecha 28 de noviembre, somete el Caso Lagos del Campo Vs. Perú. En las Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, la Corte dice:

1. “De acuerdo con la Comisión, el caso se relaciona con el despido del señor Alfredo Lagos del Campo el 26 de junio de 1989 como consecuencia de manifestaciones realizadas siendo presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de empresa Ceper-Pirelli [...] la decisión de despido fue confirmada por los tribunales nacionales del Perú. Además, “[l]a Comisión determinó que el despido [...] constituyó una injerencia arbitraria en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión [...]”.

En el siguiente cuadro podemos ver el trámite a nivel de la CIDH:

Trámite ante la Comisión	
Petición.	El 5 de agosto de 1998.
Informe de Admisibilidad.	El 1 de noviembre de 2010.
Informe de Fondo.	El 21 de julio de 2015.
Notificación al Estado.	El 28 de agosto de 2015.
Informe de cumplimiento.	El 29 de octubre de 2015.

Cuadro de elaboración propia

La CIDH solicita al Estado que concluya declarando la RIE (Responsabilidad Internacional del Estado) por la violación de los derechos señalados en su Informe de Fondo, en perjuicio del señor Lagos del Campo.

Además, solicitó que ordenara al Estado, como medidas de reparación, las recomendaciones contenidas en el mismo (supra pár. 4).

3 DERECHOS VULNERADOS

En la Sentencia, la Corte IDH considera que el Estado peruano violó la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus siguientes artículos:

Artículo 25 (Derecho a la protección judicial).

Artículo 8 (Garantías judiciales).

Artículo 26 (Derecho a la estabilidad laboral).

Artículo 13 (Derecho a la libertad de pensamiento y expresión).

Artículo 16 (Derecho a la libertad de asociación).

Las consideraciones de la Corte IDH en el Caso Lagos del Campo en relación con la la libertad de expresión en jugo laborales, pueden desprenderse de los siguientes párrafos:

8. La Corte ha indicado que dicha norma protege el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Asimismo, ha señalado que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos [...]. Este Tribunal ha afirmado que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión, en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Es por ello que, a la luz de ambas dimensiones, la libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (CORTE IDH, 2017, pár. 88).

Asimismo, se puede extender el contenido en los siguientes párrafos de la Sentencia Lagos Del Campo:

[...] la Corte ha sostenido que la libertad de expresión es indispensable para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática. “Es también conditio sine qua non para que [...] los sindicatos [...] y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente”. En este sentido, la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser (supra párrs. 90 a 91).

En el caso de la libertad de expresión, cuyo ejercicio real y efectivo no depende simplemente del deber del Estado de abstenerse de cualquier injerencia, sino que puede requerir medidas positivas de protección incluso en las relaciones entre las personas. En efecto, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluso frente a ataques provenientes de particulares (supra párr. 93).

Es por ello que en el ámbito laboral, la responsabilidad del Estado se puede generar bajo la premisa de que el derecho interno, tal como fue interpretado en última instancia por el órgano jurisdiccional nacional, habría convalidado una vulneración del derecho del recurrente, por lo que la sanción, en último término, deriva como resultado de la resolución del tribunal nacional, pudiendo ello acarrear un ilícito internacional (supra párr. 94).

Con el diálogo supranacional, la Corte IDH en la Sentencia *Lagos del Campo vs. Perú*, hace referencia a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sostenido: [... la libertad de expresión, se impone no sólo en las relaciones entre empleador y empleado cuando éstas se rigen por el derecho público, sino que a la vez pueden aplicarse cuando estas relaciones son de derecho privado”. En nivel de la Corte IDH, [...se reafirma que el ámbito de protección del derecho a la libertad de pensamiento y expresión resulta particularmente aplicable en contextos laborales como el del presente caso, respecto del cual el Estado debe no sólo respetar dicho derecho sino también garantizar, a fin de que los trabajadores o sus representantes puedan también ejercerlo. Es por ello que, en caso en que exista un interés general o público, se requiere de un nivel reforzado de protección de la libertad de expresión,

y especialmente respecto de quienes ejercen un cargo de representación”] (supra párrs. 95 a 96).

La Corte IDH se pronunció al respecto a las declaraciones de Lagos del Campo y estableció que los hizo bajo el principio de inmediatez, conforme se puede ver tasar:

[F]ueron prestad[a]s en [su] calidad de Presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial CEPER, estando directa y exclusivamente relacionadas con asuntos internos de interés comunero, como son las irregularidades producidas en el proceso electoral [...] que por lo demás habían sido denunciadas por los propios trabajadores comuneros y que habían sido verificadas por la Oficina General de Participación del Ministerio de Industrias (supra párr. 106).

La Corte IDH reflexiona que:

Casa Lago Del Campo.	“El señor [...] al ocupar el cargo de Presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa, para el cual había sido elegido por la Asamblea General, [...] conformada por todos los miembros de la comunidad industrial, (todos los trabajadores de la empresa). Cuya función consistía en llevar a cabo las elecciones de los miembros del Consejo de la Comunidad, y de los representantes ante el Directorio de la empresa, indudablemente ocupaba un cargo de representación de los intereses de los trabajadores en la empresa”.
	El señor [...] ejercía también representación ante la CONACI.
	Las manifestaciones que realizó al diario La Razón, se desprenden la denuncia de supuestas irregularidades en el proceso de elecciones internas, las cuales realizó como Presidente del Comité encargado de regular dicho proceso” (supra. párr.107).

Cuadro elaboración propia

Adelante destas cuestiones, la Corte IDH confirma que la víctima realizó:

[...] dichas manifestaciones en su calidad de representante de los trabajadores y en el marco del ejercicio de sus competencias como Presidente del Comité Electoral”. Asimismo, agrega que: “[...] La Corte ha señalado que el artículo 13 de la Convención protege expresiones, ideas o información “de toda índole”, sean o no de interés público.

No obstante, cuando dichas expresiones versan sobre temas de interés público, el juzgador debe evaluar con especial cautela la necesidad de limitar la libertad de expresión”. En ese sentido, “[...] La Corte ha considerado de interés público aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes. (supra párrs. 108, 109 y 110).

La Corte IDH, en el caso de estudio, considera que la información sobre el ámbito laboral, es de interés público, lo que se puede comprobar de la sentencia en los siguientes párrafos:

[...] Deriva en un interés colectivo para los trabajadores correspondientes, y con un alcance especialmente general cuando atiende aspectos relevantes, por ejemplo, respecto de un gremio determinado, y más aún, cuando las opiniones trascienden al ámbito de un modelo de organización del Estado o sus instituciones en una sociedad democrática”. “La Corte estima que, en principio, las manifestaciones orientadas a promover el correcto funcionamiento y mejoramiento de las condiciones de trabajo o reivindicación de los trabajadores, representa en sí mismo un objetivo legítimo y coherente en el marco de las organizaciones de trabajadores. (supra párrs. 111 y 114).

[...] las manifestaciones del señor Lagos del Campo, como representante de los trabajadores, además de rebasar el ámbito privado, tenían una relevancia o impacto tal como para trascender no sólo el interés colectivo de los trabajadores de la empresa sino del gremio (de comuneros) relacionado con las Comunidades Industriales en general. Por tanto, [...] las declaraciones del señor Lagos del Campo eran de interés público y por ende contaban con un nivel reforzado de protección (supra pár. 116).

[...] respecto [...] de las declaraciones publicadas en la revista La Razón, la Corte recuerda que la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales [...]”. Sin perjuicio de lo anterior, no pasa inadvertido por la Corte que los límites de la crítica

admisible son menos amplios respecto de los particulares, en lo general, que respecto de los políticos y los funcionarios en el ejercicio de sus funciones. (supra pár. 117).

De las manifestaciones publicadas en la entrevista [...] el objetivo del señor Lagos del Campo era denunciar las alegadas irregularidades, es decir, de informar sobre una situación, que a criterio de [de la CIDH...] vulneraba los intereses que él representaba, acompañados quizás de comentarios críticos u opiniones. Por el contrario, del contenido de tales expresiones en el presente contexto no se denota que tuvieran un manifiesto ánimo injurioso, difamatorio, vejatorio o doloso en contra de alguna persona en particular o que tendieran a afectar el producto de la empresa. Si bien la publicación contenía particulares expresiones altisonantes sobre la situación denunciada, estas no revestían una entidad tal que traspasara el umbral de especial protección del carácter de las denuncias expuestas en el marco del referido context. (supra pár. 118).

La Corte, valora el interés público con los siguientes elementos:

[...] i) el artículo en comento fue publicado en el marco de un conflicto laboral de carácter interno con motivo de presuntas irregularidades en el proceso electoral [...];

ii) el señor Lagos del Campo señaló en la entrevista publicada que “continuaría luchando por esas denuncias y hacía un llamado a los trabajadores a cerrar filas y hacer respetar sus derechos y obligaciones que les confería la ley [...] se desprende el carácter colectivo de sus manifestaciones;

iii) las Comunidades Industriales en el Perú, tenían como objetivo, entre otros, promover la participación de los trabajadores en el patrimonio de la empresa, así como la adecuada distribución de los beneficios;

iv) dentro de las manifestaciones se hizo alusión la intervención de la Dirección General de Participación del Ministerio de Industria;

v) el medio de comunicación buscó entrevistar al señor Lagos del Campo y difundió la entrevista en un medio de comunicación escrita, al considerar que atendía cuestiones de relevancia para la sociedad interesada... (supra pár. 115).

Respecto a la Legalidad y finalidad en el presente caso, la Corte IDH expresa:

[...] que el Estado avaló una restricción al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Lagos del Campo, a través de una sanción innecesaria en relación con el fin perseguido y sin una debida motivación. Lo anterior debido a que, de acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existió una necesidad imperante que justificara el despido del señor Lagos del Campo. En particular, se restringió su libertad de expresión sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público, en el marco de sus competencias, las cuales estaban protegidas además por su calidad de representante de los trabajadores como Presidente del Comité Electoral [...] (supra pár. 132).

En atención a la estabilidad laboral como derecho protegido, determina que:

[...] la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA (supra párrs. 141 y 143).

La Corte concluye que, con motivo del despido arbitrario del señor Lagos del Campo, se le privó de su empleo y demás beneficios derivados de la seguridad social, ante lo cual el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo (supra pár. 153).

La Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto

y garantía a los Estados. Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este. (supra pár. 154).

Sobre la libertad de asociación, expresa la Corte IDH:

El artículo 16.1 consagra el derecho de las personas de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. El derecho de asociación se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente en la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando estos sean legítimos. [...] El Tribunal además ha observado que de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones a dicha libertad; estas obligaciones positivas deben adoptarse incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita (supra pár. 155).

Con relación al Acceso a la Justicia (artículos 8 y 25 de la Convención Americana):

La Corte ha señalado que “los artículos 8 y 25 de la Convención también consagran el derecho al acceso a la justicia, norma imperativa del Derecho Internacional”. Asimismo, el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral [...]” Asimismo, señala: “Como ya fue mencionado, tanto la Constitución Política de 1979 como la de 1993 de Perú, y la ley laboral al momento de los hechos, reconocían explícitamente el derecho a la estabilidad laboral (supra párrs. 174 y 175).

[...] La Corte ha trazado un estrecho vínculo entre los alcances de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. De esta manera, se ha establecido que los Estados tienen la obligación de diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la cabal protección

de los derechos humanos, pero también la obligación de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas y deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal [...] (supra pág. 176).

Respecto al acceso a la justicia, la [...] Corte vuelve a decir que el deber de los Estados de asegurar la efectividad de dichos recursos con las garantías adecuadas y con las reglas del debido proceso legal”. También ha dicho “La Corte nota que a nivel interno el señor Lagos del Campo interpuso al menos siete recursos judiciales y varias solicitudes ante los órganos judiciales de Perú, los cuales fueron todos negados por distintos motivos procesales, mediante los cuales intentó dejar sin efectos la Sentencia que avaló el alegado despido injustificado, haciendo alusión particular a sus derechos constitucionales a la estabilidad laboral y el debido proceso”. Asimismo, señala que: “[... si bien el recurso de amparo estaba diseñado para tutelar los derechos constitucionales, en el presente caso, la falta de consideración de los derechos a la estabilidad laboral y debido proceso, impidieron que el recurso de amparo pudiera producir el resultado para el cual fue concebido”]. (supra párrs. 180, 181 y 182).

“La Corte recuerda que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención, constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte. En ese sentido, debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”. (supra pág. 188).

Finalmente, como un argumento fuerza, la Corte IDH, agrega que:

“Resulta relevante mencionar que la sanción establecida en el caso fue la máxima conminada por las normas del derecho del trabajo, que es el despido justificado o legal, en que a título sancionatorio se hace cesar la condición misma de trabajador, o sea, se lo expulsa de una categoría y se le priva de un derecho fundamental y en ocasiones indispensable para la supervivencia y realización de otros derechos. La lesión arbitraria a la estabilidad laboral es susceptible de afectar

incluso la propia identidad subjetiva de la persona e incluso trascender, afectando a terceros vinculados. Si bien todo despido importa una sanción de máxima gravedad, se destaca que en algunos casos se presenta con particulares caracteres sancionatorios de mayor o especial gravedad, que requieren ampliamente una protección judicial. En el presente caso, la particular gravedad sancionatoria del despido se halla en el reforzamiento de la estabilidad laboral con la condición de representante democráticamente electo de la persona afectada y con la violación del derecho a expresar libremente sus ideas”. (supra párrs. 189 y 190).

3.1 Línea de tiempo del caso en fase de la corte IDH

Esta línea de tiempo hubieron permitido los actuados adelante a la CIDH en el caso bajo análisis del artículo.

PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	
Notificación al Estado y a los representantes.	El 15 de febrero de 2016.
Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.	El 15 de abril de 2016.
Escrito de contestación.	El 27 de junio de 2016.
Observaciones a las excepciones preliminares.	El 14 y 16 de agosto de 2016.
Fondo de Asistencia Legal de las Víctimas.	Ver Resolución del Presidente⁸.
Audiencia pública.	El 7 de febrero de 2017.
Alegatos y observaciones finales escritas.	El 8 de marzo de 2017.
La Secretaria de la Corte remitió los anexos a los alegatos finales escritos y solicitó a las partes y a la Comisión las observaciones que estimaren pertinentes.	El 9 de marzo de 2017.

⁸ “Mediante Resolución del Presidente de la Corte de 14 de julio de 2016 se declaró procedente la solicitud interpuesta por la presunta víctima, a través de sus representantes, para acogerse al Fondo de Asistencia de la Corte”. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. párr. 9. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.

Los representantes presentaron observaciones sobre algunos anexos.	El 20 de marzo de 2017.
Erogaciones en aplicación del Fondo de Asistencia.	El 7 de abril de 2017.
Deliberación del presente caso.	El 18 de mayo de 2017. El 29 de agosto de 2017.

Cuadro de Elaboración propia

4 EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LOS DESCA

4.1 Protección de los DESCs antes de Lagos Del Campos

Es importante señalar el panorama general de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el marco normativo interamericano en el caso analizado en este artículo. La protección de los DESCA se dio por la vía de la justiciabilidad indirecta, por ejemplo, mediante la conexidad entre los DESCA y los derechos como los civiles y políticos; mediante la aplicación directa del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos - Protocolo de San Salvador (PSS), mediante derechos que aplican transversalmente a toda la Convención entre otros desarrollos.

Se puede decir que el marco normativo de los DESCA se encuentran en los documentos: (i) Carta de la OEA de 1948, Protocolo de Buenos Aires, 1967; (ii) DADDH, 1948; (iii) CADH, 1979: artículo 26 y 29; iv) Protocolo de San Salvador. El Protocolo de San Salvador (Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales) afirma en su preámbulo “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos”. Del artículo 19.6 del Protocolo se puede decir que solo los derechos sindicales (artículo 8.a) y el derecho a la educación (artículo 13) pueden utilizar el Sistema de casos directamente.

Sin embargo, aún sea incluso estas disposiciones normativas en el protocolo, es necesario analizar la jurisprudencia de la Corte IDH. Las sentencias previas a 2017 que se aproximaron al artículo 26 del CADH son: *Cinco Pensionistas vs. Perú* (CORTE IDH, 2003, 148) y *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (CORTE IDH, 2009, 106). En los dos casos son

reconocidos derechos conexos a la seguridad social. No obstante, la Corte considera oportuno desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en Perú, en el marco del caso. Se destaca el siguiente apartado del caso *Cinco Pensionistas*:

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

Todavía, en el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (CORTE IDH, 2009, 106):

Por lo tanto, teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis no es alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales, el Tribunal considera que los derechos afectados son aquellos protegidos en los artículos 25 y 21 de la Convención y no encuentra motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de dicho instrumento. De esta manera, el Tribunal se remite a lo decidido anteriormente respecto de las consecuencias jurídicas que ha tenido dicho incumplimiento y falta de pago en relación con la violación del derecho a la protección judicial (supra párrs. 69 a 79) y a la propiedad privada (supra párrs. 84 a 91).

Hay otros casos que se pueden mirar por su contenido, como el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (CORTE IDH, 2004, 255), *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) y *NinasYean y Bosico vs. República Dominicana* (2005). Por ejemplo, en el caso *NinasYean y Bosico*:

"Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención

Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual (CORTE IDH, 2005, Párr. 185)"

En los últimos años, la Corte IDH dio un giro en su aproximación al momento de decidir casos en materia de DESC con Lagos del Campos vs. Perú, el cual es un caso paradigmático del reconocimiento autónomo del artículo 26 de la CADH, donde declaró la responsabilidad internacional de Perú por la violación directa del artículo 26 de la CADH.

4.2 Protección de los DESC después de Lagos Del Campos

Sin duda, la sentencia es histórica y demuestra un gran paso jurisprudencial, pero hay muchas críticas sobre el momento en que la Corte optó por afirmar la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, incluso con el uso del principio *iura novit curia*. Este principio tiene que ver con su decisión en fundamentos con lo que fue dicho por las partes o CIDH. Por lo tanto, existen críticas sobre si este sería el mejor momento para declarar.

De la lectura conjunta del artículo 26 de la CADH con la Carta de la OEA (45, 46 34) se deriva la existencia de los DESC entendidos como derechos autónomos justiciables, incluye a la Declaración Americana (OC-10/89 y artículo 29.d CADH). Así, el contenido y alcance de dichos DESC se puede ser hecha con miras del *corpus iuris* internacional interamericano pertinente.

Entre los argumentos a favor de la judicialización: i) interpretación evolutiva del art. 26 de la CADH; (ii) indivisibilidad e interdependencia del PDD y DESC; (iii) el Protocolo de San Salvador no prohíbe a la Corte pronunciarse sobre la violación del art. 26 de la CADH; y (iv) la mera existencia del art. 19.6 del Protocolo de San Salvador no limita la competencia de la Corte Interamericana. Y los argumentos en contra: i) art. 26 de la CADH no reconoce derechos, sino solo la obligación de los Estados de desarrollar progresivamente los DESC; ii) los Estados ratificaron la CADH sometiéndolo únicamente al seguimiento de las DCP

y no hubo propuesta en los debates entre los Estados cuando se adoptó la Convención para incluir la DESCAs en el régimen de protección previsto para las DCP; iii) los Estados ratificaron el Protocolo de San Salvador aceptando la judicialización directa de solo algunos derechos sociales.

4.3 Votos de los Jueces del Caso Lagos Del Campos

El tema de DESCAs no es un tema pacífico en la Corte Interamericana, incluso depende de la comprensión por parte del juez. En este punto, cabe destacar la decisión final sobre el caso. El propósito de este apartado es brindar ideas generales sobre las votaciones, aunque se recomienda que estas sean leídas con atención. Por unanimidad, a Corte declara que:

4. El Estado es responsable por la violación a los derechos a la libertad de pensamiento y expresión y garantías judiciales, reconocidos en los artículos 13.2 y 8.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo, en los términos de los párrafos 88 a 132.

7. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la protección judicial y las garantías judiciales, de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo, en los términos de los párrafos 170 a 191 de la presente Sentencia.

8. El Estado no es responsable por la violación al artículo 2 de la Convención, respecto del inciso h) del artículo 5 de la Ley 24514 y el artículo 25 del Decreto Legislativo No. 728, en los términos de los párrafos 164 a 165 de la presente Sentencia.

En relación con el artículo 26, fueron cinco votos a favor y dos en contra. Veamos:

5. El Estado es responsable por la violación al derecho a la estabilidad laboral, reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo, en los términos de los párrafos 133 a 154 y 166 de la presente Sentencia. 6.

El Estado es responsable por la violación al derecho a la libertad de asociación, reconocido en los artículos 16 y 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13 y 8 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del

Campo, en los términos de los párrafos 155 a 163 de la presente Sentencia.

Disienten los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto(CORTE IDH, 2017, 184).

El Juez Roberto F Caldas, en su voto razonado, declaró "que de claro que la Corte Interamericana hace mucho tiempo protege también los DESCAs. El Tribunal lo venía haciendo como derecho secundario o indirecto de un derecho civil o político, cuando en muchos casos, en verdad, era el principal derecho reivindicado" (CORTE IDH, 2017). También reconoció la facultad de la Corte Interamericana para interpretar estos derechos:

Si bien la Convención Americana que nos compete interpretar es de 1969, la posibilidad que esbozó en su texto para ser interpretada de manera evolutiva respecto de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia, cultura y medio ambiente, contenidas en la Carta de la OEA a la luz del artículo 29 convencional, fue de gran relevancia para que hoy en día podamos estar dando finalmente un paso más en la consolidación de la interdependencia e integralidad de los derechos humanos.

El Juez Eduardo Ferrer destacó que la Corte IDH ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Esta es una interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹. Se señala su comprensión sobre el tema desde siempre:

A través de una interpretación evolutiva y apartándose de su jurisprudencia tradicional, la Corte IDH le otorga un nuevo contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, leído a la luz del artículo 29 del mismo instrumento. Así, dicho artículo no es meramente una norma programática para los Estados Parte de la Convención Americana, sino que constituye una disposición que impone a este Tribunal Interamericano la obligación de remitirse a la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante "la Carta

⁹ Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114; y Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 245.

de la OEA”) para lograr la plena efectividad de los derechos que se deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en dicha Carta⁶. La posibilidad para considerar justiciable los DESCAs, vía artículo 26 de la Convención Americana, la expresé en el primer caso que conocí como juez titular de la Corte IDH en 2013. Asimismo, lo he reiterado en casos posteriores relacionados con el derecho a la salud (2015-2016), el derecho al trabajo (2015)⁹ y el derecho a la vivienda digna (2016); materias sobre las que he tenido oportunidad de pronunciarme hasta el momento.

El Juez Eduardo Vio Grossi emitió un voto parcialmente disidente por discrepar respecto de la referencia que hace al artículo 26 de la CADH que se plantea en este escrito. Este se refiere, como se ha señalado, a la violación de dos derechos, al derecho a la estabilidad en el empleo y al derecho de asociación. Así, destacó que:

corresponde a la Corte es aplicar e interpretar la Convención, vale decir, señalar el sentido y alcance de sus disposiciones que, por ser en alguna medida percibidas como oscuras o dudosas, presenten varias posibilidades de aplicación. En este orden de ideas, no le compete a la Corte modificar la Convención sino únicamente señalar lo que ella efectivamente dispone y no lo que desearía que establezca. Su función es, por lo tanto, desentrañar la voluntad que los Estados Partes de la Convención estamparon en ella al momento de suscribirla y, eventualmente, cómo debería ser entendida frente a nuevas situaciones. Y es en vista de determinar ese consentimiento que debe valerse de las reglas de interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, en particular, de la prevista en su artículo 319, entendiéndolo que los cuatro elementos enunciados en él, deben aplicarse simultánea y armoniosamente (CORTE IDH, 2017, p. 96).

Además, afirma que para que los derechos económicos sociales y culturales puedan judicializarse ante la Corte, es necesario que se suscriba un protocolo complementario, lo que no ha ocurrido, salvo de forma parcial en el Protocolo de San Salvador, y solo e para materias ajenas a las de los autos.

Por último, el Juez Antonio Sierra Porto afirma que hace dos años presentó un voto concurrente sobre la materia en el Caso González Lluy y otros vs. Ecuador. En aquella oportunidad, indicó los argumentos

jurídicos que sustentan su posición con la esperanza de que estos fuesen parte del debate interno y externo que se ha dado sobre la aplicabilidad del citado artículo de la Convención, pero también con el propósito de disuadir a quienes abogaban a favor del paso que la Corte IDH ha dado en esta Sentencia. Destacó que:

durante mi paso por la Corte Constitucional colombiana tuve oportunidad de contribuir al desarrollo de líneas jurisprudenciales relacionadas con el carácter de derechos fundamentales y por lo tanto la exigibilidad mediante la acción de tutela del derecho a la salud, el derecho a la vivienda digna, el derecho al agua potable y el derecho a la seguridad social, entre otros. No obstante, considero que existen diferencias sustanciales entre la Constitución Colombiana y la CADH, por una parte, y entre el rol de un juez de un tribunal constitucional y el papel que corresponde a un juez que hace parte de un tribunal internacional de derechos humanos, por otra parte (CORTE IDH, 2017, 117).

De esta forma, buscó que su voto fuera una contribución a la reflexión para entender la dimensión de la decisión que la mayoría de la Corte IDH adoptó en este caso, y se visibilizaran las principales problemáticas generadas a partir de la misma. Solo la crítica sincera y el debate abierto y público pueden ayudar a mitigar, hasta cierto punto, los riesgos de legitimidad y de inseguridad jurídica que se puedan desprender de esta sentencia (CORTE IDH, 2017, 126).

Les traigo el análisis de Óscar Parra (2018, 233) sobre los votos de los jueces en relación con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales:

Los votos emitidos entre 2009 y 2017 por varios jueces interamericanos demuestran que en cada una de las posturas que desarrolla cada juez —y cada doctrinante— sobre el tema, lo que se devela es una visión sobre el rol de la Corte Interamericana como Tribunal regional de derechos humanos. Por ello, considero que la interpretación más amplia posible del artículo 26, que involucre el mayor rol para que el Tribunal Interamericano efectúe razonamientos exclusivamente basados en las obligaciones específicas asociadas a los derechos sociales, **es un paso necesario para que el Sistema Interamericano se tome más en serio la catástrofe social que vive América Latina. Esta catástrofe social exige la mayor creatividad y rigurosidad posible en las interpretaciones judiciales, a fin de que estas sean**

idóneas, proporcionadas y estratégicas para revertir la inequidad social, la extrema pobreza y la exclusión que empeoran cada día. Lagos del Campo es, entonces, una esperanza dirigida a que el análisis de derechos sociales entre con especial fuerza para dirigir a las autoridades nacionales hacia una toma en serio de tales derechos, como un camino decisivo para el fortalecimiento democrático.

El SIDH está muy preocupado por la reparación integral de la persona, por lo que en el próximo apartado se trabajará sobre las reparaciones específicas del caso en próximo topico.

5 REPARACIÓN Y COSTAS

Respecto al Estado de Cumplimiento, la Corte IDH, en los Casos Pollo Rivera y otros y Lagos del Campo Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del 26 de septiembre de 2018, se puede ver los puntos cumplidos y pendientes, conforme se evidencia en el cuadro siguiente:

Caso Lagos del Campo vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017-Reparaciones y Costas	Reparaciones cumplidas totalmente	Reparaciones parcialmente cumplidas	Reparaciones por cumplir
El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 200 e informar a esta Corte de las mismas, conforme lo indicado en el párrafo 201 de esta Sentencia.	El Estado ha dado cumplimiento total a las medidas de reparación y difusión de la Sentencia casos.		
El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 215, 216, 222 y 227 de la presente Sentencia, por concepto de compensación por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos.			Mantener abierto el procedimiento de supervisión de limento

<p>El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos del párrafo 229 de esta Sentencia.</p>	<p>Declarar que la República del Perú ha cumplido con reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</p>		
---	---	--	--

Cuadro. Elaboración propia

CONCLUSIONES

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se presenta como una herramienta invaluable para la garantía efectiva de los derechos humanos en el continente americano, pues a través de los dos órganos previstos en la Convención Americana (CIDH y Corte IDH) se garantiza no solo el seguimiento de la conducta de los Estados miembros, así como la posibilidad de juzgar casos, cuando se dicte sentencia que deba ser ejecutada, bajo pena de sanciones políticas ante la Organización de los Estados Americanos.

Es claro que existe un esfuerzo institucional para el reconocimiento de los DESCAs. En el mismo año en que se juzgó el caso Lagos Del Campos, la CIDH creó una Relatoria Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), donde declaró, a través de un comunicado de prensa, que la sentencia del caso Lagos del Campos “representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y un paso hacia adelante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCAs” (CIDH, 2017).

A lo largo de los años, ha habido una fuerte colaboración para la defensa intransigente de los derechos humanos en la región. Sin embargo, existía una especie de déficit por parte del Sistema con respecto a los denominados derechos de segunda dimensión, hecho que cambió luego de la sentencia dictada en el caso Lagos del Campo vs. Perú.

Esto se debe a que la Corte reconoció la judicialización directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, al atribuir un nuevo contenido normativo al artículo 26 de la CADH. Es evidente, por lo tanto, que la referida decisión, considerada en este estudio como paradigmática, rompió con el entendimiento restrictivo de la Corte al permitir

la judicialización autónoma de los derechos antes mencionados con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, es importante señalar algunos aspectos que se destacaron en este estudio.

La Corte IDH consideró el derecho a la estabilidad laboral como un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana; y por ende, declara responsable internacionalmente al Estado peruano por no adoptar las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros. Es una sentencia emblemática por que compromete a los Estados en el deber de garantizar a sus ciudadanos el ejercicio pleno de sus derechos convencionales, y esta exigencia aplica tanto para las entidades públicas como privadas. El Estado peruano vulneró los derechos a la estabilidad laboral y a la libertad de expresión, teniendo impacto en su desarrollo profesional, personal y familiar.

En la sentencia, la Corte IDH afianza los principios de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales con respecto a los derechos civiles y políticos, a partir de su comprensión de los derechos humanos entendidos integralmente y de forma conglobada, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Así, abre un camino para la protección directa de los DESC, con una interpretación evolutiva y más focalizada sin depender de la protección de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida o integridad personal. Por lo tanto, es necesaria una interpretación evolutiva del artículo 26 de la CADH, especialmente dado el posible conflicto entre la Convención y el Protocolo de San Salvador.

Al final, cabe destacar que no se trata de un tema pacífico dentro de la Corte Interamericana, ya que depende de la composición de la Corte IDH para analizar el caso. Veamos algunas ventajas en relación a la judicialización: (i) claridad de la posibilidad de judicializar la DESC; (ii) posibilidad de que la Corte IDH analice con mayor detalle los derechos de las personas y las obligaciones de los Estados en materia de DESC; (iii) desarrollo de parámetros que aborden con mayor claridad temas que tienen un impacto profundo en las aplicación de los derechos humanos en la región; (iv) protección de manera más focalizada y con posibilidad de cumplir con las ley de manera más amplia, sin necesidad de derechos civiles y políticos, entre otras formas. Sin embargo, no hay forma de ignorar los buenos argumentos en contra de la justiciabilidad del artículo 26 de la CADH, como refuerzan algunos jueces, por las críticas a las debilidades

en la argumentación y seguridad jurídica en el SIDH. Creemos que debe prevalecer una interpretación que responda “al corazón del SIDH” presente en los artículos 1.1 y 2, combinado con el artículo 26, incluyendo, por la no regresión de derechos y la obligación de respecto y garantía de los derechos.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, V. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 2, n. 2, p. 188-223, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452005000100009>. Acesso em: 2 jul. 2021.

ABRAMOVICH, V.; ROSSI, J. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Estudios Socio-Jurídicos**, n. 9, p. 34-53, 2010. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/455>.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **A Justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça**. São Paulo: LTr, 2017.

CIDH. Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales Saluda histórica decisión de la Corte IDH sobre justiciabilidad en materia de DESCAs. Comunicado de prensa No. D181/17, de 15 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/181.asp>

CORTE IDH. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

CORTE IDH. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98. Párr. 148. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf

CORTE IDH Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112, Párr. 255.

CORTE IDH. Caso de las NinasYean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

CORTE IDH. Caso Acevedo Buendía y otro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198. Párr. 106. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf

CORTE IDH. **Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares**, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf.

CORTE IDH. **Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia**. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm

GUERRA, S. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. 3. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2020.

GUERRA, S. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

VERA, O. P. La justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del Caso Lagos del Campo. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi y Rogelio Flores Pantoja (coords.), *Inclusión, IusCommune y Justiciabilidad de los DESCAs en la Jurisprudencia Interamericana*. El Caso Lagos del Campo y los Nuevos Desafíos. México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

TRINDADE, A. A. C. *Tratado internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

ANÁLISE DA NOVA ORDEM DE PAGAMENTO DE CREDORES NA FALÊNCIA ANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UM ESTUDO SOBRE A EXPECTATIVA DE TRATAMENTO FAVORECIDO E DIFERENCIADO ÀS PEQUENAS EMPRESAS

ANALYSIS OF THE NEW PAYMENT ORDER OF CREDITORS IN BANKRUPTCY BEFORE THE FEDERAL CONSTITUTION. A STUDY ON THE EXPECTATION OF FAVORED AND DIFFERENTIAL TREATMENT FOR SMALL BUSINESSES

Saulo Bichara Mendonça*

Pablo Gonçalves e Arruda**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A pequena empresa. 2 Concurso de credores na falência. 3 As pequenas empresas como credoras com privilégio especial. 4 Alterações da lei de falência à luz da Constituição Federal de 1988. Considerações finais.

RESUMO: O presente estudo tem por fim perquirir se a Lei nº 14.112/2020 padece de inconstitucionalidade formal e material na parte que revoga a alínea d, do inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005 que classificava, no concurso falimentar de credores, dentre os créditos com privilégio especial, aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte. A norma revogada havia sido incluída na lei de recuperação e falência de empresas pela Lei Complementar nº 147/2014 em atenção ao princípio da tutela à pequena empresa, consagrado na Constituição Federal de 1988 nos arts. 170, inciso IX e 179. O fato inspirou as seguintes questões: a Lei Complementar nº 147/2014 atribuiu à pequena empresa condição de crédito de privilégio especial na falência de seus devedores, concedendo-lhe o tratamento favorecido e diferenciado determinado pela Constituição Federal de 1988. Desta forma, poderia a Lei Ordinária nº 14.112/2020 ter revogado a referida condição? A recondução da pequena empresa à condição de

* Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor Adjunto na Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito de Macaé. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Atividade Empresária e Sustentabilidade Econômica.

** Doutorando e Mestre em Direito: Estado, Cidania e Mundialização das Relações Jurídicas (Universidade Veiga de Almeida). Pós-Graduado em Direito do Consumidor (PUC-RJ). Professor de Direito Empresarial: FGV, IBMEC, PUC-RJ, Damásio-SP, CEPUERJ/UERJ; Escolas da Magistratura: EMERJ, ESMAGES e ESMAFE/PR. Coordenador Acadêmico do Instituto Brasileiro do Direito da Empresa – IBDE. Membro efetivo do Turnaround Management Association do Brasil - TMA Brasil. Administrador Judicial do TJRJ. Sócio do SMGA Advogados, com atuação específica em Direito Empresarial.

Artigo recebido em 12/07/2021 e aceito em 30/08/2021.

Como citar: MENDONÇA, Saulo Bichara; ARRUDA, Pablo Gonçalves e. Análise da nova ordem de pagamento de credores na falência ante a Constituição Federal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 235-251, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

credora quirografária, atribuída pela Lei nº 14.112/2020, fere os preceitos derivados do princípio constitucional da tutela à pequena empresa? As premissas iniciais, no sentido de que a revogação padece de inconstitucionalidade justifica a consideração ao final de que a alteração legal em tela contraria a norma segundo a qual as Pequenas Empresas devem ser tratadas de forma favorecida e diferenciada. No aspecto do Direito Constitucional, poderia Lei Ordinária revogar dispositivo de outra Lei Ordinária introduzido por Lei Complementar?

Palavras-chave: concurso de credores. falência. inconstitucionalidade. pequena empresa.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to investigate whether Law No. 14,112 / 2020 suffers from formal and material unconstitutionality in the part that revokes item d, item IV, of art. 83, of Law No. 11,101 / 2005, which classified, in the bankruptcy contest of creditors, among the credits with special privilege, those in favor of individual microentrepreneurs and micro and small businesses. The revoked rule had been included in the law on the recovery and bankruptcy of companies by Complementary Law No. 147/2014 in consideration of the principle of protection for small businesses, enshrined in the Federal Constitution of 1988 in arts. 170, items IX and 179. The fact inspired the following questions: Complementary Law nº 147/2014 attributed to the Small Company a credit status of special privilege in the bankruptcy of its debtors, granting it the favored and differentiated treatment determined by the Federal Constitution of 1988. In this way, could Ordinary Law No. 14,112 / 2020 have revoked that condition? Does the renewal of the small company to the status of unsecured creditor, attributed by Law No. 14,112 / 2020, violate the precepts derived from the constitutional principle of protection for the small company? The initial premises, in the sense that the revocation suffers from unconstitutionality, justifies the consideration at the end that the legal change on screen contradicts the rule according to which Small Businesses should be treated in a favored and differentiated manner. In the aspect of Constitutional Law, could Ordinary Law revoke a provision of another Ordinary Law introduced by a Complementary Law?*

Keywords: *creditors' competition. bankruptcy. unconstitutionality. small business.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a reflexão sobre possível inconstitucionalidade formal e material que atinge a Lei nº 14.112/2020 na parte que revoga a alínea *d*, do inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005, retirando das espécies que compõem o gênero pequena empresa (microempreendedores individuais, microempresa e empresa de pequeno porte) a condição de créditos com privilégio especial.

A excepcionalidade da situação da pequena empresa nesse contexto chamava atenção desde a alteração da Lei nº 11.101/2005 pela Lei Complementar nº 147/2014, sendo a primeira vez que a condição de crédito com privilégio especial foi atribuída de forma subjetiva a um tipo de credor. Em regra, esta condição se caracterizava pelo objeto que constituía o crédito em si, não seu titular.

Compreende-se que essa excepcionalidade se deve a idiosincrasia comum à pequena empresa, que deve ter, por força constitucional, um tratamento favorecido e diferenciado dispensado por parte dos entes federativos a fim de lhes permitir permanecer no mercado de forma

competitiva e isonômica, dado sua capacidade aquisitiva inferior, quando comparada as empresas, classificadas neste estudo como sendo de grande porte¹, assim identificadas aquelas que auferem receita bruta anual em montante superior à R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

A relevância da pequena empresa no contexto socioeconômico do país é ampla e notória, fato que justifica o tratamento diferenciado a ela destinado desde a década de 1980, quando conhecemos a primeira versão do Estatuto da Pequena Empresa. Em 1988 este segmento galgou *status* de instituto constitucionalmente tutelado, sendo o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” reconhecido como princípio básico da ordem econômica e financeira do Estado democrático de Direito (art. 170, inciso IX, CRFB/88).

A referida tutela constitucional nem sempre foi respeitada pelo legislador ordinário, a exemplo do plano especial de recuperação de pequenas empresas, previsto na Lei nº 11.101/2005 (arts. 70 à 72) que até prevê um tratamento diferenciado, mas diametralmente oposto da expectativa de ser favorecido². A ansiada reforma da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020 praticamente apresentou ao mundo uma nova lei sobre recuperação e falência de empresas. Dentre avanços e indagações acerca da efetividade das alterações postas, tem-se a revogação dos incisos IV e V do Artigo 83 e, no particular tema aqui proposto, da alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005.

A partir dessa mudança, os institutos que tratam do privilégio especial e geral em caso de concurso de credores, destacados, respectivamente, pelos Artigos 964 e 965 do Código Civil, deixam de

¹ A partir do não enquadramento no teto constante no art. 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006, não existe uma definição geral sobre portes das empresas. Existem, entretanto, definições setoriais, como por exemplo o enquadramento para a ANVISA, a MP 2190-34/01 trata como empresas de pequeno porte as com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), médio porte as empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e mínimo de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), sendo as de grande porte as empresas com faturamento anual igual ou inferior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) e superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Detalhe que não são exatamente usadas as expressões “médio” e “grande” portes, mas assim são usualmente chamadas. Para a política nacional do meio ambiente, a divisão é de médio porte atenta ao limite de até R\$12.000.000,00 (doze milhões de reais) e grande porte as que tem faturamento superior a esse patamar.

² Até o advento da Lei Complementar nº 147/2014 havia ainda o prejuízo de ter a carência de 8 (oito) anos para poder requerer nova Recuperação Judicial, se e quando a pequena empresa optasse pelo plano especial de recuperação previsto nos arts. 70 à 72, da Lei nº 11.101/2005, conforme inciso III, do Art. 48, da mesma lei.

existir no plano do concurso falimentar, passando à equiparação, para todos os fins, aos créditos quirografários.

Em que pese o histórico dos créditos com privilégio especial atrelar essa natureza à coisa não gravada, diferente da garantia real (Art. 964, do Código Civil), sempre verificou-se a coisa como baliza para a concessão do privilegio especial. Isso até a Lei Complementar nº 147/2014, que permitiu que a pequena empresa alçasse à condição de privilegio especial no concurso falimentar, representando um marco histórico, onde, pela primeira vez, verificou-se o crédito atrelado a um critério subjetivo do titular do crédito e não por um critério objetivo da coisa a ser recebida, ou seja, pela natureza do credor e não pela natureza do crédito. Benefício posto que acabou de ser lançado por terra pela Lei nº 14.112/2020, que devolveu à pequena empresa ao status de credora quirografária, em flagrante lesão aos preceitos constitucionais da ordem econômica do Estado.

Desta forma, o estudo que se desenvolve, considerando os problemas postos, no sentido de aferir se a Lei nº 14.112/2020 poderia ter revogado a alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005, uma vez que esta última foi incluída na Lei de Recuperação e Falência pela Lei Complementar nº 147/2014, e se a recondução, pela Lei nº 14.112/2020, da pequena empresa à condição de credora quirografária fere os preceitos derivados do princípio constitucional da tutela à pequena empresa.

O estudo parte das hipóteses de que o instituto revogador padece de inconstitucionalidade formal, posto que a revogação a alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005 lesiona o princípio constitucional da tutela da pequena empresa e promove alteração, por lei ordinária, de um dispositivo legal inserido por lei complementar.

1 A PEQUENA EMPRESA

O enfrentamento da questão posta demanda uma reflexão conceitual acerca da pequena empresa, visando evitar que uma interpretação meramente gramatical dos textos legais fomenta dúvidas acerca do instituto que se pretende ver tutelado nos moldes constitucionais.

Além da Lei nº 11.101/2005, cuja alínea *d*, inciso IV, do art. 83 representa o objeto do presente estudo, outros dispositivos legais fazem menção às espécies do gênero pequena empresa. Quais sejam: os arts. 3º e 68 da Lei Complementar nº 123/2006, que se reportam, respectivamente

à microempresa, empresa de pequeno porte e pequeno empresário, este último também é mencionado pelo art. 970 do Código Civil.

Todos estes dispositivos legais, incluindo o revogado pela Lei nº 14.112/2020, têm por fim tutelar a pequena empresa a partir do princípio constitucional contido nos arts. 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal.

Segundo Vicente Bagnoli (2013, p. 83), o favorecimento constitucional tem por fim nivelar a concorrência, assegurando às pequenas empresas condições isonômicas de competitividade ante concorrentes de maior envergadura. Neste mesmo sentido, lê-se:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Microempresa e empresa de pequeno porte. Tratamento diferenciado. Simples Nacional. Adesão. Débitos fiscais pendentes. Lei Complementar nº 123/06. Constitucionalidade. Recurso não provido. 1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. 2. Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações. 3. A condicionante do inciso V do art. 17 da LC 123/06 não se caracteriza, a priori, como fator de desequilíbrio concorrencial, pois se constitui em exigência imposta a todas as pequenas e as microempresas (MPE), bem como a todos os microempreendedores individuais (MEI), devendo ser contextualizada, por representar também, forma indireta de se reprovar a infração das leis fiscais e de se garantir a neutralidade, com enfoque na livre concorrência. 4. A presente hipótese não se confunde com aquelas fixadas nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio ilícito de coação a pagamento de

tributo, nem como restrição desproporcional e desarrazoada ao exercício da atividade econômica. Não se trata, na espécie, de forma de cobrança indireta de tributo, mas de requisito para fins de fruição a regime tributário diferenciado e facultativo. 5. Recurso extraordinário não provido. (RE 627543)

Ou seja, a pequena empresa representa o cerne de um regime de tutela que foi instituído para diferenciar, em iguais condições, os empresários que possuem menor poder econômico, instrumentalizando a isonomia, considerando iguais e desiguais na medida em que se igualam e desigualam.

Por esta razão, não se pode ler o inciso IX, do art. 170, da Constituição Federal de 1988 e pretender verificar um tratamento favorecido e diferenciado apenas às instituições enquadradas nos moldes do inciso II, do art. 3º, da Lei Complementar nº 123/2006. O que se pretende com o referido princípio constitucional é a efetiva tutela de todas as espécies que compõem o gênero pequena empresa, ou seja, microempreendedor individual, microempresa e empresa de pequeno porte, os mesmos que possuíam tratamento diferenciado no concurso de credores na falência, nos moldes da revogada alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005.

Até mesmo por uma análise de escala de padrão, vê-se que a espécie microempreendedor individual está contida na espécie microempresa, que nessa graduação é seguida pela empresa de pequeno porte, razão pela qual compreende-se estes três institutos como espécies do gênero pequena empresa.

A definição deste gênero - pequena empresa - não pode ser confundido com a expressão pequeno empresário. É preciso ter em mente a distinção entre empresa e empresário, sendo a primeira a atividade desenvolvida pelo segundo. O empresário, a despeito do porte de sua atividade, é titular do direito que exerce sobre sua empresa, conseqüentemente a empresa pode, enquanto atividade exercida pelo empresário, ser reconhecida como objeto de direito deste.

Neste sentido, deve-se ler tanto o art. 68 da Lei Complementar nº 123/2006³ quanto o art. 970 do Código Civil, haja vista que, uma

³ No que se refere a expressão “pequeno empresário”, contida no art. 68, da Lei Complementar nº 123/2006, se faz necessário esclarecer que ela não se confunde com o gênero pequena empresa do qual são espécies o microempreendedor individual, a microempresa e a empresa de pequeno porte. Antes da atualização do Estatuto da Pequena Empresa pela Lei Complementar nº 155/2016, o referido artigo fazia menção ao empresário individual caracterizado como microempresa, caracterizado por ser pessoa natural, registrada na junta comercial, com receita bruta anual de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), não optante pelo simples, ou seja, o chamado pequeno empresário

interpretação sistemática das normas à luz da Constituição Federal de 1988 permite compreender que o objetivo das normas é mitigar as diferenças entre as instituições que possuam poder econômico distinto, razão pela qual, a Lei Complementar nº 147/2014 havia incluído a atualmente revogada alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005.

Compreendido que a pequena empresa (Art. 170, IX, CRFB) representa gênero composto pelas espécies microempendedor individual (Art. 18-A, §1º, LC 123/06), pequeno empresário (Art. 68, LC 123/06 e 970 do Código Civil), microempresa (Art. 3º, I, LC 123/06) e empresa de pequeno porte (Art. 3º, II, LC 123/06), tendo todas, até então, um tratamento específico pelo concurso de credores na falência, impõem-se a necessidade de compreender a sistemática da ordem de satisfação dos credores na falência.

2 CONCURSO DE CREDITORES NA FALÊNCIA

O processo falimentar é, por natureza, um “processo de execução coletiva contra o devedor insolvente” (ALMEIDA, 2008, p. 17). Não se trata do processo de execução nos termos do Livro II do Código de Processo Civil (arts. 771 e seguintes), mas um processo que visa a realização célere e eficaz do ativo para solução do passivo do falido. Apesar da distinção entre os institutos em tela, é comum adotar a expressão processo de execução concursal dos bens do devedor (falido), para fazer menção à natureza do processo falimentar.

O concurso de credores na falência é formado para que possam, coletivamente, receber o que lhes é devido de acordo com a capacidade de pagamento da massa falida. É para atender a este fim que o Administrador Judicial deve empenhar-se para obter uma avaliação fidedigna dos bens que compõem a massa falida, visando auferir a melhor quantia possível quando os bens forem levados a leilão (eletrônico, presencial ou híbrido).

Mas, realizado o ativo, é preciso que haja uma ordem para que os credores recebam suas quantias, daí entra a necessidade de estabelecer um concurso de credores.

era uma subespécie de microempresa. Com a atualização do referido estatuto instituiu-se o microempendedor individual, na forma do art. 18-A, sendo a esta variação da microempresa que se refere a expressão em questão. Esta observação se faz necessária para que não se confunda o pequeno empresário a que se refere o art. 68, da Lei Complementar nº 123/2006 com o gênero pequena empresa, do qual ele é subespécie da espécie microempresa.

A despeito de haver créditos que devem ser satisfeitos antes dos credores concursais da massa falida, a exemplo dos credores extraconcursais (art. 84 da Lei nº 11.101/2005), todo processo falimentar se desenrola, por essência, a fim de quitar as dívidas para com os credores que compõem o concurso de credores. Daí a ideia de execução concursal dos bens que compõem a massa falida.

Solucionar o passivo significa pagar os credores. Para que isso ocorra é necessário que esteja consolidado o quadro geral de credores e que estejam definidos os chamados créditos extraconcursais. Pagas as restituições e satisfeitos os créditos extraconcursais, a solução do passivo observará a classificação prevista no art. 83 [...] A solução do passivo depende da forma adotada da realização do ativo e da classificação dos créditos, assegurada sempre a primazia do princípio do tratamento equitativo dos credores. (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 355)

O tratamento equitativo dos credores em concurso implica no estabelecimento de uma ordem de pagamento que deveria ser estabelecida de acordo com a natureza de cada obrigação a pagar. “Para o estabelecimento da hierarquia que divide as classes de credores, o legislador teve que sopesar várias forças dentro do sistema mercadológico, definindo, assim, o grau de importância de cada uma.” (COSTA e MELO, 2021, p. 217)

Essa demanda, imposta ao legislador, até então era atendida com base nos princípios da *par conditio creditorum* e da relevância do interesse dos credores.

O primeiro deles determina o estabelecimento de uma forma de tratamento equitativa dos credores, impedindo que alguns deles venham exercer seu direito de forma individualizada e respeitando a preferência de um crédito sobre outro em razão da natureza dele. Ou seja, embora os credores estejam em posição de paridade, não há entre eles nivelamento. Já o segundo princípio fundamenta um procedimento no qual se verifica a viabilidade da solução proporcional do passivo.

Neste sentido, Waldo Fazzio Júnior sustenta que “a satisfação célere dos créditos deve observar os parâmetros da prelação adequada e de pagamentos satisfatórios” (2005, p. 33). Ou seja, deve haver equidade no tratamento dos credores, visando sempre alcançar a integral satisfação dos créditos.

Uma classe que esteja hierarquicamente inferior a outra, conforme a ordem prevista neste dispositivo legal, somente

começará a receber os pagamentos se os créditos da classe imediatamente anterior já estiverem integralmente satisfeitos ou reservados em separado. Por sua vez, os credores concursais (previstos nesse artigo) só começarão a receber os pagamentos após os credores extraconcursais (previstos no art. 84 dessa Lei) estarem integralmente satisfeitos. (COSTA e MELO, 2021, p. 217)

Apesar das diretrizes principiológicas apresentadas, a Lei nº 14.112/2020 alterou a classificação dos créditos na falência, mitigando o direito de alguns credores com a revogação dos incisos IV e V, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005 e inclusão do parágrafo 6º que determina que os créditos com privilégio especial e os com privilégio geral integram a categoria de créditos quirografários.

A referida norma manteve a prioridade dos créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, ficando eventual saldo remanescente relegado a categoria de crédito quirografário, e os decorrentes de acidentes de trabalho. Um critério para limitação do crédito também foi utilizado para os credores titulares de créditos gravados com direito real, sendo que, neste caso a limitação se dá ao valor total do bem gravado como garantia. Os créditos tributários, por sua vez, sofrem limitação em relação as multas de toda sorte (sejam moratórias, sejam puramente administrativas, em atenção à súmula 565 do STF⁴), que já tiveram sua aplicabilidade superada com o advento da Lei nº 11.101/2005 que as classifica como créditos subquirografários, nos termos do inciso VII, do art. 83, da lei citada.

Em razão das alterações postas, após os três tipos de créditos citados, se apresentam os créditos quirografários, dentre eles os créditos com privilégio especial e os com privilégio geral, seguidos das multas em geral, como as contratuais e as penas pecuniárias por infração normas penais ou administrativas. Após, os créditos subordinados e, para além deles, os juros vencidos após a decretação da falência.

⁴ Na vigência do DL. 7.661/45, o STF entendeu, inicialmente, que a multa fiscal moratória seria exigível em falência (súmula STF 191), enquanto a multa meramente administrativa seria inexigível no concurso falimentar (súmula 192). Posteriormente, com a edição da súmula 565, o Supremo fixou tese no sentido de que a multa tributária moratória teria natureza de pena administrativa, passando, assim, a ser reconhecida como inexigível em falência, sendo cancelada a súmula STF 191. Com o advento da Lei 11.101/05 a celeuma sobre a exigibilidade da multa tributária em falência restou ultrapassada, visto que expressamente previsto tal crédito na ordem de pagamento dos credores concursais, na classe subquirografária. Porém, permanece hígida a afirmativa da súmula 565 no sentido de que a multa tributária moratória tem natureza de pena administrativa.

Nesse contexto de desconstrução do concurso de credores, mitigação da *par conditio creditorum* e supressão da relevância do interesse dos credores é que se faz necessária a revisão da revogação da condição de crédito com privilégio especial das Pequenas Empresas e sua releitura à luz do princípio constitucional da tutela da pequena empresa.

3 AS PEQUENAS EMPRESAS COMO CREDORAS COM PRIVILÉGIO ESPECIAL

O revogado inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005 fazia menção aos créditos com privilégio especial, assim considerados nos termos do art. 964, do Código Civil, a exceção da alínea *d*, que incluiu no rol os créditos de titularidade dos microempreendedores, microempresas e empresas de pequeno porte, as espécies do gênero pequena empresa.

Créditos com privilégio especial são os considerados como decorrentes de direito de retenção sobre a coisa em função do crédito que com elas se relacionam. A inserção da alínea *d*, no citado inciso IV pela Lei Complementar nº 147/2014 não pode ser classificada como sendo de boa técnica legislativa, se considerada essa característica inata do privilégio especial.

Atribuição da característica de crédito com privilégio especial aos créditos dos microempreendedores, microempresas e empresas de pequeno porte mitigou a natureza dos créditos com privilégio especial no contexto da lei falimentar, posto que, até então, assim eram considerados apenas aqueles que “tem sua origem única e exclusiva na vontade da lei, que a concede a certos e determinados créditos por princípios de humanidade, equidade ou conveniência pública” (CAMPINHO, 2017, p. 378).

A atribuição aos créditos de titularidade das pequenas empresas como tendo privilégio especial acabou por criar diferença entre credores de uma mesma classe, fato que não passou despercebido pelos tribunais (processo nº. AI 0047396-88.2019.8.16.0000 PR 0047396-88.2019.8.16.0000).

O raciocínio fundado no art. 964, do Código Civil considera como titular de privilégio especial o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação, sobre a coisa arrecadada e liquidada; o credor por despesas de salvamento sobre a coisa salvada; o credor por benfeitorias necessárias ou úteis sobre a coisa beneficiada; o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou

melhoramento, sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções; o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita, sobre os frutos agrícolas; o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior, sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos; o autor ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado em contrato da edição; o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários e o credor por animais⁵, produtos do abate.

Note-se que os privilégios inscritos no art. 964 do Código Civil definem-se não sobre o patrimônio como um todo do falido, mas sobre bens em especial. Assim, o privilégio do crédito por benfeitorias necessárias ou úteis faz-se sobre a coisa beneficiada, da mesma forma que a preferência do crédito do titular do direito autoral, pelo crédito fundado no contrato da edição, faz-se sobre exemplares da obra existente na massa do editor. Vencidas as forças de bens ou direitos garantidores de tais relações, conforme o valor pelo qual tenham sido vendidos ou, se houve venda em bloco da empresa ou do estabelecimento, pelo valor de sua avaliação, o restante do crédito se classificará e será eventualmente pago como quirografário. (MAMEDE, 2018, p. 420).

Como se vê, a exceção dos créditos de titularidade das pequenas empresas, os demais créditos que eram incluídos no rol de credores como titulares de privilégio especial se caracterizavam pela natureza da obrigação constituída, não pela natureza do titular do crédito em si.

Apesar da atecnia que caracterizou a inserção do crédito de titularidade da pequena empresa no rol dos créditos com privilégio especial no concurso de credores da falência, há que se considerar sua importância ante ao princípio constitucional de tutela da pequena empresa. Ou seja, mesmo de forma pouco ortodoxa quanto à técnica desejável num processo legislativo, atendeu à expectativa decorrente do princípio constitucional de tutela da pequena empresa, atribuindo a esta, em certa medida, um tratamento favorecido e diferenciado; muito embora ela concorresse com os demais titulares de créditos incluídos na mesma categoria no concurso de credores (inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005), posto que, não havia entre eles nenhum tipo de privilégio ou preferência.

⁵ Ressalta-se que a questão da atribuição da condição de coisa aos animais tem sido objeto de discussão, como se verificam em estudos como FARIA, Luiza de.; MENDONÇA, Saulo Bichara. O direito civil brasileiro contemporâneo e a tutela jurídica dos animais. Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 8, n. 2, p. 170-190, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1945>.

Dentre as alterações decorrentes da Lei nº 14.112/2020 o privilégio até então concedido à pequena empresa foi revogado e os credores que se enquadram neste segmento foram realocados no rol de credores para a categoria de credores quirografários, ou seja, “aquele que tem seu crédito representado unicamente por papéis, sem qualquer garantia especial” (BEZERRA FILHO, 2019, p. 332). Esse rol de credores foi agigantado com a alteração da lei falimentar.

Créditos que não tenham sido enquadrados em nenhuma outra classe, por exclusão, também integraram esta classe. Sendo assim, todos os créditos que eram anteriormente relacionados como créditos com privilégio especial (conforme o revogado inc. IV, do art. 83), após a reforma da Lei, devem ser classificados como quirografários (Lei 11.101/2005, art. 83, §6º), com exceção das custas judiciais e das despesas com a arrecadação e liquidação da massa, anteriormente relacionadas na Lei 11.101/2005, art. 83, “a”, e no CCB/2002, art. 965, II, e que agora constam como créditos extraconcursais (Lei 11.101/2005, art. 84, III e IV). (COSTA e MELO, 2021, p. 220)

A alteração em tela inspirou a reflexão acerca do eventual status constitucional do privilégio então contido no art. 83, inciso IV, alínea *d*, da Lei nº 11.101/2005).

3.1 Alterações da lei de falência à luz da Constituição Federal de 1988

A alínea *d* foi inserida no inciso IV do art. 83 da Lei nº 11.101/2005 pela Lei Complementar nº 147/2014. A época, verificou-se alteração da lei ordinária por lei complementar, regulamentando uma questão de natureza constitucional, apesar dos arts. 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal de 1988 não exigirem que o tema fosse tratado especificamente por lei complementar.

Ou seja, a Lei Complementar nº 147/2014 que alterou a Lei nº 11.101/2005 incluindo material com fundamento constitucional, qual seja, o reconhecimento de privilégio especial dos credores que se enquadram como pequena empresa. Isso porque a Lei Complementar nº 147/2014 é apenas formalmente uma lei complementar, mas materialmente é uma lei ordinária.

Desta forma, não houve nenhuma inconsistência formal na inserção da alínea *d*, no inciso IV, do art. 83 da Lei nº 11.101/2005 pela Lei Complementar nº 147/2014.

O tema tratado na da Lei Complementar nº 147/2014 poderia, perfeitamente ser tratado por lei ordinária, tal como o tema tratado pela Lei Complementar nº 123/2006, haja vista que os citados dispositivos constitucionais fazem menção apenas ao tratamento por lei, não especificando que sejam por lei complementar.

Quiçá o legislador tenha optado pela adoção do quórum qualificado de maioria absoluta (art. 69, Constituição Federal de 1988) ao invés do quórum simples (art. 47, Constituição Federal de 1988). Opção legítima, mas que não acarreta vício na regulação da material por um tipo de lei (complementar) quando poderia ser por outro (ordinária), tampouco altera a natureza da matéria tratada.

É de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta – a lei delegada e o decreto-lei) e a Constituição (e suas emendas). Não é só, porém, o argumento de autoridade que apoia essa tese; a própria lógica o faz. A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento. Paralelamente, deve-se convir, não quis o constituinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exigiu ponderação especial. Aliás, é princípio geral de Direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma, [...] a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em consequência disso não prevalecem contra elas, sendo inválidas as normas que a contradisserem. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 236-237).

Não há que se falar em inconstitucionalidade na revogação do art. 83, inciso IV, alínea *d* da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020, pois está última é uma lei ordinária que revogou dispositivo inserido em outra lei ordinária por uma lei complementar que trata de um tema comum de lei ordinária; o legislador apenas adotou um quórum

qualificado quando do tratamento do tema, mas não alterou a natureza constitucional da matéria tratada.

A aludida Lei Complementar nº 147/2017 ao alterar a lei ordinária (Lei nº 11.101/2005) não infringiu a hierarquia legislativa, nem regulamentou matéria contrária à sua competência.

Quando da alteração da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020, que revogou, dentre outros dispositivos, mas, em especial, a alínea *d*, do inciso IV, do art. 83, da lei de falência e recuperação de empresas, verificou-se a revogação por uma lei ordinária de um dispositivo inserido por lei formalmente complementar, mas materialmente ordinária.

A despeito da Lei nº 14.112/2020 ter proporcionado uma desconstrução da ordem de satisfação de credores na falência, o concurso de credores em si não é matéria fundamentada em preceito constitucional, ele representa uma parte da lei que diz respeito à operacionalização da ordem de satisfação dos credores com fundamento nos citados princípios da *par conditio creditorum* e da relevância do interesse dos credores.

Por outro lado, se entender que o dispositivo revogado representa tema pautado em ordem de pagamento, estar-se-ia diante de matéria de direito comercial (art. 22, inciso I, Constituição Federal de 1988), fato que demandaria, por natureza, um tratamento por lei ordinária, colocando em questão a alteração realizada em 2014 pela Lei Complementar nº 147.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se construiu a partir da indagação posta a fim de verificar se a Lei nº 14.112/2020 poderia ter revogado a alínea *d*, inciso IV, do art. 83, da Lei nº 11.101/2005, sem ferir a Constituição Federal de 1988, haja vista que a classificação do crédito de titularidade da pequena empresa, como créditos de privilégio especial, nos termos da alteração legislativa realizada pela Lei Complementar nº 147/2014.

A construção do metodológica deste raciocínio exigiu uma reflexão sobre a pequena empresa enquanto gênero do qual são espécies: o microempreendedor individual, a microempresa e a empresa de pequeno porte; assim inseridos, até então no rol do concurso de credores do processo falimentar, alterado pela Lei nº 14.112/2020 que, dentre outras alterações, modificou toda a classificação dos credores na falência.

A hipótese inicial posta no sentido de que o instituto revogador padece de inconstitucionalidade não foi verificada posto que tanto a

Lei Complementar nº 123/2006 e a Lei Complementar nº 147/2014 são, formalmente complementares, mas, materialmente, tratam de tema comum de lei ordinária, haja vista o teor dos arts. 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal de 1988.

Sob a ótica da pequena empresa, que deve ter tratamento privilegiado por força constitucional, percebeu-se a inserção de um privilégio por lei complementar que alterou lei ordinária em atenção a um anseio constitucional. Privilégio este que foi revogado recentemente, por lei ordinária que alterou conteúdo inserido por lei complementar.

Formalidades do processo legislativo a parte, há um prejuízo suportado pelos credores enquadrados como pequenas empresas, até então classificados como créditos com privilégio especial. Este prejuízo representa lesão aos termos constitucionais, haja vista que o tratamento favorecido e diferenciado que se deve atribuir às pequenas empresas foi sumariamente revogado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. P. **Curso de falência e recuperação de empresa:** de acordo com a Lei nº 11.101/2005. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEZERRA FILHO, M. J. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada.** 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. **Medida Provisória no 2.190-34, de 23 de agosto de 2001.** Altera dispositivos das Leis no 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e no 6.437, de 20 de agosto de 1977, que configura infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2190-34.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp147.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1. Acesso em: 4 maio 2021.

BAGNOLI, V. Direito Econômico. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPINHO, S. Curso de direito comercial: Falência e recuperação de empresa. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA, D. C.; MELO, A. C. N. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Curitiba: Juruá, 2021.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Nova lei de falência e recuperação de empresa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA FILHO, M. G. **Do processo legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOTÍCIAS DO STF. **Supremo rejeita ação do PDT contra Lei de Recuperação Judicial**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108818>. Acesso em: 5 maio 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Processo nº. AI 0047396-88.2019.8.16.0000 PR 0047396-88.2019.8.16.0000 (Acórdão)**. 17^a Câmara Cível. Publicação: 18/05/2020. Julgamento: 12 de Maio de 2020. Relator Desembargador Lauri Caetano da Silva. Disponível em <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919654679/processo-civil-e-do-trabalho-recursos-agrivos-agrivo-de-instrumento-ai-473968820198160000-pr-0047396-8820198160000-acordao/inteiro-teor-919657182>. Acesso em: 5 maio 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 627543**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 30 out. 2013. Publicação: 29 out. 2014. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&is_repercussao_geral=true&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Art%20170%20inciso%20IX%20Constitui%C3%A7%C3%A3o&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 4 maio 2021.

A ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DO FRUTO AÇAÍ E O NECESSÁRIO ENQUADRAMENTO COMO UMA DAS PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL: VISIBILIDADE E CONSCIENTIZAÇÃO

THE AÇAÍ FRUIT EXTRACTION ACTIVITY AND THE NECESSARY FRAMEWORK AS ONE OF THE WORST FORMS OF CHILD LABOR: VISIBILITY AND AWARENESS

Otávio Bruno da Silva Ferreira*

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury**

Valena Jacob***

SUMÁRIO: Introdução. 1 O trabalho infantil e seus aspectos legais. 2 A atividade de extração do açaí e os seus riscos. 3 O enquadramento da atividade de extração do açaí como uma das piores formas de trabalho infantil. Conclusão.

RESUMO: Este trabalho responde a indagação se a atividade de extração do fruto açaí pode ser enquadrada como uma das piores formas de trabalho infantil. Para tanto, traça como objetivo geral analisar se a citada atividade pode ser enquadrada naquele rol a partir da observação empírica dos riscos existentes em tal atividade em cotejo com a normatização internacional e nacional sobre a matéria, com o intuito de propor a revisão da lista. Para atender esse objetivo, procura estabelecer

*Doutorando em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA; Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Professor das disciplinas Direito do Trabalho I e II, no curso de graduação em Direito do Centro Universitário FIBRA. Professor convidado do curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. É Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, onde também participa como Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial.

**Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1989). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (1984). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.

***Doutora e Mestre em Direito pela UFPA. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA; Diretora Geral do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA. Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia/UFPA. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ: Novas formas de trabalho, velhas práticas escravistas (dgp. cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5232633034974997). Diretora da Escola Judicial da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT e Diretora da Associação Luso Brasileira de Juristas do Trabalho – JUTRA. E-mail: valenajacob@ufpa.br

Artigo recebido em 03/05/2021 e aceito em 11/01/2022.

Como citar: FERREIRA, Otávio Bruno da Silva; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante; JACOB, Valena. A atividade de extração do fruto açaí e o necessário enquadramento como uma das piores formas de trabalho infantil: visibilidade e conscientização. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 253-277, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

o marco teórico sobre a proteção contra o trabalho infantil, analisar o modo de extração do fruto açaí, com ênfase na identificação dos riscos existentes e apresentar os parâmetros normativos para o enquadramento de uma atividade na Lista das Piores Formas de trabalho infantil. Responde que a atividade de extração do açaí oferece riscos suficientes para a sua inclusão na Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil e que tal inclusão é necessária para garantir visibilidade aos atores sociais envolvidos e gerar consciência na comunidade consumidora do fruto, bem como instigar a atuação governamental para o combate e a eliminação da prática violadora aos direitos da criança. Quanto aos aspectos metodológicos, o estudo está estruturado, quanto à abordagem, em pesquisa qualitativa; quanto à natureza, em pesquisa aplicada; quanto aos objetivos, utilizou-se do tipo exploratório; quanto aos procedimentos, foram realizadas pesquisas bibliográficas e pesquisa de campo.

Palavras-chave: trabalho infantil. invisibilidade. lista das piores formas de trabalho infantil. política pública. conscientização.

ABSTRACT: *This paper answers the question whether the activity of extracting açai fruit can be classified as one of the worst forms of child labor. Therefore, it outlines as a general objective to analyze whether the mentioned activity can be included in that list from the empirical observation of the risks existing in such activity in comparison with the international and national regulations on the matter, in order to propose the revision of the list. To get this objective, it seeks to establish the theoretical framework on protection against child labor; to analyze the way of extracting the açai fruit, with an emphasis on identifying the risks and to present the normative parameters for framing an activity in the List of the Worst Forms child labor. It replies that the açai extraction activity offers sufficient risks for its inclusion in the List of the Worst Forms of Child Labor and that such inclusion is necessary to ensure visibility for the social actors involved and generate awareness in the fruit-consuming community, as well as instigating action government to combat and eliminate practices that violate the rights of the child. As for the methodological aspects, the study is structured, regarding the approach, in qualitative research; as for nature, in applied research; as for the objectives, the exploratory type was used; as for the procedures, bibliographic research and field research were carried out.*

Keywords: *child labor. invisibility. list of the worst forms of child labor. public policy. awareness.*

INTRODUÇÃO

A criança, por ser um sujeito ainda em desenvolvimento, goza de proteção por meio de leis relacionadas ao ambiente de trabalho e à idade para trabalhar. Neste sentido, destacam-se, no âmbito internacional, a Convenção nº. 138 (OIT, 1973), que dispõe sobre a idade mínima para trabalhar, e a Convenção nº 182 (OIT, 1999), que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e das ações imediatas para a sua eliminação, ambas adotadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e ratificadas pelo Brasil.

No âmbito interno, há normas alinhadas aos diplomas internacionais que asseguram à criança tratamento com prioridade absoluta, em respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento, como a Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB (BRASIL, 1988), a Consolidação

das Leis do Trabalho – CLT (BRASIL, 1943) e o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (BRASIL, 1990).

Do conteúdo dos diplomas pátrios, extrai-se que o trabalho infantil é aquele realizado por crianças com idade inferior à mínima permitida para a entrada no mercado de trabalho, que, no Brasil, corresponde a 16 anos, salvo na condição de aprendiz, caso em que poderá ocorrer a partir dos 14 anos, com exclusão dos casos de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, para os quais a idade mínima é 18 anos.

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua (2016), no Brasil, havia 1,8 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos em situação de trabalho infantil, na semana de referência da pesquisa, o que representava 4,6% da população (40,1 milhões) nesta faixa etária.

Identifica-se assim, a despeito da proteção normativa, a persistência do trabalho infantil na sociedade brasileira, que desafia o núcleo básico de proteção à pessoa humana e exige ação efetiva de todos, Estado e sociedade, a fim de concretizar aqueles marcos normativos.

O trabalho infantil atinge, inclusive, atividades extrativas tradicionais na Amazônia, como a de coleta do açaí, fruto da palmeira conhecida como açazeiro (*Euterpe oleracea*), que faz parte da cultura local e que sempre envolveu as crianças da comunidade.

De fato, essa atividade sofreu profundas modificações, transitando de uma atividade familiar, voltada, no máximo, ao consumo interno, a uma atividade direcionada aos mercados nacional e internacional, constituindo uma das cadeias de valor escolhida pelo Estado do Pará para o alcance do desenvolvimento regional, de acordo com o Programa PARA 2030 (FAPESPA, 2018).

Segundo a Pesquisa Agrícola Municipal – PAM 2018 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2018a), o Estado do Pará desponta como o principal produtor do fruto, sendo responsável por 95,31% da produção nacional.

A demanda crescente pelo fruto, sem a observância de questões relacionadas à segurança e à qualidade de vida, nem a análise de todos os componentes da cadeia produtiva gera problemas à comunidade ribeirinha, população que vive nas margens dos rios e à margem de políticas públicas.

Para os fins deste trabalho, entende-se como comunidade ribeirinha aquela formada a partir de um modo de vida específico, com relação profunda com a natureza e seus ciclos, com produção estruturada

no trabalho da própria população, por meio de técnicas que utilizam, prioritariamente, os recursos naturais, adequando-se ao que a natureza tem a lhe oferecer (MENDONÇA *et al.*, 2007).

A referida comunidade vem suportando pressões econômicas que produzem sua desestabilização, em decorrência da insegurança quanto ao recebimento de recursos necessários à sua própria subsistência, lançando-a a uma situação de pobreza e de insegurança alimentar. A alteração do modo de produção acarreta o envolvimento prematuro da criança na atividade de extração do fruto, que é realizada em diversas regiões do Estado do Pará, com destaque para a região da Ilha de Marajó.

Dentre os municípios da Ilha de Marajó, São Sebastião da Boa Vista, especificamente a região do rio Médio Pracuúba, situada na parte intermediária do maior rio do município, o rio Pracuúba, destaca-se pela importância na produção de açaí, figurando, no ano de 2018, em décimo quarto na produção do Estado do Pará e em quinto lugar na região do Marajó, conforme dados extraídos da pesquisa sobre Produção Agrícola Municipal – PAM (IBGE, 2018b).

Aliado a isso, no município escolhido, segundo a amostra Trabalho Infantil do IBGE (2010), identificou-se o percentual de 14,8% de pessoas de 10 a 17 anos ocupadas na semana de realização da pesquisa, com taxa de analfabetismo em torno de 8,3%, sendo a incidência maior no grupo etário de 10 a 13 anos, de 11,6%. Além do número considerável de crianças atuando precocemente no mundo do trabalho, identificou-se que grande parte delas estavam na zona rural, em atividades relacionadas à agricultura e eram do sexo masculino.

O rio Médio Pracuúba foi apontado em virtude de ser o maior rio do município, tendo, em sua parte intermediária, a maior área de açazal, aliado ao fato de ser o principal meio de escoamento da produção (INSTITUTO PEABIRU, 2011). Assim, figura como centro de importância para a extração do produto no município citado.

Escolhido o espaço a ser investigado, realizou-se pesquisa na região, no período de 28.09 a 01.10.2018, com o objetivo de entender a dinâmica de extração do fruto, a ocorrência de utilização de mão de obra infantil e os principais riscos advindos da atividade de extração do fruto.

A partir do cenário exposto, o presente trabalho procura responder o seguinte problema: a partir da observação empírica dos riscos e dos parâmetros normativos existentes, é possível enquadrar a atividade de extração do fruto açaí como uma das piores formas de trabalho infantil?

Para tanto, traça-se como objetivo geral analisar se a atividade de extração do açaí pode ser enquadrada como uma das piores formas de trabalho infantil, a partir da observação empírica dos riscos existentes em tal atividade em cotejo com a normatização internacional e nacional sobre a matéria, a fim de propor a revisão da Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil - Lista TIP.

Para tanto, elencam-se como objetivos específicos: a) estabelecer o marco teórico sobre a proteção contra o trabalho infantil; b) analisar o modo de extração do fruto açaí, com ênfase na identificação dos riscos existentes; c) apresentar os parâmetros normativos para o enquadramento de uma atividade na Lista das Piores Formas de trabalho infantil e responder o problema de pesquisa.

A hipótese a ser testada é que a atividade de extração do açaí oferece riscos suficientes para que seja incluída na Lista TIP e que tal inclusão é necessária para garantir visibilidade aos atores sociais envolvidos, a fim de gerar consciência na comunidade consumidora do fruto e instigar a atuação governamental para o combate e a eliminação da prática violadora dos direitos da criança.

Quanto aos aspectos metodológicos, o estudo está estruturado, quanto à abordagem, em pesquisa qualitativa; quanto à natureza, revelou-se como pesquisa aplicada, com o intuito de gerar conhecimento para a aplicação prática; quanto aos objetivos, a pesquisa é tipo exploratória; quanto aos procedimentos, foram realizadas pesquisas bibliográficas e pesquisa de campo, a partir das quais foi observado o método utilizado para a extração do açaí.

Além da introdução e considerações finais, o presente trabalho encontra-se dividido em três seções com a argumentação necessária à solução do problema de pesquisa que se apresenta. Por critérios metodológicos, cada objetivo acima mencionado corresponderá ao conteúdo de uma seção específica.

Na primeira seção, o enfoque é dado ao exame conceitual e normativo do trabalho infantil. Na segunda seção, é demonstrado o modo de extração do fruto, com destaque para a identificação dos riscos existentes. A terceira seção ocupa-se de identificar os elementos necessários para caracterização de uma atividade como sendo uma das piores formas de trabalho infantil e de responder se a atividade investigada pode ser enquadrada naquele rol.

Nas considerações finais, responde-se ao problema de pesquisa e aponta-se uma estratégia voltada à conscientização de toda a população sobre os riscos existentes na atividade.

1 O TRABALHO INFANTIL E SEUS ASPECTOS LEGAIS

Pode ser considerado trabalho infantil aquele que é mental, física, social ou moralmente perigoso e prejudicial às crianças ou interfere na sua educação, quer a privando da oportunidade de frequentar a escola, quer a obrigando ao abandono de forma prematura, ou impondo-lhe combinar a frequência escolar com o trabalho excessivamente pesado, penoso, exaustivo e desgastante.

A propósito, a respeito do assunto, Brito Filho (2018, p. 137) expõe que

nessas condições, estudar é a possibilidade que fica negada, ou que, pelo menos, torna-se muito mais difícil, com evidentes prejuízos, presentes e futuros, para todos os que, em período em que deveriam ter todo o apoio necessário, encontram-se uma etapa à frente, executando tarefas que ainda não deveriam deles ser exigidas.

Em suas formas mais extremas, o trabalho infantil envolve crianças sendo separadas de suas famílias, escravizadas, vivendo pelas ruas, com exposição a perigos e doenças graves. Contudo, isto não valida a presunção de que o trabalho realizado no âmbito familiar seria menos prejudicial que o realizado nas ruas, pois também não há garantia de que haverá proteção da criança no âmbito familiar. Para isso, basta citar, como exemplos, a exploração do trabalho infantil na atividade agrícola, uma das ocupações mais perigosas, bem como o trabalho doméstico.

O trabalho infantil estará onde houver a condição mais explorada do trabalho humano. Isto porque o trabalho infantil convive e é influenciado pela pobreza familiar, pela precariedade da educação, pela persistência e pela necessidade de sobrevivência, dentre outros fatores. Nas lições de Arroyo (2015), a permanência do trabalho da criança é inseparável da persistência do padrão capitalista, racista, sexista de trabalho que perdura e se sofisticava.

Sobre as consequências do trabalho infantil, Koury (2017, p. 53) expressa que a sua ocorrência “reflete diretamente no comparecimento às aulas e no desempenho escolar das crianças e adolescentes que trabalham

na colheita.” Além disso, a mesma autora (2017, p. 53) destaca que o trabalho infantil na cadeia produtiva do açaí é uma realidade no período da safra, quando as famílias envolvidas na atividade mobilizam crianças para apanhar o fruto, devido à destreza para subirem, com o auxílio da peconha, em palmeiras altas, cuja espessura não suporta muito peso.

O trabalho infantil na zona rural obriga ao abandono precoce da escola, sem falar nos casos em que sequer é possível frequentá-la. A ausência de perspectivas para as crianças produz um futuro semelhante ao de seus pais, perpetuando um ciclo de pobreza, sem sonhos, nem ambições.

Com o objetivo de compreender o sujeito nuclear do trabalho infantil, torna-se necessário definir o que se entende por criança, o ponto de partida para a resposta normativa ao trabalho infantil.

Nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990 (BRASIL, 1990), define criança como “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”

Ainda no plano internacional, especificamente no âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT, destacam-se a Convenção nº. 138 de 1973 e a Recomendação nº 146, que tratam da idade mínima para o ingresso em qualquer emprego, em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

A Convenção nº 138 (OIT, 1973), ao estatuir o compromisso de cada Estado-membro de efetivar uma política que elimine a utilização da mão de obra infantil, cuida de se referir à existência de uma idade mínima para a admissão no emprego considerando o nível de desenvolvimento físico e mental das crianças.

Dessa forma, a idade mínima para uma criança se empregar em trabalhos ordinários é de 15 anos; para se empregar em atividades consideradas perigosas, exige-se o mínimo de 18 anos e para laborar em atividades leves, exige-se o mínimo de 13 anos de idade. Ao lado de tais previsões, a Convenção permite que os Estados-membros especifiquem, por meio de declaração, a idade mínima para a admissão no labor, desde que não seja inferior à de conclusão da escolaridade obrigatória ou, em qualquer circunstância, inferior a quinze anos. Contudo, flexibiliza a regra permitindo que as nações cujas economias e condições de ensino não sejam suficientemente desenvolvidas, possam reduzir em um ano a idade estabelecida na norma.

Por sua vez, a Recomendação nº 146 (OIT, 1976) visa a dar concretude aos objetivos estabelecidos na Convenção nº 138 (OIT, 1973), com ênfase na prioridade que deve ser dada à questão da identificação e do atendimento das crianças. Nesse intuito, recomenda que os países confirmem atenção especial ao compromisso com o pleno emprego, a fim de que possam fixar a idade mínima para a sua inserção no labor nos parâmetros visados pela OIT; destaca a importância da promoção de medidas socioeconômicas para a redução das consequências da pobreza, com o fim de evitar a utilização da mão de obra infantil como apoio na formação da renda familiar; discorre sobre a criação de programas de proteção social que garantam o bem-estar familiar; enfatiza a importância do acesso ao ensino obrigatório pela criança, bem como à formação profissional e, por fim, destaca o acesso à saúde como crucial para o desenvolvimento saudável na infância.

Ainda no plano internacional, mas com aspecto bem mais genérico, identifica-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948). Trata-se de diploma que contém dispositivos relacionados diretamente à proteção e ao desenvolvimento da criança, como por exemplo, o que considera a família como núcleo natural e fundamental da sociedade, assegurando-lhe o direito à proteção da sociedade e do Estado (Art. 16, III), e ao prescrever que a educação deverá ser orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais (Art. 26, II).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990 (ONU, 1989), destaca-se, segundo Piovesan (2017, p. 498) como o “tratado internacional de proteção de direitos humanos com o mais elevado número de ratificações, contando em 2016 com 196 Estados-partes”.

De seu conteúdo, extrai-se a adoção da concepção da criança como sujeito de direito, que implica a exigência de tratamento e proteção especial e absoluta prioridade. Dentre os direitos previstos no texto convencional, destacam-se: o direito à vida e à proteção contra a pena capital, o direito a ter uma nacionalidade, o direito de entrar e sair de qualquer Estado-parte para fins de reunificação familiar, a liberdade de pensamento, consciência e religião e o direito ao acesso a serviços de saúde. Ao Estado cabem deveres como reduzir a mortalidade infantil e abolir práticas tradicionais que acarretem riscos à saúde, oferecer educação primária compulsória e gratuita, assegurar-lhes um nível de vida adequado

e segurança social, a proteção contra a exploração econômica, a proteção contra a exploração e o abuso sexual.

No Direito brasileiro, os direitos das crianças e dos adolescentes são garantidos, com especial ênfase, pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e pela Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) elenca como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e relaciona os objetivos fundamentais em seu art. 3º. Prevê ainda, em seu art. 7º, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, “a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.”

Especificamente quanto à proteção da criança, segundo Piovesan (2017), a Carta Magna de 1988 introduziu uma série de dispositivos que a tratam de forma consonante com as diretrizes internacionais de direitos humanos e com os padrões democráticos.

Ainda sobre o art. 7º, inciso XXXIII, da CRFB, especialmente sobre o alcance da norma proibitiva de toda relação de trabalho, e não apenas a de emprego, Medeiros Neto (2006) pontua que a proibição a qualquer trabalho a menores de dezesseis anos estende-se a todo o tipo de labor, não se restringindo ao trabalho subordinado. Primeiro, em virtude do termo utilizado pelo legislador, que não se valeu da expressão “emprego”. Segundo, em virtude da amplitude da proteção que se buscou assegurar, a fim de resguardar todos os aspectos da vida da criança e do adolescente (pessoal, familiar e social). Por fim, o entendimento está de acordo com a interpretação sistemática à luz do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente.

Pelas mesmas razões, Maranhão (1997) destaca que o dispositivo constitucional assegura, de fato, o direito da criança de não trabalhar, de não assumir o encargo de seu sustento próprio e da sua família tão precocemente.

Sobre os novos direitos introduzidos, Piovesan (2017) destaca que o reconhecimento dos direitos à criança e ao adolescente decorrem de sua condição de ser humano em desenvolvimento. Por essa razão, incumbe ao Estado e à sociedade, o dever de assegurar, por diversos meios, a geração de oportunidades e facilidades, com o objetivo de permitir o pleno desenvolvimento das capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e

sociais, com a observância de que isso ocorra dentro de um cenário de liberdade e de dignidade.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990), tem por objetivo regular a situação jurídica dos indivíduos até a idade de 18 anos, definindo como criança o indivíduo até a idade de 12 anos e como adolescente o indivíduo com idade entre 12 e 18 anos. O Art. 3^o do Estatuto trata dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e explicita a já comentada doutrina da proteção integral.

Nascimento (2003) pontua que o Estatuto adota o princípio da doutrina da proteção integral, fundamentada na promoção do pleno desenvolvimento mental e físico da criança e do adolescente, conferindo-lhe direitos civis, sociais, culturais, políticos e econômicos.

Por fim, a Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº. 5.452 de 1943 (BRASIL, 1943), possui um capítulo específico intitulado "Da proteção do trabalho do menor" (expressão não recepcionada pela Constituição de 1988, que existia no revogado Código de Menores), com regras garantidoras de proteção adequada à criança. Dentre elas, prevê, em seu art. 403, que é proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. Além disso, destaca que o trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

A ratificação das Convenções pelo Estado Brasileiro e a atividade legislativa nacional reflete o seu compromisso com a temática e também com a Política de Trabalho Decente, a qual engloba a erradicação de toda forma de trabalho infantil.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o trabalho decente é considerado como adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna. Por essa razão, é uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Essa construção apóia-se em quatro pilares estratégicos: a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e

¹ Art. 3^o A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1988).

direitos fundamentais do trabalho, o que inclui as normas sobre liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de trabalho forçado, abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação; b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social e d) diálogo social.

No Brasil, a promoção do Trabalho Decente passou a ser um compromisso assumido entre o Governo brasileiro e a OIT a partir de junho de 2003, com a assinatura do Memorando de Entendimento que prevê o estabelecimento de um Programa Especial de Cooperação Técnica para a Promoção de uma Agenda Nacional de Trabalho Decente, em consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores (IPEA, 2010).

A Agenda Nacional de Trabalho Decente (BRASIL, 2010) estrutura-se a partir de três prioridades. A primeira é gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento. A segunda é erradicar o trabalho escravo e eliminar o trabalho infantil, em especial em suas piores formas e, por fim, a terceira prioridade consiste em fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática.

Em relação à segunda prioridade, tem-se como resultado esperado a elaboração, a implementação e o monitoramento de Planos Nacionais de Erradicação do Trabalho Infantil e Erradicação do Trabalho Escravo.

As prioridades que estruturam o Plano Nacional de Trabalho Decente (BRASIL, 2010) correspondem àquelas definidas na Agenda Nacional de Trabalho Decente e levaram em consideração os eixos programáticos previstos no Plano Plurianual (PPA) 2008-2011 e na Agenda Hemisférica do Trabalho Decente, bem como os resultados apresentados nos Relatórios Nacionais de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, e os objetivos da Agenda Nacional de Desenvolvimento, elaborada pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES).

Tanto o Plano Nacional de Trabalho Decente (BRASIL, 2010) quanto a Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude no Brasil (BRASIL, 2010) apresentam a erradicação do trabalho infantil como prioridade do Estado Brasileiro.

Além do compromisso com a agenda do trabalho decente, os países signatários das Nações Unidas estão comprometidos com o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, a serem

alcançados até 2030. Dentre eles, figura como oitavo objetivo o Trabalho decente e crescimento econômico (ONU).

Denominado como ODS 8 da ONU, o objetivo é a promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, do emprego pleno e produtivo e do trabalho decente para todas e todos. Para tanto, apresenta uma série de metas, dentre as quais, destaca-se a 8.7, que implica na adoção de medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas.

Nota-se a existência de vários compromissos, decorrentes dos acordos internacionais e, principalmente, como obrigação legal da garantia de proteção absoluta à criança e ao adolescente.

De todo esse arcabouço normativo, denota-se que a positivação dos direitos da criança, inclusive no texto constitucional, fundada na doutrina da proteção integral, demonstra o compromisso do Estado de garantir o pleno exercício de seus direitos, com a observância da característica especial de pessoa em desenvolvimento, retirando-a de toda e qualquer forma, ambiente ou situação de trabalho que possam prejudicar seu crescimento físico e intelectual, bem como a sua moral.

2 A ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DO AÇAÍ E OS SEUS RISCOS

A extração e a coleta do açaí revelam-se como atividades tradicionais de conhecimento por todos os que compõem a comunidade e são repassadas de geração em geração, geralmente, à criança do sexo masculino.

Em diagnóstico realizado pelo Instituto Peabiru (2016), foi identificado que a atividade de extração do açaí é uma das mais perigosas do Brasil, sendo desenvolvida por um número expressivo de famílias, que não é possível precisar em virtude da ausência de dados. E, em virtude de ter deixado de ser atividade familiar para ser incorporada a uma cadeia de valor global, houve alterações profundas no tecido social da comunidade, pois o que antes era apenas um modelo de reprodução extrativista, assumiu contornos que geram graves preocupações quanto à segurança e à saúde do peconheiro.

O responsável pela extração do fruto recebe o nome de peconheiro em decorrência da utilização da peconha, instrumento de trabalho

confeccionado em formato circular, com o uso de folhas do próprio açazeiro ou com o uso de fios plásticos, para aumentar sua durabilidade. Tal instrumento é colocado em volta dos pés e auxilia no processo de subida na árvore para colher o açaí.

Segundo Marinho (2005), a extração do açaí é uma atividade que envolve homens, mulheres e crianças, sem uma rígida divisão do trabalho, pois todos eles, independentemente de idade e de gênero, podem se dedicar a qualquer etapa do processo extrativo, ainda que, na área estudada, tenha-se observado que as mulheres se dedicam mais à debulha, enquanto os homens e as crianças se ocupam preferencialmente da extração propriamente dita.

Na mesma linha, para o Instituto Peabiru (2016), a mão de obra infantil é utilizada principalmente em virtude dos aspectos físicos, pois o indivíduo mais ágil, mais leve, consegue subir rapidamente e colher o necessário para o consumo da família. Contudo, em face do crescimento exponencial da demanda pelo vinho (polpa) de açaí, a coleta passou a atender não apenas ao consumo da própria família ou localidade, ou o limitado mercado regional, que consome o açaí fresco, *in natura*, para se transformar em uma cadeia de valor de interesse global, com envolvimento de novos atores (indústrias processadoras, atacadistas, varejistas e outros).

Sobre o trabalho da criança na atividade de extração do fruto, Marinho (2005) já identificava sua ocorrência no rio Médio Pracuúba. Segundo ele, o processo de aprendizagem relativo à subida no açazeiro inicia por volta de 6 a 7 anos, geralmente por crianças do sexo masculino, com incentivo e recebimento de instruções básicas dadas pelo pai como, por exemplo, não deixar a peconha sair dos pés e segurar bem a palmeira para evitar queda. Assinala que, aproximadamente dois anos após, a criança torna-se um ágil coletor, em virtude do aumento de sua força física e de seu peso, denotando uma habilidade invejável, vez que consegue subir em árvores mais finas, as quais não suportam o peso de um adulto. Por essas razões, assinala que não se verificou, durante sua pesquisa, nenhuma preocupação relativa às implicações que o uso intenso da mão de obra infantil pode acarretar às crianças.

Destaca-se que, para a extração do açaí, o peconheiro utiliza, basicamente, a peconha e o facão, subindo na palmeira, geralmente, sem camisa e sem proteção ao facão.

A extração do açaí é atividade complexa que não se resume à subida no açazeiro. Antes da extração há uma fase preparatória bastante ampla e perigosa (coleta) e, após, segue-se a venda do produto no mercado local.

Especificamente na região do rio Médio Pracuúba, as etapas da extração do açaí podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) deslocamento ao açaizal, que pode ficar na própria propriedade ou em outro local, para o qual se utiliza de pequenas embarcações ou se faz caminhadas pela floresta; b) identificação do fruto que está maduro; c) a extração propriamente dita que consiste da retirada do fruto da árvore com a utilização de faca ou facão; d) a chamada debulha, que consiste na retirada do fruto do seu cacho, com as mãos; e) por fim, realiza-se a separação entre o fruto maduro e o fruto que ainda não está adequado ao consumo.

A gama de atividades que deve ser realizada pelo "peconheiro" antes da extração propriamente dita representa a complexidade da atividade que exige destreza, força e conhecimento da realidade local, além de envolver uma série de riscos, em virtude do ambiente onde é extraído e a forma como ocorre a extração e o deslocamento.

Especificamente quanto aos riscos físicos suportados pelo peconheiros na atividade de extração do fruto, é possível listar as tarefas, os perigos identificados e a lesão, de acordo com o quadro abaixo:

Quadro 1: Lista de tarefas, perigos e lesão para a saúde da criança

Tarefa	Perigo	Lesão
Caminhar em meio a terreno alagadiço na várzea	Existência de cobras, insetos e solo com pedaços de madeira (espinhos)	Picada, perfuração
Passagem por pontes improvisadas	Risco de tombo e ferimento com o facão	Fratura, corte, perfuração
Remar	Correnteza forte, chuvas, sol, presença de animais	Insolação, picadas, choque térmico
Preparação para subida	Existência de cobras, insetos e solo com pedaços de madeira (espinhos)	Picada, perfuração
Subida e descida no açaizeiro	Altura perigosa, superfície escorregadia, subidas instáveis, quebra da árvore, porte de facão, presença de abelhas, carregamento de carga pesada	Deformações ósseas, deslocamento de ombros e lesões mortais ou não, incluindo fraturas ósseas; traumatismo craniano e lesões em todo o corpo; bolhas nas mãos e nos pés, lacerações, lesões musculares, picadas de abelhas, perfuração

Troca de árvores	Queda e perfuração com o facão	Deformações ósseas, deslocamento de ombros e lesões mortais ou não, incluindo fraturas ósseas; traumatismo craniano e lesões em todo o corpo; lacerações, lesões musculares e perfuração
Retirada do fruto do cacho (debulha ²)	Presença de animais	Picadas
Transporte do fruto dos barcos pequenos para os maiores	Risco de queda, postura, carregamento e descarregamento	Deformações ósseas, deslocamento de ombros, bolhas nas mãos e nos pés.

Fonte: Elaboração própria.

Constata-se, assim, que uma atividade importante para o desenvolvimento regional acaba por repercutir no aumento da insegurança da população tradicional, que executa sua exploração. E mais, acaba por incluir uma atividade extremamente perigosa no dia a dia de crianças, que passam a suportar todos os riscos físicos acima identificados, sem a atenção do poder público, que merecem como pessoas em desenvolvimento.

3 O ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DO AÇAÍ COMO UMA DAS PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL

As piores formas de trabalho infantil são definidas no artigo 3º da Convenção nº. 182 da OIT (OIT, 1999), também denominada de Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação. Segundo a Convenção, os países devem identificar onde esses tipos de trabalho existem e revisar a lista conforme necessário, em conjunto com as organizações de empregadores e trabalhadores em causa.

Nessa linha protetiva, a Convenção citada (OIT, 1999), estabelece que todo país que a ratifique deve adotar medidas imediatas a fim de erradicar as piores modalidades de trabalho infantil, o que abrange, segundo disposto no Artigo 3: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas

² Atividade de retirada do fruto do cacho, geralmente feita com o uso das mãos.

e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) a utilização, demanda e a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas; c) a utilização, o recrutamento e a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular, a produção e o tráfico de entorpecentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes; e d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.

Nota-se que o termo “Piores” é utilizado como comparativo com outras formas de trabalho infantil que também são inaceitáveis e violadoras da infância e do ser humano. Contudo, há um núcleo ainda mais preocupante de violações, do qual pode resultar a morte prematura da criança, sem falar em toda a gama de prejuízos ao seu desenvolvimento físico, moral, social, cultural e psíquico.

Para dar concretude ao texto convencional, a OIT adotou a Recomendação nº 190 (OIT, 1999), a qual estabelece diretrizes para a elaboração de programa, a saber, a identificação e a denúncia das piores formas de trabalho infantil, o impedimento de que crianças atuem em atividades consideradas dentre as piores formas de trabalho infantil ou a sua retirada dessas formas de trabalho, a proteção contra represálias e a garantia de sua reabilitação e inserção social por meio de medidas que atendam às suas necessidade educacionais, físicas e psicológicas.

Estabelece, ainda, a necessidade de garantir especial atenção às crianças mais jovens, às crianças do sexo feminino e aos problemas dos trabalhos ocultos, que sujeitam a riscos especialmente as meninas, bem como a outros grupos de crianças que sejam particularmente vulneráveis ou tenham necessidades específicas.

Além disso, traça como diretriz a necessidade de, nas comunidades nas quais as crianças estejam especialmente expostas a riscos, contato direto com elas, bem como informar, sensibilizar e mobilizar a opinião pública e os grupos interessados, inclusive as crianças e as suas famílias.

A recomendação apresenta, de forma exemplificativa, um rol de modalidades de trabalho perigoso, a saber, aqueles em que a criança é submetida a abusos psicológicos, físicos e sexuais; as atividades executadas em condições insalubres ou em condições especialmente difíceis; os trabalhos subterrâneos, debaixo d'água, em lugares confinados ou em alturas perigosas; as atividades realizadas com máquinas, ferramentas

e equipamentos de risco, bem como os que envolvam manipulação ou transporte de cargas pesadas.

A Recomendação n.º 190 (OIT, 1999), que trata das Piores Formas de Trabalho Infantil, estabelece um conjunto de diretrizes não vinculativas que acompanham a Convenção n.º 182, na qual são dadas instruções sobre o que deve ser proibido, conforme já exposto acima.

Destaca-se que as locuções “podem ser perigosas para a saúde”, “podem prejudicar” ou “que pode ser perigoso” são importantes. Eles significam que não é necessário conduzir uma investigação ou recorrer a outros meios para demonstrar que o trabalho causará efetivamente uma doença ou lesão ou causará outros danos, considerando-se que representam um risco em potencial.

Especificamente quanto ao tema, a Convenção n.º 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1999), dispõe que a expressão as piores formas de trabalho infantil abrange: “[...] d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças,” os quais serão determinados pela legislação nacional, conforme informa o artigo 4³ do mesmo diploma.

Por outro lado, a Recomendação 190 (OIT, 1999), em seu artigo 3⁴, disciplina o assunto, apresentando parâmetros para a identificação de um trabalho perigoso.

Pelo teor do dispositivo legal, identifica-se que a atividade de retirar o fruto do açazeiro é considerada perigosa por ser realizada em alturas perigosas, com ferramentas perigosas, em meio ambiente insalubre e em condições especialmente difíceis.

³ Os tipos de trabalhos a que se refere o Artigo 3, d), deverão ser determinados pela legislação nacional ou pela autoridade competente, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas e levando em consideração as normas internacionais na matéria, em particular os parágrafos 3 e 4 da Recomendação sobre as piores formas de trabalho infantil (OIT, 1999).

⁴ II. Trabalho perigoso: 1. Ao determinar e localizar onde se praticam os tipos de trabalho a que se refere o artigo 3, d) da Convenção, deveriam ser levadas em consideração, entre outras coisas: a) os trabalhos em que a criança ficar exposta a abusos de ordem física, psicológica ou sexual; b) os trabalhos subterrâneos, debaixo d'água, em alturas perigosas ou em locais confinados; c) os trabalhos que se realizam com máquinas, equipamentos e ferramentas perigosos, ou que impliquem a manipulação ou transporte manual de cargas pesadas; d) os trabalhos realizados em um meio insalubre, no qual as crianças estiverem expostas, por exemplo, a substâncias, agentes ou processos perigosos ou a temperaturas, níveis de ruído ou de vibrações prejudiciais à saúde, e e) os trabalhos que sejam executados em condições especialmente difíceis, como os horários prolongados ou noturnos, ou trabalhos que retenham injustificadamente a criança em locais do empregador (OIT, 1999) (negrito nosso)

Em cumprimento à Convenção e à Recomendação acima, no plano interno, o Decreto nº. 6.481, de 12 de junho de 2008 (BRASIL, 2008), regulamentou os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção nº. 182 (OIT, 1999), elencando a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, conhecida como Lista TIP.

Na referida Lista, a despeito de não constar expressamente a atividade de peconheiro, o que se justifica pela sua invisibilidade como já exposto, há um elenco de prováveis riscos ocupacionais e prováveis repercussões à saúde decorrente de atividades que se enquadram em diversas ocupações.

É tida como uma das piores formas de trabalho infantil trabalhar “Com utilização de instrumentos ou ferramentas perfurocortantes, sem proteção adequada capaz de controlar o risco”, tendo sido apresentado como prováveis riscos ocupacionais “Perfurações e cortes” e prováveis repercussões à saúde os “Ferimentos e mutilações”.

Também está elencada dentre aquelas atividades trabalhar “ao ar livre, sem proteção adequada contra exposição à radiação solar, chuva, frio”, com prováveis riscos ocupacionais a “Exposição, sem proteção adequada, à radiação solar, chuva e frio” e como prováveis repercussões à saúde “Intermações; queimaduras na pele; envelhecimento precoce; câncer de pele; desidratação; doenças respiratórias; hipertemia; dermatoses; dermatites; conjuntivite; pneumonite; fadiga; intermação”.

Consta, ainda, como atividade perigosa trabalhar “em alturas superiores a 2,0 (dois) metros”, tendo como prováveis riscos ocupacionais “Queda de nível” e como prováveis repercussões à saúde “Fraturas; contusões; traumatismos; tonturas; fobias”.

Nesse contexto, identifica-se o enquadramento da atividade do "peconheiro" dentre as piores formas de trabalho infantil, sendo importante, inclusive, para garantir a visibilidade do problema, a inclusão da referida atividade no elenco daquela lista. Nesse contexto, Koury (2017, p. 52) destaca que:

O trabalho na extração do açaí não está relacionado a lista dos Trabalhos Infantis Perigosos (Lista TIP) acima mencionada, mas muito se assemelha ao trabalho na colheita de cítricos, pimenta malagueta e semelhantes (item 3 da Lista TIP), cujos prováveis riscos ocupacionais são esforço físico e posturas viciosas; exposição a poeiras orgânicas e seus contaminantes, como fungos e agrotóxicos; contato com substâncias tóxicas da própria planta; acidentes com

animais peçonhentos; exposição, sem proteção adequada, à radiação solar, calor, umidade, chuva e frio; e acidentes com instrumentos perfuro-cortantes.

A precariedade em que se encontra o extrativista, o elo mais frágil da cadeia (POTIGUAR; OLIVEIRA, 2016), é uma clara demonstração de escassez de políticas públicas e da consequente falta de relações formais de produção nos elos em que ele atua, decorrentes, principalmente, da invisibilidade dos sujeitos mais afetados na cadeia produtiva.

CONCLUSÃO

O exame do trabalho infantil na coleta do açaí como uma das piores formas de trabalho parte da constatação da existência de profunda alteração no modelo de produção do açaí que, se antes era extraído para consumo interno, passou a ser tratado como objeto de significativa demanda no comércio internacional e nacional, representando uma das cadeias de desenvolvimento elencadas pelo Estado do Pará para o desenvolvimento regional.

A despeito da importância econômica para o desenvolvimento da região, o Poder Público local não cuidou de determinar a elaboração de estudos sobre a cadeia produtiva, especialmente de sua etapa inicial – a extração, os agentes envolvidos e os riscos suportados por eles, nem tampouco sobre a utilização de mão de obra infantil. Tal omissão revela a total invisibilidade dos principais agentes da cadeia citada.

A invisibilidade das condições de trabalho perante o consumidor final faz com que os elos fortes da cadeia de valor – indústrias, atacadistas, varejistas e batedores (na região) não se responsabilizem pela segurança do trabalhador.

Além disso, inexistente regulamentação específica de proteção ao peconheiro. No Estado do Pará, o Decreto nº. 326, de 20.1.2012 (PARÁ, 2012), refere-se, exclusivamente, à qualidade do produto para consumo, sem preocupação com questões de segurança dos trabalhadores responsáveis pela colheita, o que revela a desproteção a que estão sujeitos os trabalhadores.

Por outro lado, inexistente política pública voltada especificamente para a garantia de segurança na atividade de extrativismo de açaí em várzea. Isto porque são insuficientes as políticas públicas municipais, estaduais e federal para as questões relacionadas ao trabalho precário, bem como o é o interesse dos centros de pesquisa sobre estas questões e o impacto

da atuação nestas cadeias de valor na saúde e qualidade de vida destes trabalhadores e de seus familiares.

Por outro lado, a atividade de extração do açaí realizada por crianças é vista de forma natural pela comunidade envolvida e revela o quão é tradicional, como expressão imaterial de sua cultura, sem a devida preocupação com a ilegalidade do trabalho infantil.

Especificamente a respeito das populações tradicionais, a exemplo de indígenas, quilombolas e, no caso em estudo, da população ribeirinha, os valores compartilhados pelas comunidades tendem a assumir um peso maior na formação da identidade das pessoas integrantes do grupo.

Nesse contexto, identifica-se que a subida no açazeiro é prática cultural da população ribeirinha, passada de geração em geração, com o reconhecimento daquele que consegue subir na árvore e que é motivo de orgulho para os seus familiares.

Assim, há dois obstáculos claros à retirada da criança da cadeia produtiva investigada: a invisibilidade da figura do peconheiro e dos riscos que suporta e a naturalização do desenvolvimento da atividade de extração do fruto por crianças, como reprodução cultural.

Em face disso e após o exame feito acima, pode-se tecer algumas considerações.

A primeira delas é que o trabalho infantil desenvolvido em atividade perigosa e contínua, revela o descompromisso com o direito fundamental à proteção da criança, sem a devida observância da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o dever de cuidar adequadamente da criança, pondo-a a salvo de toda e qualquer situação de perigo.

A segunda é que, respondendo ao problema de pesquisa, a partir dos riscos existentes na atividade de extração do açaí e identificados neste estudo, a atividade estudada consubstancia todos os elementos para o seu enquadramento dentre as piores formas de trabalho infantil.

Por fim, o Decreto nº. 6.481, de 12 de junho de 2008 (BRASIL, 2008), que regulamenta os artigos 3º, alínea d, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e aprova a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, expressa, em seu art. 5º, que a citada lista será periodicamente examinada e, se necessário, revista em consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, competindo ao Ministério do Trabalho e Emprego (redação legal) organizar os respectivos processos de exame e consulta.

Assim, entende-se necessário que os órgãos competentes promovam a alteração/revisão legislativa para a inclusão da atividade estudada no rol das piores formas de trabalho infantil, com a criação de um marco normativo específico.

É sabido que leis não são suficientes para a solução de problemas enfrentados pela sociedade, pois, se fossem, a prática de trabalho infantil já teria sido eliminada em decorrência da quantidade de diplomas normativos existentes.

No entanto, chama-se a atenção para a existência de uma atividade exploratória invisibilizada, tanto pelos demais componentes da cadeia produtiva, quanto pelos consumidores finais.

A invisibilidade do problema impede o desenvolvimento de qualquer ação. Daí porque, entende-se que, o primeiro passo, é retirá-la desse espaço. Desse modo, a inclusão da atividade na lista TIP representa a inclusão do problema no âmbito da estrutura política e institucional do Estado, o que confere permanência e sustentabilidade aos resultados e às ações voltadas à proteção às crianças.

Além disso, a existência de um marco normativo permite traçar como diretriz a necessidade de identificar, nas comunidades nas quais as crianças estejam especialmente expostas a riscos, o contato direto com elas, bem como informar, sensibilizar e mobilizar a opinião pública e os grupos interessados, inclusive as famílias, sobre o quão prejudicial é, para o desenvolvimento das crianças, a sua permanência na atividade de extração do açaí.

REFERÊNCIAS

ARROYO, M. G. A infância repõe o trabalho na agenda pedagógica. *In*: ARROYO, Miguel G; VIELLA, Maria dos Anjos; SILVA, Maurício Roberto da. (orgs.). **Trabalho Infância**: exercício tensos de ser criança, haverá espaço na agenda pedagógica? Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto nº. 6.481, de 12 de junho de 2008.** Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) [...]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/Ato2007-2010/2008/Decreto/D6481.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude no Brasil.** Publicação conjunta do Ministério do Trabalho e Emprego e da Secretaria-Geral da Presidência da República. Brasília, 2010. Disponível em: <http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C812D2E7318C8012FE53F261E58FB/Agenda%20Nacional%20do%20Trabalho%20Decente%20para%20a%20Juventude.pdf> Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Plano Nacional de Trabalho Decente: Gerar Trabalho Decente para Combater a Pobreza e as Desigualdades Sociais.** Brasília, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226249.pdf Acesso em: 15 nov. 2021.

BRITO FILHO, J. C. M. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno.** 5ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

FUNDAÇÃO AMAZÔNIA DE AMPARO A ESTUDOS E PESQUISAS [PARÁ]. **Programa PARÁ 2030: avanços do programa e perspectivas da economia paraense.** Belém: FAPESPA, 2018. Disponível em: <http://www.fapespa.pa.gov.br/upload/Arquivo/anexo/1585.pdf?id=1529981968>. Acesso em: 2 jan. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010.** Brasília, DF: IBGE, 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pa/sao-sebastiao-da-boa-vista/panorama>. Acesso em: 9 jul. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua**: Trabalho Infantil 2016. Brasília, DF: IBGE, 2017. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101388_informativo.pdf. Acesso: em 03 jan. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). **Produção Agrícola Municipal – PAM 2018**: pesquisa por unidades da Federação. Brasília, DF: IBGE, 2018. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/1613#resultado>. Acesso em: 3 jan. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). **Produção Agrícola Municipal – PAM 2018**: pesquisa por municípios. Brasília, DF: IBGE, 2018. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/1613#resultado>. Acesso em: 3 jan. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Avanços na Agenda Nacional do Trabalho Decente**. Mercado de trabalho, nº 44, ago. 2010. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3976/1/bmt44_04_nt02_avancos.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

INSTITUTO PEABIRU. **“O Peconheiro”**: Diagnóstico das condições de trabalho do extrativista de açaí. Belém, Instituto Peabiru, 2016. Disponível em: <https://institutopeabiru.files.wordpress.com/2017/09/160915-o-peconheiro-diagnostico-acai.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2020.

KOURY, S. E. C. O trabalho infantil na colheita do açaí na Ilha do Marajó. In: FARIAS, James Magno Araujo Farias (org.) **Trabalho decente**. São Paulo: LTr, 2017

MARINHO, J. A. M. **Dinâmica das relações socioeconômicas e ecológicas no extrativismo do açaí: o caso do médio rio pracuúba, São Sebastião da Boa Vista, Marajó (PA)**. 2005. Dissertação (Mestrado em Planejamento do Desenvolvimento) – Núcleo de Altos Estudos da Amazônia - NAEA, Universidade Federal do Pará, Belém, 2005. Disponível em: <https://docplayer.com.br/50711579-Jose-antonio-magalhaes-marinho.html>. Acesso em: 18 jan. 2020.

MARANHÃO, D.; SÜSSEKIND, A.; TEIXEIRA, L.; VIANNA, S. **Instituições de direito do trabalho**. 17ª ed. atual. até 30.4.97 por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1997, v. 2.

MEDEIROS NETO, X. T. **A proteção trabalhista à criança e ao adolescente**: fundamentos e normas constitucionais. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/download/a_protecao_trabalhista_a_crianca_e_ao_adolescente.pdf. Acesso em: 18 jan. 2020.

MENDONÇA, M. *et al.* Etnobotânica e saber tradicional. In: FRAXE, Therezinha, PEREIRA; Henrique; WITKOSKI, Antônio (Orgs.) **Comunidades ribeirinhas amazônicas**: modos de vida e uso dos recursos naturais. Manaus: EDUA, 2007, v. 2.

NASCIMENTO, N. O. **Manual do trabalho do menor**. São Paulo: LTr, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 4 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Nova Iorque: ONU, 1989. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável: 8 Trabalho decente e crescimento econômico**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8>. Acesso em: 15 nov. 2021

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº. 138**. Dispõe sobre a idade mínima para admissão. Genebra, 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS_235872/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Recomendação nº 146**. Sobre idade mínima para admissão à emprego. Genebra, 1976. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242723/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº. 182**. Dispõe sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação. Genebra, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT).
Recomendação n.º. 190 - Dispõe sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação. Genebra, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT).
Trabalho Decente. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm> Acesso em: 15 nov. 2021.

PARÁ. **Decreto n.º. 326, de 20 de janeiro de 2012**. Estabelece requisitos higiênico-sanitários para a manipulação de Açaí [...]. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=148207>. Acesso em: 16 jun. 2019.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 10 ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

POTIGUAR, M.; OLIVEIRA, H. S. **Planejamento estratégico para o fortalecimento do arranjo produtivo local da cadeia de valor do açaí do Marajó**: uma construção coletiva e territorial. Belém: Instituto Peabiru, 2016.

**LINHA III TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

A LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO EM PROL DO DIREITO À MORADIA URBANA

AGRARIAN LEGITIMATION AS AN INSTRUMENT TO ACHIEVE THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO HOUSING

José Antonio Remedio*

Gladys Andrea Francisco Caltram**

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito à moradia como direito fundamental social. 2. Da função social da propriedade. 3. Da regularização fundiária urbana. 4. Da legitimação fundiária. 5. Críticas à legitimação fundiária. Conclusão. Referências.

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar a legitimação fundiária como instrumento de efetivação do direito fundamental social à moradia. A moradia é uma necessidade humana básica para que se possa viver com um mínimo de bem-estar e dignidade, além de se caracterizar como a principal finalidade do solo urbano, sem a qual não há como as cidades desenvolverem-se na plenitude. Com o intuito de viabilizar a efetivação do direito à moradia em áreas irregulares, foi editada a Lei 13.465/2017 (Lei de Regularização Fundiária), que previu a legitimação fundiária, desde que presentes determinadas situações e mediante atendimento a certos requisitos. O instituto autoriza o Poder Público a atribuir a propriedade do terreno ao ocupante de área pertencente a um núcleo urbano informal consolidado, não se aplicando, porém, aos imóveis rurais. A legitimação fundiária visa garantir o direito fundamental de moradia e, ao mesmo tempo, permitir o tráfego imobiliário formal dos imóveis regularizados. O método utilizado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que a legitimação fundiária contribui para a efetivação do direito fundamental social à moradia e, por conseguinte, para o desenvolvimento das cidades e para o bem-estar e dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito à Moradia. Legitimação Fundiária. Moradia. Núcleo Urbano Informal Consolidado. Regularização Fundiária.

ABSTRACT: *The research aims to analyze agrarian land tenure as an instrument for effectiveness of the fundamental social right to housing. Housing is a basic human need so people can live with wellness and dignity, besides being the main purpose of urban land, without which there is no way for cities to develop in its plenitude. In order to enable the realization of the right to housing*

*Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Professor Licenciado de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Promotor de Justiça Aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Advogado. jaremedio@yahoo.com.br

**Mestranda em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). gcaltram@gmail.com

Artigo recebido em 22/03/2020 e aceito em 12/07/2021.

Como citar: REMEDIO, José Antonio; CALTRAM, Gladys Andrea Francisco. A legitimação fundiária como instrumento em prol do direito à moradia urbana. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 281-303, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

in irregular areas, Law 13.465/2017 (Law of Agrarian Land) which foresees agrarian tenure land legitimation, provided that specific situations are complying with certain requirements, was updated. The institute authorizes the Government to assign a property of the land to its occupant that belongs to an informal urban center; however, it does not apply to rural properties. Agrarian land tenure tries to guarantee the fundamental right to housing and, at the same time, allows formal real estate traffic for regularized properties. The methodology used is the deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence. It is concluded that agrarian land legitimation contributes to the realization of the fundamental social right to housing and, therefore, to the development of cities and to the wellness and dignity of to human person.

Keywords: *Right to Housing. Agrarian Land Tenure. Hosing. Consolidated Informal Urban Core. Agrarian Land Regularization.*

INTRODUÇÃO

O direito à moradia insere-se entre os denominados direitos fundamentais sociais, conforme previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 90, de 2015.

Segundo Paulo Bonavides (2010, p. 561), “a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”.

Todavia, mesmo alçado pela Lei Maior à condição de desdobramento da própria dignidade humana e sendo um direito fundamental social, recente pesquisa da Fundação João Pinheiro, cujos dados são normalmente adotados desde 1995 pelo governo federal, indica que em 2019 o Brasil registrou um déficit habitacional estimado em 5,876 milhões de domicílios, dos quais 5,044 milhões estavam situados em área urbana e 832 mil em área rural, sendo que, em termos relativos, o número total representava 8,0% do total de domicílios particulares permanentes e improvisados no País (FUNDAÇÃO, 2021, p. 182).

A ausência ou insuficiência de moradias para as pessoas não só fere a dignidade da pessoa humana, mas também gera expressivos conflitos sociais, uma vez que a ocupação do solo urbano de forma desordenada e irregular acarreta inúmeros problemas, como desintegração social, pobreza e elevados níveis de violência.

Objetivando disciplinar e implementar a regularização fundiária rural e urbana no Brasil, foi editada a Lei 13.465, de 11 de julho de 2017.

A pesquisa tem como objeto analisar a legitimação fundiária, inovação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.465/2017 (Lei de Regularização Fundiária), e verificar como o novo instituto contribui para a efetivação do direito à moradia urbana.

A Lei 13.465/2017 trata da regularização fundiária rural e urbana, embora a legitimação fundiária esteja prevista apenas em relação à regularização de imóveis urbanos, e desde que presentes determinadas situações e atendidos certos requisitos.

A legitimação fundiária, apesar de objetivar a regularização da ocupação de áreas irregulares e atribuir a titulação de imóveis a seus ocupantes, especialmente para as populações de baixa renda, é alvo de inúmeras críticas, inclusive quanto à inconstitucionalidade do instituto.

Como problema da pesquisa, indaga-se se a legitimação fundiária prevista na Lei 13.465/2017 contribui para viabilizar a efetivação do direito à moradia em áreas urbanas irregulares.

No que se refere à estrutura, a pesquisa tem início com a abordagem do direito à moradia, enquanto direito fundamental social, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio consagrador do direito humano ao bem-estar em todas as áreas, incluindo a relacionada ao direito de habitação digna. Em seguida, trata da função social da propriedade no âmbito constitucional e legal, em especial da propriedade urbana, a fim de demonstrar que a moradia é a principal finalidade do solo urbano, sem a qual não há como as cidades desenvolverem-se plenamente.

A seguir, analisa a regularização fundiária urbana, trazendo um breve histórico da legislação aplicável e alguns conceitos necessários para sua compreensão. Na sequência, enfoca o instituto da legitimação fundiária, em especial seu conceito, natureza jurídica, características básicas e requisitos. Por fim, analisa algumas críticas feitas pela doutrina em relação à legitimação fundiária, inclusive no que se refere a uma possível inconstitucionalidade do instituto.

O método utilizado é o dedutivo, por meio de investigação doutrinária e legal, com destaques à Constituição Federal e à Lei 13.465/2017, lei que atualmente disciplina a regularização fundiária no País. Tem-se, como hipótese, que a legitimação fundiária instituída pela Lei 13.465/2017 é constitucional e configura instrumento que contribui para a efetivação do direito à moradia no País.

1 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A evolução dos direitos humanos acompanha a história da própria humanidade.

Os direitos humanos, para Antonio-Enrique Pérez Luño (1995, p. 48), surgem como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 135-136), a sedimentação dos direitos fundamentais enquanto normas de natureza obrigatória “é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica”.

A dignidade da pessoa humana é o cerne dos direitos fundamentais, tendo por inspiração próxima a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sendo a universalidade de direitos inserida entre suas principais características.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, considerando o reconhecimento da dignidade humana e igualdade de direitos em seu Preâmbulo, assegura o direito à habilitação no artigo XXV, n. 1, nos seguintes termos (DECLARAÇÃO, 1948):

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

O direito à moradia está previsto de forma mais precisa no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto 591/1992, direito esse expressamente reconhecido no art. 11, nos termos seguintes (PACTO, 1966):

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Embora não previsto na Constituição Federal de 1988 em sua redação originária, o direito à moradia ingressou no texto constitucional brasileiro por meio da Emenda Constitucional 26/2000, sendo inserido no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Dos Direitos Sociais), artigo 6º, dotado de *status* de direito fundamental.

Todavia, é preciso ressaltar que o inciso IV do art. 7º da Lei Maior de 1988, mesmo em sua redação originária, previa, entre os direitos dos trabalhadores rurais e urbanos, a existência de um salário mínimo capaz de atender às suas necessidades básicas vitais, inclusive com moradia.

Ainda, o art. 23, inciso IX da Constituição Federal, desde a promulgação da Lei Maior, estatui que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (BRASIL, 1988).

Tamanha é a relevância do direito à moradia, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 950.663-SC (BRASIL, 2012), relacionado à impenhorabilidade do bem de família instituído pela Lei 8.009/1990, reconheceu que “a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana”.

Pode-se afirmar que todo ser humano, de qualquer raça, cultura ou nacionalidade, necessita de um espaço para viver, para estar com sua família, um local onde possa fixar-se por um tempo que julgar conveniente, onde encontre bem-estar e sinta-se seguro, para onde possa retornar ao final de um dia de trabalho.

Quanto ao conceito, o direito à moradia não se resume a um teto, uma proteção contra intempéries, mas é “algo mais amplo, abrangente, que possibilite condições materiais de um desenvolvimento digno ao sujeito de direito”. Nesse sentido, a moradia “deve oferecer condições mínimas de dignidade para aqueles que a ocupem, além de estar servida de uma infraestrutura de saneamento básico, serviços públicos de educação, segurança, lazer e cultura, propiciando, assim, a inserção social daqueles que ali habitam” (FERREIRA; SANTOS, 2015, p. 445).

O direito à moradia remete “à realização da igualdade material e, assim, da construção de uma cidadania efetiva e democrática, calcada na dignidade da pessoa humana, contribuindo para a efetivação da inclusão social” (REMEDIO; NUNES, 2018, p. 149).

Entretanto, o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade, pois nem todos os indivíduos têm ou terão recursos para

aquisição de um imóvel, ou até mesmo nem desejem a propriedade de um imóvel.

Já a moradia adequada é necessária para todos, para garantia da dignidade, proteção e bem-estar da pessoa humana. Nas palavras de Rolnik (2009, p. 41):

A importância da moradia adequada para todos, indivíduos, famílias e comunidades é óbvia. A moradia e as questões a ela ligadas são de interesse de todos e estão constantemente no centro das atenções públicas. Apesar disso, bilhões de pessoas vivem em condições inadequadas de moradia no mundo, inclusive nos países ricos. A falta de moradia, tanto nos países em desenvolvimento quanto nos desenvolvidos, é um dos sintomas mais visíveis e graves do não usufruto do direito à moradia adequada. As causas desse fenômeno multifacetado são muitas e incluem não apenas a pobreza extrema, mas também a falta de moradias de interesse social, a especulação no mercado de terra e moradia, a migração urbana forçada ou não planejada e a destruição ou deslocamentos causados por conflitos, desastres naturais ou grandes projetos de desenvolvimento.

Ainda segundo Rolnik (2000, p. 2), o problema da falta de moradia adequada vai além da mera expressão de desigualdade econômica e social, ou seja, condições urbanísticas precárias são a própria tensão causadora dessa desigualdade, acarretando outras tensões como consequências, entre as quais pouco acesso a lazer, cultura e trabalho.

O direito à moradia é um direito fundamental social, conforme previsão no art. 6º da Constituição Federal, sendo inerente à pessoa humana e vital para sua sobrevivência e dignidade, colocando em condição de igualdade todos os indivíduos.

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como “as prerrogativas que, por emanarem diretamente da natureza humana, são intangíveis, inalienáveis e imprescritíveis, sendo anteriores a toda sociedade e a todo poder, uma vez que sem o homem inexistem a sociedade e o poder” (REMEDIO, 2011, p. 42).

A respeito da evolução história e das características dos direitos de segunda dimensão, tendo como parâmetro a igualdade, afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 47-48):

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na

Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 77), os direitos sociais são direitos de segunda dimensão, que exigem uma prestação positiva por parte do Estado, ínsitos a um contexto de proteção, integrados por ações estatais que fomentem a realização desses direitos.

Os direitos sociais previstos no art. 6º da Lei Maior de 1988, entre os quais o direito fundamental à moradia, estão inseridos doutrinária e jurisprudencialmente entre os direitos de segunda dimensão (REMEDIO; NUNES, 2018, p. 132).

A implementação da obrigação jurídica resultante dos direitos sociais decorrentes da igualdade, como o direito à moradia, depende econômica e financeiramente da existência de recursos para tanto.

Em relação à moradia e habitação, é dever do Estado, por meio de prestações positivas, através do Legislativo (com a edição de leis relacionadas à habitação) e do Executivo (com a adoção de políticas públicas que objetivem facilitar o acesso à moradia, principalmente para as pessoas com menores condições econômicas), garantir condições para que todos, indistintamente, tenham as mesmas condições de obter uma moradia digna, efetivando-se assim a igualdade material do direito social.

Entretanto, o direito à moradia é um direito qualificado, pois não basta existir moradia se não houver condições mínimas de saneamento básico, circulação (calçadas, ruas, avenidas, entre outras, com as devidas sinalizações e condições mínimas de circulabilidade), segurança e lazer.

Os direitos fundamentais são direitos básicos, essenciais e dependentes entre si e, no cenário urbano, as diferenças são ressaltadas, por exemplo, em relação às partes mais ricas das cidades, que são dotadas de todas as infraestruturas necessárias, como ruas arborizadas, largas, comércio regular e maior segurança, enquanto as partes mais pobres das cidades, com sua circulação e saneamento básico precários, muitas vezes

distantes do centro urbano, com transporte insuficiente, sem lazer e com alta concentração de pessoas.

Segundo Rolnik (2000, p. 3), a política urbana e habitacional tem reforçado a tendência de expulsão dos pobres das áreas mais bem localizadas da cidade, procurando os terrenos mais baratos e periféricos para a construção de grandes conjuntos habitacionais.

Abordar-se-á na sequência a função social da propriedade e sua relação com o direito fundamental à moradia.

2 DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal de 1934 deu início a um novo conceito de propriedade no âmbito constitucional, no sentido de que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse coletivo (art. 113), passando a propriedade a ser compreendida também sob um viés social.

Esse entendimento a respeito da função social da propriedade manteve-se em todas as Constituições posteriores à de 1934, inclusive na Constituição Federal de 1988.

O *caput* e o inciso XXII do art. 5º da Lei Maior de 1988 garantem o direito de propriedade, embora o inciso XXIII do referido artigo preceitue que a propriedade atenderá a sua função social.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a garantia ao direito de propriedade “umbilicalmente atada ao cumprimento da sua função social” (DALLARI, 2011, p. 22).

Apesar da Lei Maior garantir o direito de propriedade, “o constituinte exigiu que o titular do direito imprima uma destinação positiva, quer dizer, cumpra com a função social, de forma a não pensar apenas no ‘eu’, e sim na coletividade” (MURAKAMI; SILVA, 2017, p. 716).

Tanto o direito à propriedade quanto o direito à moradia receberam tutela constitucional. Entretanto, a propriedade deve atender à sua função social, para que sobre o bem seja exercida, considerando a utilidade deste, a sua finalidade.

Trata-se a propriedade de direito subjetivo, de caráter patrimonial, que deixou de ser um direito absoluto e simplesmente individual de usar, gozar, dispor e reaver o seu bem, de quem injustamente o possui (Código Civil, art. 1228, *caput*), ou seja, o direito de propriedade deve ser exercido de maneira a dar utilidade à coisa e alcançar a função social para o a qual o bem se destina.

O Código Civil de 2002, ao dispor sobre a propriedade, estatui no § 1º do art. 1.228 que (BRASIL, 2002):

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservadas, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O proprietário deve dar uma utilidade ao seu bem, usando-o com responsabilidade, de modo a não prejudicar o próximo ou a sociedade. Como exemplo, proprietários de imóveis rurais devem dar destinação relacionada às atividades agropecuárias, pois se tratam de áreas de grande extensão, tendo sua finalidade disposta no art. 186 da Constituição Federal.

Em relação ao imóvel urbano, o *caput* do art. 182 da Constituição Federal dispõe que “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, enquanto o § 2º do mesmo artigo estatui que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (BRASIL, 1988).

Por sua vez, a Lei 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, ao regulamentar o art. 182 da Constituição Federal, estatui no art. 2º que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante diretrizes gerais, entre as quais (BRASIL, 1988):

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (...) XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

O Estatuto da Cidade estabelece o Plano Diretor como um instrumento da política urbana que integra o planejamento municipal, identificando-se a regularização fundiária como um instituto jurídico e político.

Assim, tem-se que o solo urbano deve ser utilizado a fim de promover o desenvolvimento das cidades, sobretudo quanto à ordenação territorial, pois o desenvolvimento econômico depende tanto da utilização dos imóveis com finalidade residencial, quanto comercial e industrial.

Entretanto, a utilização de terrenos urbanos deve, antes de promover o desenvolvimento econômico, atender às necessidades humanas de dignidade e bem-estar. Neste sentido, a moradia, atrelada à função social da propriedade, mostra-se vital para o próprio desenvolvimento sustentável das cidades.

O pleno desenvolvimento não pode ser alcançado por cidades que não proporcionem aos indivíduos ou cidadãos um local onde possa se estabelecer, residir, descansar e desfrutar do convívio com outras pessoas.

3 DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

Conforme dados do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, último Censo Nacional realizado pelo Órgão no País até o ano de 2020, o Brasil tinha 84,4% da população vivendo em áreas urbanas, ao passo que apenas 15,6% da população vivia em zona rural (IBGE, 2017).

No âmbito legislativo brasileiro, o parcelamento do solo urbano, como a realização de loteamentos, encontra-se disciplinado em linhas gerais pela Lei 6.766/1979, que prevê as regras para sua implantação e efetivação, com todos os requisitos materiais, formais e jurídicos necessários para proporcionar uma ocupação territorial que atenda às disposições urbanísticas mínimas.

Antes da Lei 6.766/1979, a norma que vigia era o Decreto 58/1937, que dispunha sobre loteamento urbano e rural, além da venda dos terrenos para pagamentos em prestações.

Com o advento da Lei 6.766/1979, o Decreto 58/1937 foi derogado no que se referia aos imóveis urbanos, continuando em vigor com relação aos imóveis rurais loteados.

Assim, qualquer parcelamento do solo urbano realizado após 19 de dezembro de 1979, é regido pela Lei 6.766/1979, de forma que o loteamento realizado sem sua observância estará irregular.

Devido ao intenso crescimento urbano informal nos anos 1980 a 1990, gerado por ocupações ilegais em loteamentos irregulares, o acesso à moradia pela população de baixa renda, deu-se em regra por meio de

moradia em favelas ou em residências autoconstruídas nos loteamentos ilegais periféricos (D’OTTAVIANO; SILVA, 2009, p. 202).

Tais loteamentos são geralmente lugares com pouca ou nenhuma infraestrutura instalada, serviços públicos deficitários, inexistência de escolas e postos de saúde, além de contar com moradias precárias.

Com relação à regularização fundiária em áreas urbanas, a Lei 11.977/2009, conhecida como PMCMV – Programa Minha Casa Minha Vida, delimitou os tipos de assentamentos a serem regularizados e previu novos instrumentos para a regularização de interesse social, como demarcação urbanística, legitimação de posse e usucapião administrativa.

A Lei 13.465/2017, resultado da conversão da Medida Provisória 756/2016, regulamenta atualmente a regularização fundiária e urbana no Brasil, estabelecendo disciplina própria e alterando as leis anteriores que tratavam da matéria, inclusive inovando e modificando várias outras leis que indiretamente fomentam a regularização fundiária, com o objetivo de regulamentar integralmente o assunto (AMADEI, 2018, p. 24).

Segundo Alberto Gentil de Almeida Pedroso (2018, p. 39), a Lei 13.465/2017 é:

fruto do descaso de um Estado negligente por muitas décadas com o uso da terra pelo seu povo. A proliferação de ocupações irregulares, clandestinas, desorganizadas, em desprestígio ao ordenamento jurídico (parcelamento do solo, incorporações imobiliárias, Estatuto da Terra e tanto outros diplomas legais), foi facilitada por um Estado fraco quanto à fiscalização e observância dos nortes legais disciplinados pelo Legislador.

Quanto ao conceito, como ensina Vicente de Abreu (2018, p. 15-16), regularização fundiária urbana (Rurb), em consonância com a Lei 13.465/2017, é o conjunto de intervenções que:

abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e pautada pelos princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental, e de ordenação territorial eficiente e funcional (art. 9º, § 1º), no fim maior de garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas (art. 10, VI), com efetivação das funções sociais da propriedade e da cidade (art. 10, VII e VIII).

Orientando-se a garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas, o art. 10, VI, da Lei 13.465/2007, estabelece

o cumprimento mínimo habitacional de salubridade e de segurança edilícia (AMADEI, 2018, p. 31).

A Lei 13.465/2017, em substituição à Lei 11.977/2009, estabeleceu no art. 10 novos objetivos para a regularização fundiária urbana, entre os quais, a criação de unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e a constituição sobre elas de direitos reais em favor dos seus ocupantes, a concretização do princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo, a prevenção e o desestímulo na formação de novos núcleos urbanos informais, e o franqueamento da participação dos interessados nas etapas do processo de regularização (RAMOS JÚNIOR; SOUZA, 2018, p. 1087-1088).

A regularização fundiária urbana apresenta duas modalidades: a de interesse social (Reurb-S) e a de interesse específico (Reurb-E).

A regularização fundiária urbana de interesse social ou Reurb-S é a que visa regularizar áreas cujos ocupantes sejam de baixa renda, de forma que todo o custo com a regularização, inclusive junto ao registro imobiliário, fica a cargo do Município.

Na Reurb-S, como se trata de assentamento ocupado por população de baixa renda, há flexibilização de exigências, aplicação específica de instrumentos de regularização, enfim, diversos benefícios urbanísticos, ambientais, administrativos, registrários, econômicos e instrumentais (AMADEI, 2018, p. 16).

A regularização fundiária de interesse específico (Reurb-E), que é definida por exclusão à regularização por interesse social, é aquela cujo custo fica por conta dos interessados, já que se trata de áreas em que os ocupantes não são de baixa renda, podendo, portanto, arcar com as despesas de regularização.

A Lei 13.465/2017 trouxe diversos institutos jurídicos novos, conforme explica Vicente de Abreu Amadei (2018, p. 15), ou seja:

(...) apresenta diversas novidades, criando não só (i) instrumentos de regularização – (i.i) legitimação fundiária (para além da já existente legitimação de posse) e (i.ii) arrecadação de imóvel abandonado –, mas também (ii) institutos civis, tal como o (ii.i) direito real de laje e as novas figuras condominiais do (ii.ii) condomínio de lotes e do (ii.iii) condomínio urbano simples.

Entre os instrumentos de regularização fundiária urbana, destaca-se a legitimação fundiária, objeto específico da presente pesquisa, que será vista em seguida.

4 DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA

A legitimação fundiária é um instituto jurídico novo, criado pela Lei 13.465/2017, especialmente para viabilizar a regularização fundiária em núcleos urbanos informais consolidados que, conforme disposto na referida lei, seriam as áreas de difícil ou impossível reversão, desde que existentes até a data de 22 de dezembro de 2016.

É mais um instrumento urbano-jurídico instituído para viabilizar o direito de propriedade em áreas urbanas de grande concentração de moradores que habitam em moradias informais, que se desenvolveram de fato e não de direito, não havendo mais possibilidade de reversão ao estado anterior.

O art. 11, inciso VII, da referida lei, define a legitimação ordinária como o “mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb” (BRASIL, 2017).

Impõe ressaltar que a legitimação fundiária foi criada tão somente para utilização no âmbito da regularização fundiária urbana, não havendo que se falar na utilização do instituto em relação às áreas rurais.

Os núcleos urbanos informais consolidados são definidos como aqueles “de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo município” (BARROS, 2018).

O novo instituto jurídico constitui modo originário de aquisição da propriedade, conferido por ato do Poder Público, exclusivamente para os casos de regularização fundiária urbana, seja de interesse social, seja de interesse específico (GENTIL, p. 52).

Embora não seja objeto específico da presente pesquisa, em linhas gerais o procedimento de regularização fundiária é realizado em duas fases, ou seja, a administrativa e a registral.

A etapa administrativa, disciplinada pela Lei 13.465/2017, inicia-se a pedido dos legitimados ao Município, que definirá se é o caso de regularização de interesse social ou específico, promoverá a análise dos documentos, da área a ser regularizada, realizará procedimentos de conciliação e mediação quando necessário, efetuará intimações, publicação de editais caso seja necessário, entre outras medidas.

Ao final, o Município emitirá a Certidão de Regularização Fundiária (CRF), documento hábil a regularizar a propriedade em nome dos ocupantes, com a conclusão da fase administrativa da regularização,

que será levada a registro perante o Registro de Imóveis do local da área, iniciando-se a fase registral, nos termos da Lei 6.015/1973.

A legitimação fundiária, apesar de se tratar de modo de aquisição originária, tem cabimento tanto para áreas particulares quanto para terrenos públicos, desde que observados os requisitos legais.

Tão somente no que se refere à Reurb-S, ou seja, à regularização urbana de interesse social, a legitimação fundiária é concedida ao beneficiário desde que atendidas as seguintes condições (Lei 13.465/2017, art. 23, § 1º): I) o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural; II) o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e III) em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

O beneficiário adquire o imóvel livre e desembaraçado de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado.

Por se tratar de regularização em áreas consolidadas, há mitigação pelo Município quanto às exigências, tanto na formação dos títulos aos ocupantes (independe de escritura pública e títulos formados individualmente), como também há mitigação na esfera do registro imobiliário, inclusive com a não observância de alguns princípios registrais, como da continuidade registral e da legalidade (há dispensa de alguns documentos) e tributários, pois não há exigência de comprovação do pagamento de tributos incidentes sobre os imóveis, tampouco recolhimento de impostos de transmissão, como o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

Importante observar que a legitimação fundiária pode recair também sobre imóveis públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como de suas entidades vinculadas.

A legitimação fundiária de bem público, conforme Renan Luiz dos Santos da Silva (2017, p. 138), “apresenta potencial para ser o principal instrumento de regularização fundiária da nova legislação”, representando o instituto uma verdadeira anistia àqueles que ocupam irregularmente uma propriedade e nela constituem sua moradia.

Destaca-se que o Poder Público, se decidir pela legitimação fundiária, só poderá concedê-la sobre ocupação de sua titularidade, ou seja, o Município não pode conceder a legitimação de área pertencente ao

Estado ou à União, devendo o direito de propriedade de modo originário ser atribuído pelo ente público titular da área pública em Reurb, conforme art. 23, § 4º, da Lei 13.465/2017.

Conforme disposto no art. 23, § 5º, da Lei 13.465/2017, o Poder Público deve, após o término do procedimento administrativo de regularização, encaminhar a Certidão de Regularização Fundiária – CRF, para o registro imobiliário competente, sendo dispensada a apresentação de título individualizado, bem como das cópias da documentação relacionada à qualificação dos beneficiários.

Deverão ser transportadas para a matrícula do imóvel aberta perante o Registro Imobiliário competente, as inscrições, indisponibilidades ou gravames porventura existentes no registro da área maior originária, no que se refere às matrículas das unidades não adquiridas por legitimação fundiária.

Para as matrículas abertas em relação aos beneficiários, não haverá nenhum transporte de ônus ou gravames, exceto se disser respeito ao próprio beneficiário.

Nelson Rosendal (2017) sintetiza a legitimação fundiária do seguinte modo:

Extrai-se do núcleo da legitimação fundiária os seguintes vetores: a) modo originário de aquisição da propriedade; b) incide sobre bens públicos ou privados de destinação urbana e integrante de núcleo urbano informal consolidado; c) gera propriedade imediata; d) aplica-se apenas aos núcleos consolidados até 22.12.2016.

Enquanto ato único de registro e aquisição originária da propriedade, o imóvel objeto da legitimação fundiária restará livre e desembaraçado de quaisquer ônus, direitos reais e gravames, bem como não incidindo sobre ele tributos de transferência, como ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis) e ITCMD (Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação).

5 CRÍTICAS À LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA

As críticas doutrinárias feitas regularização fundiária, em especial no tocante à legitimação fundiária, são bastante expressivas.

Flávio Tartuce (2018, p. 3), de forma ampla, aponta os seguintes problemas a serem enfrentados pela Lei 13.465/2017, no que se refere à

regularização dos imóveis que se encontram em situação de informalidade: a carência de efetivação, em especial de políticas públicas eficientes; a instabilidade legislativa, como ocorreu em relação à Lei 11.977/2009; e a falta de cuidado técnico do legislador no tratamento das categorias jurídicas já consolidadas pelo Direito Civil.

No que se refere à legitimação fundiária, a principal crítica que se faz está relacionada à sua constitucionalidade, tendo em vista que se trata de aquisição originária da propriedade, semelhante ao instituto da usucapião, que apresenta vedação constitucional expressa em relação aos bens públicos.

Todavia, a semelhança restringe-se à natureza da aquisição da propriedade, que é originária, uma vez que a usucapião independe de transmissão do proprietário ao possuidor, exige tempo mínimo de posse, e depende em regra de posse mansa, contínua e pacífica do ocupante e apresenta proibição legal de sua incidência sobre bens públicos. Por sua vez, a legitimação fundiária independe de tempo de posse e continuidade pacífica, configura ato de transmissão do imóvel pelo ente público aos ocupantes e tem por principal pressuposto a existência de posse em imóvel integrante de núcleo urbano informal consolidado na data de 22 de dezembro de 2016.

De acordo com Nelson Rosendal (2017):

o legislador concebe a titulação como mecanismo capaz não apenas de resgatar para a legalidade urbana os possuidores e detentores de imóveis urbanos e rurais, como também de incrementar o mercado imobiliário e viabilizar a livre iniciativa de milhares de futuros empreendedores, na medida em que o registro da propriedade confere ao seu titular um ativo circulável hábil a proporcionar empréstimos a juros baixos, posto garantidos por hipotecas e propriedades fiduciárias.

Em relação aos bens públicos, o novo instituto será utilizado pelo Poder Público por ato discricionário, ficando claro que não se trata de direito subjetivo do beneficiado suscitado em face do ente público.

Importante destacar que legitimação fundiária, embora seja uma forma de aquisição originária da propriedade, não se confunde com a usucapião, pois não se trata de prescrição aquisitiva, assim como não se confunde com a desapropriação (VELOSO, 2018, p. 110).

Para Nelson Rosendal (2013), a Lei 13.465/2017 não previu um limite mínimo de prazo de ocupação do imóvel público, nem a natureza da detenção exercida sobre o bem público (justa, injusta, boa-fé ou má fé); além disso, a lei sequer menciona a necessidade de licitação, autorização

legislativa ou avaliação prévia do imóvel, medidas exigidas para a alienação do patrimônio público. Para o autor, causa espanto a criação da legitimação fundiária com finalidade de desviar a regra tradicional de proibição da usucapião sobre bens públicos, inclusive diante do risco do instituto se tornar a via adequada para a legalização de grilagens de grandes áreas ou regularização de imóveis destinados às classes médias e altas.

Não se pode desconsiderar que o Poder Público pode optar, de acordo com o caso concreto e considerando o interesse social, pela utilização de outros institutos previstos na Lei 13.465/2017, como a concessão de direito real de uso ou a concessão de uso especial para fins de moradia, sem necessidade de atribuir a propriedade de modo originário.

Reitera-se que a legitimação fundiária, apesar de recair tanto sobre Reurb-S quanto Reurb-E, somente pode ser concedida para regularização de núcleos urbanos consolidados existentes até a data de 22 de dezembro de 2016.

Para Victor Carvalho Pinto (2017), a Lei 13.465/2017 promove uma distribuição indiscriminada de terrenos públicos, dispensando os entes públicos das exigências de autorização legislativa, avaliação prévia e desafetação dos bens públicos ocupados, independente ainda de autorização da Câmara Municipal e sem qualquer transparência.

Observa-se, ainda, que a legitimação fundiária pode ser concedida para imóveis com finalidade não residencial em área urbana, também localizado em núcleo informal urbano consolidado em 22 de dezembro de 2016, desde que seja reconhecida pelo Poder Público sua ocupação, sem quaisquer outras condições.

CONCLUSÃO

O direito humano à moradia foi contemplado expressamente pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988 como direito social, alçado ao *status* de direito fundamental.

Todo ser humano, independentemente de nacionalidade, raça ou religião, precisa de um espaço físico, um lugar para habitar e viver, só ou com sua família, que lhe proporcione segurança física, emocional e bem-estar.

O direito à vida é mais complexo que apenas sobreviver, pois o ser humano também depende de condições favoráveis para viver com

um mínimo de dignidade, inclusive de moradia digna, que o inclua na sociedade, a fim de exercer sua cidadania de maneira plena.

Os direitos fundamentais são inerentes à toda pessoa humana, e decorrem da necessidade de proteção ao homem, para que todos vivam com o mínimo indispensável ao bem-estar individual e social.

Como direito social, a moradia depende de prestações positivas por parte do Poder Público, demanda um dever de agir estatal, no sentido de realizar políticas públicas que assegurem condições favoráveis para que todos, sem distinção, tenham a mesma chance de exercer seus direitos de maneira efetiva.

O direito à moradia não significa que o Estado deve construir habitações para todos, até mesmo porque, segundo o princípio da igualdade, a lei e o Poder Público devem proporcionar a igualdade de possibilidades aos indivíduos.

Porém, como se trata de direito social, que requer atuação estatal para proporcionar o acesso a direitos básicos, ações por parte do Legislativo e do Executivo são imprescindíveis, no sentido de possibilitar o acesso à moradia e à inclusão social.

Não cabe ao Poder Público apenas investir em moradias novas ou regulamentar direitos relativos a moradias em áreas regularmente consolidadas, pois também cabe ao Estado intervir em áreas urbanas periféricas e precárias, para que estas possam ter cada vez menos diferença em comparação com as áreas mais ricas da cidade.

Essa diferença entre áreas ricas e pobres da cidade tem como consequência o aumento da distinção entre os direitos efetivos das pessoas nos mais variados âmbitos, como o acesso ao trabalho, lazer, cultura, saúde (pela falta de saneamento básico ou por mostrar-se este ineficiente), afrontando, assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse cenário, a violência se intensifica, a escolaridade dos habitantes da periferia cai, a saúde piora, o lazer inexistente e a cultura sequer é considerada.

A Lei 13.465/2017, recentemente editada, trata regularização fundiária urbana no art. 9º e seguintes e, quanto aos tipos de regularização, previu a Reurb-S (regularização fundiária de interesse social) e a Reurb-E (regularização fundiária de interesse específico) exatamente para regularizar as posses (tanto de áreas residenciais como comerciais) de determinada região da cidade (Bairro, Jardim, Vila), a fim de que o possuidor se torne proprietário do imóvel ocupado nessas áreas, cuja reversão (retirada das

peças para revitalização do meio ambiente natural, por exemplo) não seja mais possível, pois a ocupação consolidou-se há tempos.

Toda regularização fundiária traz benefícios, e nos casos relacionados à moradia, as benesses são ainda mais evidentes, pois agrega valor aos imóveis da área, fomenta o tráfego imobiliário (porque aqueles que antes eram possuidores passam a ser legítimos proprietários), permite a revitalização do meio ambiente urbano e natural, além de diminuir as desigualdades entre os indivíduos da mesma cidade.

No que tange ao tratamento diferenciado para os desiguais, a Lei 13.465/2017, no âmbito da Reurb-S, propicia uma regularização sem custos para a população de baixa renda, conforme declarado pelo Poder Público Municipal.

A legitimação fundiária tem natureza de aquisição originária da propriedade, com quebra dos vínculos até então existentes, culminando em uma propriedade do imóvel regularizada sem qualquer ônus ou gravames, que passa livre para a titularidade dos seus beneficiários, e pode incidir sobre imóvel particular ou público, sobre áreas cuja regularização seja de interesse social ou específico.

A Lei 13.465/2017 traz no artigo 23, § 1º e incisos, as condições para a concessão da legitimação fundiária, mas tão somente no âmbito da Reurb-S, nada dispondo sobre requisitos quando se tratar de Reurb-E.

As críticas ao novo instituto estão especialmente centradas na percepção de se tratar de uma usucapião disfarçada, inclusive incidente sobre bens públicos, o que tornaria o instituto inconstitucional, diante da não possibilidade de usucapião de bens públicos por expressa previsão constitucional e legal.

Há também a crítica quanto aos requisitos do instituto, pois não se exige tempo mínimo de ocupação, mas apenas que a posse exista sobre um terreno localizado em núcleo urbano informal consolidado, ou seja, de difícil ou impossível reversão, com posse anterior à data de 22 de dezembro de 2016.

Ainda há expressiva desaprovação doutrinária no sentido de a lei impor condições para a concessão da legitimação fundiária no âmbito da regularização fundiária de interesse social (Reurb-S), e não impor qualquer condição para a regularização de interesse específico (Reurb-E), quando deveria ser o contrário.

Conquanto a legitimação fundiária deva ser compreendida como efetivação do direito fundamental à moradia, importante à realização

do direito à moradia digna e regular, é preciso ressaltar que as graves dificuldades constitucionais que a maculam carecem de reparo, a fim de não causar prejuízos à sociedade, pois a juridicidade é pressuposto para que a legitimação fundiária obtenha o êxito almejado, sem perder de vista a segurança jurídica necessária para o bem-estar de todos.

Todavia, mesmo sujeita a diversas críticas, a legitimação fundiária cumpre com seu papel de proporcionar a efetividade do direito social à moradia, pois realiza a função social da propriedade urbana em relação a imóveis residenciais.

Em conclusão, tem-se que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que a legitimação fundiária instituída pela Lei 13.465/2017, além de constitucional, constitui instrumento normativo que contribui para a efetivação do direito fundamental social à moradia no País e, por conseguinte, para o desenvolvimento das cidades e para o bem-estar e dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMADEI, V. A. Teoria elementar da regularização fundiária. In: AMADEI, Vicente de Abreu; PEDROSO; Alberto Gentil de Almeida; MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros (Orgs.). **Primeiras impressões sobre a Lei 13.465/2017**. São Paulo: ARISP, 2018. Disponível em: http://www.arisp.com.br/lei_n13465_2017.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

BARROS, F. M. P. **Da (in)constitucionalidade da legitimação fundiária**. Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/287119/da-in-constitucionalidade-da-legitimacao-fundiaria>. Acesso em: 25 fev. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 950.663-SC. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília: **DJe**, 23 abr. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21657120&num_registro=200701063239&data=20120423&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 27 fev. 2020.

DALLARI, A. A. Solo criado: constitucionalidade da outorga onerosa de potencial construtivo. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Orgs.). **Direito urbanístico e ambiental**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19-42.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – ONU – 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

D’OTTAVIANO, M. C. L.; SILVA, S. L. Q. **Regularização fundiária no Brasil**: velhas e novas questões. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/172-530-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

FERREIRA, F. D.; SANTOS, S. M. O direito à moradia urbana e a expropriação social no Código Civil de 2002. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 437-467, 2015.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Deficit habitacional no Brasil – 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021.

IBGE. **Nova proposta de classificação territorial mostra um Brasil menos urbano**. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15007-nova-proposta-de-classificacao-territorial-mostra-um-brasil-menos-urbano>. Acesso em: 19 out. 2019.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MURAKAMI, R. C.; SILVA, J. B. A construção da cidadania a partir da regularização fundiária. **Anais do V Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, Ribeirão Preto, n. 5, p. 701-718, out. 2017.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS - 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

PEDROSO, A. G. A. **Regularização fundiária**: Lei 13.465/2017. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PÉREZ-LUÑO, A. E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PINTO, V. C. **Mitos e verdades sobre a nova Lei da Regularização Fundiária Urbana**. Disponível em: <https://caosplanejado.com/mitos-e-verdades-sobre-a-nova-lei-da-regularizacao-fundiaria-urbana/>. Acesso em: 18 out. 2019.

RAMOS JÚNIOR, L. S.; SOUZA, P. R. M. R. Regularização fundiária urbana: uma análise comparativa legal para o nascimento da propriedade social em São Luís. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 21, n. 2, p. 1085-1102, 2017.

REMEDIO, J. A. **Mandado de segurança individual e coletivo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REMEDIO, J. A.; NUNES, L. R. Direito fundamental à moradia: justiciabilidade e efetividade. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 28, p. 125-153, jan./jun. 2018.

ROLNIK, R. **Direito à moradia**. Disponível em: http://desafios.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/desafios051_completa.pdf. Acesso em: 19 out. 2019.

ROLNIK, R. Regulação urbanística no Brasil: conquistas e desafios de um modelo em construção. **Anais do Seminário Internacional: Gestão da Terra Urbana e Habitação de Interesse Social**, PUCCAMP, 2000. Disponível em <https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2009/10/regulacao-urbanistica-no-brasil.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

ROSENVALD, N. **A legitimação fundiária**: uma polêmica inovação. Dez. 2017. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/12/20/A-Legitima%C3%A7%C3%A3o-fundi%C3%A1ria-%E2%80%93-uma-pol%C3%AAmica-inova%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 28 out. 2019.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, R. L. S. Regularização fundiária urbana e a Lei 13.465/2017: aspectos gerais e inovações. **Cadernos do Desenvolvimento Fluminense**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 131-134, 2017.

SILVA, V. A. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TARTUCE, F. A lei de regularização fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade. **Pensar**, Fortaleza, v. 23, n. 3, p. 1-23, jul./set. 2018.

VELOSO, L. L. Legitimação fundiária: uma visão constitucional no contexto da segregação sócio espacial das cidades brasileiras. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 3, n. 17, p. 107-117, ago. 2018.

CATFISHING: CRIME DE FALSA IDENTIDADE?

CATFISHING: FAKE IDENTITY CRIME?

Anaflavia Cera Daltro de Castro*

Margareth Vetis Zaganelli**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Catfishing. 2 Insegurança Jurídica Acerca de Crimes Digitais. 3 Catfishing nas legislações brasileira e estrangeira. 4 Falsa Identidade. 5 Caráter Subsidiário do Crime. 6 Meios de Coibição. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo possui como escopo a análise do *catfishing*, termo americano utilizado para descrever o ato de criação de um perfil falso em redes sociais ou em sites de relacionamento, com a intenção de enganar outras pessoas emocionalmente, que pode ter várias motivações, como vingança, solidão, curiosidade ou até mesmo tédio. Primeiramente, o trabalho evidencia como essa é uma prática crescente no Brasil e no mundo. A seguir, aborda a falha da legislação brasileira em lidar com crimes digitais. Em seguida, compara a tipificação penal da conduta na legislação brasileira em relação à legislação estrangeira. Por fim, examina a possibilidade de enquadramento da prática do *catfishing* na conduta tipificada no artigo 307 do Código Penal brasileiro, crime de falsa identidade. Por meio de metodologia qualitativa de natureza exploratória, de levantamento bibliográfico e à luz da legislação sobre crimes digitais e do PL nº 7.758/2014, o trabalho busca ressaltar a necessidade de tutela das vítimas da prática em comento.

Palavras-chave: falsa identidade. catfishing. redes sociais. crime digital.

ABSTRACT: *The following article analyzes catfishing, american term that describes the act of creating a fake profile on social media and on online relationship websites, one of the many coups that there are in the virtual world. Firstly, the paper highlights how catfishing has been growing in Brazil and around the world, a phenomenon in which a person creates one or more virtual fake identities to fool other users emotionally and that can have various motivations: vengeance, solitude, curiosity or even boredom. Then, examines foreign laws and compares them to the current brazilian juridical order. Then, the article approaches if it is possible to frame this act under the*

*Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

**Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estágios de Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular de Direito Penal e Processual Penal e de Teoria do Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Associação Argentina de Bioética Jurídica. Coordenadora do Bioethik - Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética (UFES), do Grupo de Estudos e Pesquisas MIGRARE: Migrações, Fronteiras e Direitos Humanos (UFES) e do Grupo de Estudos e Pesquisas “Direito & Ficção”.

Artigo recebido em 16/01/2020 e aceito em 30/08/2021.

Como citar: CASTRO, Anaflavia Cera Daltro de; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Catfishing: crime de falsa identidade? **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 305-324, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

typified conduct of article 307 of Brazilian's Penal Code, the fake identity crime. Through qualitative exploratory nature, bibliographic survey and under the digital crimes legislation and the Project of Law n. 7758/2014, the work seeks to highlight the necessity of protection from catfishing victims.

Keywords: *fake identity. catfishing. social media. digital crime.*

INTRODUÇÃO

Ocatfishing, ato analisado no presente estudo, corresponde à criação de perfis falsos em mídias sociais, que possuem como objetivo ludibriar os internautas e seduzi-los a entrar em um relacionamento. Os relatórios disponibilizados por redes sociais como o Facebook e o Twitter mostram a grande quantidade de perfis inidôneos que permeiam o ambiente virtual.

Apesar dos recentes avanços na área, crimes digitais ainda não são suficientemente regrados no Brasil. A internet e os meios eletrônicos estão em constante avanço e precisam de regulação por meio de uma legislação com nomenclaturas abertas, para que seja possível abranger eventual desenvolvimento e não precisem ser constantemente atualizadas.

Atualmente, o Brasil conta com a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), a Lei 12.735/2012 (Azeredo) e a Lei 12.737/2012 (Carolina Dieckmann), as quais são insuficientes, visto que tratam de poucos crimes e usam termos incapazes de abarcar o desenvolvimento tecnológico. Ademais, o país não é signatário de nenhum tratado internacional acerca do assunto, sendo que a Convenção de Budapeste, acordo mais eficiente na área, está em vigor desde 2004.

O Projeto de Lei nº 7.558/2014 propõe mudanças no artigo 307 do Código Penal, o qual trata do crime de falsa identidade, de modo que a possibilidade de operação do crime pela internet ou por outros meios eletrônicos seja especificada.

Considerando a falta de regulamentação exata e a grande periculosidade do *catfishing*, é essencial que a tutela ocorra por meios que já existem, como o crime de falsa identidade. Desse modo, é essencial demonstrar como o PL nº 7.758 pode ser utilizado para viabilizar a tutela do *catfishing* dentro do atual sistema normativo brasileiro.

1 CATFISHING

Catfishing é um termo americano utilizado para descrever o ato de criar uma identidade falsa ou roubar a de outra pessoa para enganar indivíduos online e os seduzir a entrar em um relacionamento. Isso

normalmente ocorre por meio da criação de perfis não autênticos em mídias sociais e em sites de relacionamento.

Essa palavra surgiu com o documentário *Catfish*, lançado em 2010 e produzido por Henry Joost e Ariel Schulman, o qual conta a história de Yaniv Schulman, vítima de *catfishing*. O jovem conhece virtualmente e começa a se relacionar com uma suposta menina de 19 anos e com sua família, mas desconfia que está sendo enganado e viaja com seu irmão Ariel para descobrir a verdade. Quando chega ao seu destino, Yaniv descobre que sua namorada era, na verdade, uma mulher adulta e que as fotos utilizadas em suas redes sociais eram de uma modelo canadense.

Após o sucesso do filme, os irmãos Schulman, protagonistas e produtores, começaram a receber centenas de relatos pessoais descrevendo situações parecidas por meio de e-mails. Yaniv conta que, apesar de suas expectativas, as pessoas pediam conselhos de como agir e contavam sobre como estavam desconfiando de seus relacionamentos virtuais. O êxito do filme fez com que o canal MTV iniciasse uma série de TV, na qual Yaniv Schulman e Max Joseph ajudam os participantes a descobrir se seus namoros e parceiros são reais ou não.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas (2017), no seu relatório da Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), o Brasil é o quarto país mundial com maior número absoluto de usuários na internet. Logo, fica claro que há um enorme contingente de acesso à rede, dados preocupantes quando somados à proporção de perfis falsos em relação aos verdadeiros encontradas nos relatos de empresas como o Twitter e o Facebook.

De acordo com os relatórios do Twitter de 2013 (D'ONFRO, 2013), 5% de todos os seus usuários eram contas falsas, isso representa 10.75 milhões das 215 milhões de contas “ativas” na rede. Além disso, o Facebook estima que 91 milhões de seus perfis ativos em 2018 tenham sido falsos (NICAS, 2019). As estatísticas mostram que as redes sociais são ambientes perigosos, visto que a quantidade de contas não autênticas é gigantesca.

Contudo, as empresas possuem políticas de proteção dos seus usuários, por meio da coibição da criação desses perfis e da exclusão dos que já existem. O Facebook descreve no *Newsroom* (SCHULTZ, 2019), seu canal oficial, algumas das ferramentas utilizadas para evitar a proliferação de perfis *fakes*. A primeira delas é a análise de antigos perfis que tenham sido identificados como falsos e maldosos para que haja a junção de suas

características principais, logo, novos perfis que se encaixem nesses padrões são bloqueados. Em seguida, o Facebook impede IPs que tenham criado muitas contas em um curto período de tempo de se inscreverem novamente no site. Por fim, sua solução repressiva é tirar do ar perfis que tenham sido identificados pela própria empresa ou denunciados por usuários.

Essas soluções, todavia, não são totalmente eficazes. O jornalista Jack Nicas do The New York Times fez, em 2019, uma reportagem comparando os dados que o próprio Facebook libera e analisando também suas experiências pessoais, o que o levou à conclusão de que as informações da empresa são incompatíveis entre si e com a realidade.

Por exemplo, como demonstrado anteriormente, a rede social declarou uma estimativa de 91 milhões de perfis falsos ativos em 2018. Entretanto, dentro de sua própria plataforma de transparência, segundo os dados do The New York Times, expôs que 754 milhões de contas falsas haviam sido retiradas do ar no mesmo ano, número muito maior do que o anterior.

Ademais, a rede social alega em suas mídias oficiais que excluiu 90% das contas falsas criadas minutos após o seu registro e que identifica por si só 99% das que já estão ativas, o que demonstra que as denúncias dos usuários seriam apenas uma ferramenta subsidiária (SCHULTZ, 2019). Todavia, Jack Nicas conta em sua matéria como criou 11 perfis exatamente iguais no Facebook e 10 no Instagram, empresa da qual Mark Zuckerberg também é dono. Os resultados foram que, no intervalo de 5 dias, nenhuma conta foi retirada do ar na primeira rede antes que o próprio jornalista as denunciasse e apenas metade foi excluída na segunda.

Os dados de redes sociais, todavia, não são os únicos a serem analisados. A Federal Trade Commission (FTC), agência governamental americana, fez um levantamento de dados sobre os casos de *catfishing* em 2018. O documento Consumer Sentinel Work Data Book demonstrou que os episódios reportados ao FTC entre 2015 e 2018 subiram de 8,5 mil para 21 mil.

Os casos de *catfishing* são cada vez mais frequentes e podem deixar graves danos às vítimas. Quando eles ocorrem, duas pessoas são as principais afetadas: quem tem suas fotos utilizadas e quem é enganado. No presente artigo trataremos da relação entre o *catfish*, a vítima que se relaciona virtualmente com ele e a sociedade, visto que o direito penal tem como principal objetivo a defesa do interesse social e a manutenção da ordem.

A primeira vez que o termo foi utilizado dentro de um processo judicial nos Estados Unidos foi no caso de Manti Te'o, jogador de futebol americano da Universidade de Notre Dame, localizada no estado Indiana. Horas antes de um jogo contra a Universidade de Michigan, Te'o recebeu uma mensagem que informava sobre o falecimento de sua avó e de sua namorada virtual, Lennay Kekua, o que abalou o seu estado emocional.

O caso ocorreu em 2012, mas apenas em 2013 a verdade foi revelada: Manti havia sido enganado e sua namorada Lennay foi inventada por Ronaiah Tuiasosopo, jovem de 22 anos que estava apaixonado por Te'o.

Outro caso que ficou famoso na Grã-Bretanha foi o de Ruth Palmer. Em 2015, a jovem descobriu que suas fotos estavam sendo utilizadas por outra pessoa – a qual se denominava Leah Palmer – em perfis falsos no Instagram, no Facebook, no Twitter e no Tinder desde 2012.

Dentre as postagens dos perfis falsos, havia fotos de Ruth Palmer e seu marido, Benjamin Graves, que o descreviam como o ex-namorado psicótico de Leah Palmer e relatavam que ele perseguia Leah. Ademais, os perfis eram utilizados para seduzir companheiros online, de forma que uma das vítimas chegou a terminar um relacionamento da vida real para namorar Leah Palmer.

Além disso, foram criados vários perfis fingindo serem da família e dos amigos de Ruth, os quais interagiam com ela online para dar um ar mais real à página falsa de Leah, mas que a polícia desconfia que fossem administrados pela mesma pessoa.

O caso de Ruth não teve resolução, a jovem denunciou os perfis para as redes sociais, mas, após serem excluídos, foram recuperados quase imediatamente. Além disso, a polícia não conseguiu enquadrar a conduta em nenhum crime. Dessa maneira, a vítima continuou sem tutela.

Esses são apenas alguns dos vários casos onde pessoas são enganadas diariamente e seduzidas a acreditar em um relacionamento com uma pessoa inexistente, os danos psicológicos e emocionais causados por uma relação assim são imensuráveis e devem ser evitados.

A partir dos dados e casos analisados, é perceptível que as políticas de proteção das redes sociais não são suficientemente confiáveis, tampouco seguras. Logo, é fundamental que o Estado intervenha para cumprir seu objetivo de tutelar direitos e pessoas.

2 INSEGURANÇA JURÍDICA ACERCA DE CRIMES DIGITAIS

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico da Organização das Nações Unidas, crime de computador é “qualquer comportamento ilegal, aéctico, ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e/ou transmissão de dados” (BORTOT, 2017, p. 4). Assim, devem ser condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, praticadas por meio de sistema informático.

O direito é um produto cultural e uma ferramenta de solução de conflitos que deve estar em consonância com a sociedade a qual regula. Logo, deve se atualizar de acordo com as mudanças sociais. Todavia, essa não é a realidade prática encontrada quando se analisa a relação do direito e da internet.

A tecnologia está em constante evolução, trazendo muitas consequências práticas ao cotidiano da população brasileira. Por isso, foi criado e está em avanço o direito digital, o qual representa um desenvolvimento em relação ao direito em si, mas que, no Brasil, ainda não é suficiente para abarcar todos os conflitos.

No presente artigo, trataremos principalmente sobre crimes digitais e sua falta de regulação no ordenamento jurídico brasileiro. É fundamental ressaltar que estes são, em sua maioria, crimes já previstos na ordem brasileira, mas que são colocados em prática por meio de uma nova ferramenta: a internet. Dessa maneira, via de regra, não é necessária a criação de leis novas, mas sim a adaptação de leis já existentes para que abranjam o novo modo de operação dos mesmos crimes.

As principais legislações brasileiras acerca da informática são o Marco Civil da Internet (Lei 12.695/2014), a Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/2012) e a Lei Azeredo (Lei 12.735/2012). Contudo, essas leis não são suficientes para abordar grande parte das situações fáticas que necessitam de tutela atualmente. Isso se dá, primeiramente, pelo fato de que os conflitos abordados em tais textos normativos são limitados, sendo insuficientes perante ao desenvolvimento tecnológico, que acontece de maneira rápida, gerando cada vez mais situações que necessitam de tutela.

Em seguida, deve-se entender que a linguagem utilizada em sua redação não é abrangente o suficiente, ela trata de dispositivos que são atuais no momento da promulgação da lei, mas que podem se tornar obsoletos e inutilizados em um curto período de tempo. Logo, seria

necessário que houvesse uma constante atualização dos termos para que a realidade continuasse a ser eficientemente protegida.

Por fim, o maior problema é que esses dispositivos são nacionais. Dessa forma, são limitados por princípios como o da territorialidade e nacionalidade, já que a lei brasileira, via de regra, não pode ser aplicada fora de seu território.

Nesse sentido, insta frisar que os crimes digitais, frequentemente, são cometidos de maneira a gerar repercussões internacionais, sendo essencial a assinatura do Brasil em tratados internacionais, cuja área de atuação não se limite à extensão territorial de apenas um país.

A Convenção de Budapeste, também conhecida como Convenção sobre o Cibercrime, é um tratado internacional de direito penal e de direito processual penal que foi adotada na Sessão 109 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 2001.

O documento possui quatro capítulos, os quais tratam de terminologias, medidas a serem tomadas em nível nacional e cooperação internacional entre os países signatários. Apesar de não tratar especificamente do *catfishing*, esse tratado é atualmente o mais completo no que tange à crimes virtuais, visto que utiliza nomenclaturas abertas, as quais se adaptam ao desenvolvimento tecnológico sem demandar constantes mudanças na redação do documento.

Outrossim, a Convenção de Budapeste permite que seus os países signatários cooperem entre si, por exemplo, por meio da concessão de acesso rápido a provas eletrônicas que estejam sob jurisdição de outro país.

Atualmente, a Convenção conta com mais de 60 signatários, dentre os quais o Brasil ainda não está incluso. Contudo, após esforços do Ministério Público Federal (MPF), do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Brasil foi convidado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa para aderir à Convenção.

Em junho de 2019, o MPF se reuniu na Câmara dos Deputados para debater sobre a assinatura do Brasil na Convenção de Budapeste, em encontro promovido pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, no qual a Procuradora regional da República Neide Mara Cavalcanti Cardoso de Oliveira, coordenadora do Grupo de Apoio sobre Criminalidade Cibernética, apresentou sua proposta.

A Procuradora divulgou dados do órgão sobre as dificuldades na persecução de crimes digitais, as quais se materializam na falta de

legislação nacional e internacional acerca do assunto e na baixa capacitação dos agentes que lidam com tais problemas.

Além disso, Neide Mara Cavalcanti Cardoso de Oliveira defendeu a criação de um ambiente virtual mais seguro por meio da implementação de algumas mudanças, como melhor capacitação dos agentes públicos, criação de grupos especializados no Ministério Público Federal, Estadual e nas polícias e a assinatura do Brasil no tratado em questão.

Segundo informações do sítio eletrônico do Governo Federal (2019), após os incentivos do Ministério Público Federal, o Governo brasileiro manifestou seu interesse em aderir à Convenção com base em pareceres técnicos da Polícia Federal (PF) e do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional.

Assim, em dezembro de 2019, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa convidou o Brasil para integrar o grupo dos não-membros do Conselho da Europa que assinam e ratificam a Convenção (GOVERNO FEDERAL, 2019).

Ato contínuo, o Presidente da República Jair Bolsonaro, por meio da Mensagem nº 412 de 22 de julho de 2020, encaminhou o texto da Convenção sobre o Crime Cibernético ao Congresso Nacional, com objetivo de adesão brasileira ao instrumento (2020).

Dessa forma, a aprovação do texto da Convenção está sob discussão no Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, Tratados ou Atos Internacionais nº 255/2021. O regime de tramitação do PDL é de urgência, de acordo com o que foi solicitado pelo Ministério Público Federal por meio do Ofício nº 736/2020.

Destarte, percebe-se que o ordenamento jurídico está em processo de desenvolvimento para que os crimes cibernéticos sejam devidamente tutelados, de forma que a Convenção de Budapeste servirá como um forte instrumento de coibição de tais práticas, principalmente se utilizado em conjunção com as legislações brasileiras atualmente existentes.

3 CATFISHING NAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E ESTRANGEIRA

A prática do *catfishing* é extremamente perigosa e já teve sua importância reconhecida em outros países, como os Estados Unidos, sendo que estados como Texas, Califórnia e Oklahoma criaram leis específicas para tratar do assunto.

Em fevereiro de 2009, a House Bill 2003 foi apresentada para a Câmara de Representação dos Estados Unidos, a casa “mais baixa” do Congresso (sendo o Senado a casa mais alta). Os representantes Joaquin Castro, Brian McCall e Robin Duke Orr do Texas pretendiam alterar o capítulo 33 do Código Penal texano, adicionando a seção 33.07, a qual transforma em crime de terceiro grau o ato de utilizar o nome ou a imagem de outra pessoa em um site de interação comercial ou social e em uma infração de menor potencial ofensivo de classe A o ato de mandar mensagens eletrônicas a partir de uma conta que utilize as informações de outro cidadão.

Ademais, vale citar que a redação da House Bill especifica sites de interação comercial ou social como qualquer rede, negócio ou organização online que opera através de um site e permite usuários a se registrarem e estabelecerem relações pessoais com outros internautas através de mensagens instantâneas. Logo, redes sociais e sites de relacionamento estão inclusos na área de atuação da lei.

O projeto foi aceito e passou a valer em junho de 2009.

Ademais, em fevereiro de 2010, o Senador Joe Simitian apresentou a Senate Bill 1.411 ao estado da Califórnia, o que equivale a um Projeto de Lei no Brasil, a qual pretendia alterar a seção 528.5 do Código Penal californiano. A Senate Bill passou a classificar como uma infração de menor potencial ofensivo o ato de criação de um perfil online, no qual uma pessoa mente sua identidade com a intenção de ferir, intimidar, ameaçar ou defraudar. Além disso, a vítima de tenha sofrido danos ou perdas poderia abrir uma ação civil contra qualquer um que viole tal lei. A Senate Bill entrou em vigor em primeiro de janeiro de 2011, estabelecendo a pena para tal crime como multa de U\$1000,00 e/ou detenção de até um ano.

Por fim, em 2016, os legisladores John Paul Jordan e David Holt do Oklahoma apresentaram a House Bill 3024, conhecida como Catfishing Liability Act of 2016, a qual foi aprovada em maio de 2016 e passou a valer em novembro do mesmo ano. Ela é conhecida como a lei mais forte dos Estados Unidos no que tange ao *catfishing*, definindo especificamente termos como fotografia e rede social, bem como citando os tipos de danos a serem causados para que a lei se aplique e como esta deve ser aplicada.

4 FALSA IDENTIDADE

Como demonstrado, o Brasil não tem legislação específica acerca do *catfishing*, mesmo que haja necessidade de tutela por parte do Estado.

Logo, é fundamental que as leis brasileiras já existentes sejam adaptadas para que abarquem tal situação. Com esse intento, é possível perceber que a prática em análise pode ser enquadrada sob o crime de falsa identidade.

É de extrema necessidade entender as classificações deste crime para compreender completamente sua semelhança com o *catfishing* e porque um pode ser utilizado para criminalizar o outro.

O crime de falsa identidade está elencado no artigo 307 do Código Penal de 1940:

Art. 307 – Atribuir-se ou a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

Nele, há a tipificação da ação de imputar características falsas a si ou a outrem, haja vista que elas permitem a identificação do indivíduo e sua distinção de outros, buscando proteger o bem jurídico da fé pública.

Ademais, deve-se especificar o que a doutrina entende como identidade, visto que esse é o núcleo do crime que está em análise. Esta equivale ao conjunto de atributos individuais de cada ser humano, que servem para identificá-lo e distingui-lo dos demais. Por exemplo, há o nome, idade, profissão, sexo, estado civil, filiação, entre outros. Vale ressaltar que endereço e telefone não entram nos aspectos que caracterizam o crime.

Assim, o crime se materializa quando alguém mente sobre esses caracteres, de modo a causar dano a outrem.

Nesse sentido, é possível perceber que o ato de criação de um perfil falso na internet, seja utilizando informações de outras pessoas ou dados inteiramente inventados, corresponde a criar uma falsa identidade.

Quanto ao bem materialmente tutelado, há desentendimento doutrinário. Rogério Greco (2017) acredita que não há bem material em tutela, enquanto Guilherme Nucci (2018) defende que esse bem é a identidade em si.

Sob outro prisma, é fundamental classificar o crime de falsa identidade quanto aos seus elementos penais: ele é, via de regra, crime comum, formal, doloso, comissivo, instantâneo, unissubjetivo e unissubsistente.

Dizer que a falsa identidade configura crime comum significa dizer que ele não exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, ou seja, pode ser cometido por qualquer cidadão. No mesmo diapasão, vale citar que o

sujeito passivo da situação será o Estado, já que o crime é primeiramente contra a fé pública, e, secundariamente, contra a pessoa prejudicada.

Ademais, o tipo penal analisado configura crime formal ou de consumação antecipada. Isso significa dizer que é irrelevante se o resultado almejado por meio da ação foi atingido ou não. Logo, se o agente atribui a si mesmo falsa identidade com a intenção atingir objetivo específico, mas não o atinge, o crime ainda se configura.

Além disso, deve sempre ser em forma dolosa, não há falsa identidade culposa. Dessa forma, o agente deve querer o resultado, enquadrando-se em dolo direto, ou assumir o risco de produzi-lo, de maneira a ter dolo eventual.

Outrossim, o delito em questão ocorre de forma comissiva, ele pressupõe um comportamento positivo do agente, o qual consiste em fazer o que a lei proíbe: atribuir a si ou a terceiro falsa identidade, de modo a causar dano.

Todavia, há discussão doutrinária acerca do assunto. Enquanto Rogerio Sanches (2017) acredita que não há, em hipótese alguma, a forma omissiva do crime, mas Guilherme Nucci (2018) discorda. Nucci defende a existência do crime de modo omissivo impróprio ou omissivo por comissão, quando o agente possui o dever jurídico de evitar o resultado.

Outrossim, o tipo jurídico analisado é instantâneo, ou seja, a ofensa à vítima é imediata, não há possibilidade de que a ação se prolongue no tempo, já que o crime é considerado como cometido logo quando a ação prevista no artigo é colocada em prática.

Além disso, é crime unissubjetivo. Isso significa dizer que não precisa de mais de um agente para que seja cometido, apesar de ser possível o concurso eventual de agentes. Por fim, é unissubsistente, realizado em ato único, sendo impossível o fracionamento da conduta.

5 CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO CRIME

O *catfishing*, por proporcionar que a pessoa se esconda atrás de uma identidade que não é a sua, frequentemente é utilizado como meio para a execução de outros crimes, como fraude ou estelionato. É comum que a vítima seja seduzida a entrar em um relacionamento virtual e comece a confiar no seu parceiro, que logo passa a pedir dinheiro e presentes ou tenta aplicar golpes.

Esses golpes funcionam através de histórias que o *catfish* usa para pedir ajuda financeira, contando que ele precisa de dinheiro para viajar e conhecer o namorado ou que um membro de sua família está doente.

Contudo, quando esses casos acontecem, eles não podem mais ser enquadrados sob o crime de falsa identidade, já que este é subsidiário. O princípio da subsidiariedade serve para solucionar aparentes conflitos entre normas, ou seja, quando dada conduta recai ou parece recair sob a incidência de mais de um tipo legal de crime, embora apenas um possa ser aplicado, devido ao princípio *ne bis in idem*, o qual proíbe a dupla valoração da mesma ação.

Segundo os ensinamentos de Paulo Queiroz (2018) a subsidiariedade em tipos penais deve ser aplicada quando a lei descreve vários graus de intervenção aos mesmos bens jurídicos, buscando protegê-los da maneira mais completa possível. Dessa forma, a norma subsidiária só pode ser aplicada quando não couber o enquadramento na norma principal e mais grave.

É importante citar que o caráter subsidiário da lei pode ser expresso, quando a lei deixa explícito que a norma só deve ser aplicada se o fato não constitui crime mais grave - por exemplo no caso do artigo 132 do Código Penal de 1940 - ou pode ser tácito, quando a subsidiariedade depender da interpretação dos tipos penais em questão.

Dizer que o crime de falsa identidade possui caráter subsidiário significa dizer que ele não se configura caso haja, por exemplo, vantagem econômica por parte do agente, já que a ação recairia em outros crimes mais graves, como o estelionato.

Dessa maneira, caso outro delito tenha sido cometido ao mesmo tempo, a falsa identidade seria consumida pelo mais grave, já que apareceria apenas como meio ou instrumento para a realização do crime de real intenção do agente.

Para fins de ilustração, há o artigo 328 do Código Penal de 1940, que versa sobre a usurpação de função pública: se o agente se utiliza de falsa identidade para cometer a ação descrita, ele é imputado segundo o artigo 328, não o 307.

Da mesma forma, caso a intenção visada pelo agente não seja atingida, o enquadramento ainda recai sobre o artigo 307. Logo, se o polo ativo da relação comete o crime de falsa identidade almejando vantagens econômicas e não as alcança, ainda há a tipificação neste.

6 MEIOS DE COIBIÇÃO

Como demonstrado, a legislação brasileira não é suficiente para proteger os usuários da internet de crimes digitais. Dessa forma, é necessária a atualização de leis já existentes para que os conflitos do mundo tecnológico atual sejam abarcados.

Nesse viés, em 2014 foi apresentado o Projeto de Lei nº 7.758 pelo Deputado estadual Nelson Marchezan Júnior (PSDB-RS), o qual pretende alterar o artigo 307 do Código Penal para a seguinte redação:

Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade, inclusive por meio da rede mundial de computadores ou qualquer outro meio eletrônico, com o objetivo de prejudicar, intimidar, ameaçar, obter vantagem ou causar dano a outrem, em proveito próprio ou alheio:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

Uma das justificativas que o Deputado utilizou na redação do seu Projeto de Lei foi a lei californiana anteriormente mencionada, a qual fez muito sucesso entre os criminalistas brasileiros. Entre eles, há o especialista em direito penal empresarial David Rechulski, o qual diz que em 2008 o Brasil teve um milhão de denúncias de crimes praticados em âmbito digital, sendo que a falsa identidade era utilizada como meio em muitos deles.

A proposta do PL nº 7.758 foi apresentada em julho de 2014 e aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em agosto de 2015. Entretanto, o Relator Deputado Bentinho Gomes (PSDB-PE) alterou o texto original, aumentando a pena em 1/6 a 1/3 para caso o crime seja pela internet ou por outro meio eletrônico.

Segundo ele, “pouco importa o *modus operandi*. Se pela internet ou não, o delito se perfaz quando alguém atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”. Entretanto, o aumento na pena era necessário porque a internet tornou-se um lugar propício para a prática de crimes, além de facilitar que estes sejam colocados em prática.

Agora, a proposta se encontra pronta para pauta no Plenário, onde será analisada. Caso ela seja aprovada, será encaminhada para o Senado Federal e, posteriormente, para a Presidência da República.

O Projeto de Lei sob análise, apesar de não citar especificamente o *catfishing*, é uma forma de fazer com que a legislação brasileira abarque

tal ato, já que esta prática nada mais é do que uma forma de cometer o crime de falsa identidade utilizando meios tecnológicos.

Insta frisar que, apesar de já ter havido um avanço no direito brasileiro no que tange aos crimes digitais, nenhuma das novas leis abrange especificamente o crime de falsa identidade.

Por exemplo, há a Lei nº 14.155, que foi publicada em maio de 2021 e alterou o Código Penal, tornando mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato que sejam cometidos de forma eletrônica ou pela internet. Outrossim, ela modificou o Código de Processo Penal para definir a competência para o julgamento dependendo das modalidades de estelionato.

Essas modificações certamente representam uma evolução do direito brasileiro no que tange à tipificação de crimes cometidos pela internet. É possível perceber que o legislador se atentou à necessidade de tutelar tais situações, com base na facilitação da execução de crimes que surge dos meios eletrônicos.

Nesse sentido, a promulgação de tal lei demonstra uma preocupação da legislação brasileira em se atualizar e acompanhar as mudanças tecnológicas. Isso porque o uso de expressões como “dispositivo informático” e “forma eletrônica” transparece um cuidado na utilização de palavras abrangentes, que não exijam atualizações constantes.

Contudo, apesar de haver um desenvolvimento, o crime de falsa identidade cometido pela internet continua sem tipificação específica, de forma que as vítimas de certas atividades lesivas permanecem desamparadas.

Dessa maneira, o PL nº 7.758 representa um avanço importante para o ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, é fundamental analisar o objetivo do Projeto de Lei sob comento a partir do prisma das funções da pena, de forma a compreender sua utilidade na inibição do *catfishing* e da falsa identidade cometida por meios virtuais.

Para Claus Roxin, a pena seria um instrumento de prevenção subsidiária, tanto especial como geral (1993, p. 35 *apud* QUEIROZ, 2018, p. 428). Dessa forma, em sua perspectiva geral, a pena se justificaria pelo seu objetivo de proteger bens jurídicos relevantes para a sociedade. Por outro lado, em seu panorama individual, a pena consistiria na ressocialização do condenado.

O jurista ressalta, ainda, que a pena deve ser limitada pela culpabilidade do condenado, haja vista que a atividade punitiva estatal não

deve extrapolar os limites constitucionais, aplicando-se a pena na medida necessária para coibir a atividade que ofendeu o bem jurídico protegido.

Assim, o intento da tipificação de uma atitude tida como lesiva a um bem jurídico é a sua proteção e a inibição de eventuais ações que venham a repetir o ato danoso, por meio da ressocialização do condenado.

Nesse sentido, o PL nº 7.758 traz inovações que estão em consonância com as finalidades da pena. Isso porque ele pretende incluir na descrição do crime a possibilidade da utilização de meios eletrônicos ou da rede mundial de computadores, de modo a especificar o tipo penal, bem como elevar a pena nas situações em que esses meios são utilizados.

Logo, busca-se demonstrar para a sociedade a gravidade da utilização da internet para a prática de atos ilegais, o que conflui com o objetivo da pena de proteger bens jurídicos relevantes. A tipificação de uma atitude demonstra a sua expressividade para o Estado, realçando e difundindo a pertinência de proteger o bem jurídico. Consequentemente, sua salvaguarda é facilitada.

Ademais, o aumento da pena nos casos em que a falsa identidade é cometida por meio da internet colabora para esse realce, já que salienta o perigo advindo das referidas situações.

Sob outro viés, a perspectiva da prevenção individual se torna mais tangível a partir do momento da execução da pena, já que há a concretização da previsão legal e, por consequência, de sua intenção originadora.

Caso o Projeto de Lei com a alteração do Relator Deputado Bentinho Gomes (PSDB-PE) seja aprovado, a pena do crime de falsa identidade quando cometido por meios eletrônicos será de detenção por, no máximo, um ano e quatro meses ou multa.

Dessa forma, de acordo com o art. 44 do Código Penal, é possível que haja a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, visto que a pena aplicada seria inferior a quatro anos. Vale ressaltar que os outros requisitos para a substituição também devem ser cumpridos. Por exemplo, não pode haver violência ou grave ameaça à pessoa.

Nesse caso, penas como prestações pecuniárias, perdas de bens e valores, limitações em fins de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e interdições temporárias de direitos podem ser aplicadas em alternativa à detenção.

Essas possibilidades previstas pelo Código Penal seriam mais eficientes na persecução da prevenção individual, haja vista que mais úteis para obter a ressocialização do condenado.

Nesse sentido, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, por exemplo, é um forte instrumento para a ressocialização. É possível inserir o indivíduo em atividades relacionadas à importância de se respeitar a identidade alheia, demonstrando os riscos lesivos de utilizar fotos de outra pessoa para criar perfis falsos em redes sociais.

Além disso, também é concebível a sua introdução em ambientes de recuperação psicológica, objetivando expô-lo ao contato com cenários de recuperação das vítimas do *catfishing*.

Portanto, é possível concluir que as alterações pretendidas pelo PL nº 7.758 permitem o alcance dos objetivos e finalidades da pena, porque ressaltam a importância de proteger o bem jurídico, facilitando esse processo, bem como permitem a aplicação de penas justas e necessárias, que são capazes de ressocializar o condenado e inibir condutas idênticas posteriores.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo a análise do *catfishing* (criação de perfis falsos em redes sociais) e de sua relação com crime de falsa identidade, de modo que haja uma tutela eficiente de crimes digitais e a defesa da fé pública.

Foi demonstrado que o Brasil não possui um direito digital bem desenvolvido e suficiente para resolver os conflitos que surgem diariamente. Assim, algumas soluções seriam a assinatura do país à Convenção de Budapeste, tratado internacional mais eficiente atualmente acerca do tema, bem como a aceitação do Projeto de Lei nº 7.558/2014, que especifica a possibilidade de ocorrência do crime de falsa identidade no âmbito digital, além de prever o aumento da pena para quando isso ocorra.

Além disso, visto que crimes digitais são apenas o novo modo de operação de um crime já existente e que a legislação não pode ser alterada constantemente para acompanhar a evolução da tecnologia, não é plausível a criação de novas leis para tratar destes. Logo, as leis antigas devem ser atualizadas de modo abrangente, para que sejam capazes de tutelar os novos acontecimentos.

A solução apresentada para o problema do *catfishing* é o enquadramento dessa prática no artigo 307 do Código Penal, que trata do crime de falsa identidade, já que esta é justamente a apropriação que

alguém faz da identidade do outro para causar dano a outrem, por via de meios eletrônicos.

REFERÊNCIAS

BLAZKA, Matthew. SMITH, Kenny D. SMITH, Lauren Reichart. Follow me, what's the harm? Considerations of Catfishing and Utilizing Fake Personas on Social Media. **Journal of Legal Aspects of Sport**. Nova Iorque, 2017 n. 27, v. 1, p. 32-45. Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/27JLegalAspectsSport32.pdf. Acesso em: 5 nov. 2019.

BLUE, Violet. **Analysis: California's Online Impersonation Law, Effective January 1**. ZDNET, 30 dez. 2010. Disponível em: https://www.zdnet.com/article/analysis-californias-online-impersonation-law-effective-january-1/?tag=mantle_skin;content. Acesso em: 14 jan. 2020.

BORTOT, Jessica Fagundes. Crimes Cibernéticos: Aspectos Legislativos e Implicações na Persecução Penal com base nas Legislações Brasileira e Internacional. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, n. 2, v. 2, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/15745-Texto%20do%20artigo-56007-2-10-20180808.pdf. Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 7.558/2014**, versão final. Acrescenta dispositivo ao art. 307 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1263593&filename=PL+7758/2014. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. Despachos do Presidente da República. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/despachos-do-presidente-da-republica-268441788>. Acesso em: 2 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm. Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 mai. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.155-de-27-de-maio-de-2021-322698993>. Acesso em: 3 jul. 2021.

CALIFORNIA. **California's Penal Code**, de 1872. Disponível em: <https://leginfo.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=PEN&tocTitle=+Penal+Code+-+PEN>. Acesso em: 14 jan. 2020.

CALIFORNIA. Senate Bill 1411, de 19 de fevereiro de 2010. Disponível em: http://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=200920100SB1411. Acesso em: 16 jan. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. **Chart of signatures and ratifications of Treaty 185: Convention on Cybercrime**. Budapeste, 08 nov. 2019. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures>. Acesso em: 8 nov. 2019.

CONSUMIDOR MODERNO. **Você Sabe O Que É Catfishing?** São Paulo, 27 mar. 2019. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2019/03/27/voce-sabe-catfishing/>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CONVENÇÃO de Budapeste sobre crimes cibernéticos = **BUDAPEST Convention on Cybercrime**. 23 nov. 2001. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest_/7_conv_budapest_en.pdf. Acesso em: 8 nov. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal Parte Especial**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

D'ONFRO', Jillian. **Twitter Admits 5% Of Its 'Users' Are Fake**. Business Insider, 03 out. 2013. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/5-of-twitter-monthly-active-users-are-fake-2013-10>. Acesso em: 7 nov. 2019.

ESPN. **Hoaxer was in love with Manti Te'o**. Indiana, 31 jan. 2013. Disponível em: https://www.espn.com/college-football/story/_/id/8900688/ronaiah-tuiasosopo-says-was-love-manti-teo. Acesso em: 8 nov. 2019.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Consumer Sentinel Network Data Book 2017**. Washington, 2018. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/consumer-sentinel-network-data-book-2017/consumer_sentinel_data_book_2017.pdf. Acesso em: 13 jan. 2020.

GOVERNO FEDERAL. **Processo de adesão à Convenção de Budapeste – Nota Conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Brasília, 11 dez. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/2019/processo-de-adesao-a-convencao-de-budapeste-nota-conjunta-do-ministerio-das-relacoes-exteriores-e-do-ministerio-da-justica-e-seguranca-publica. Acesso em: 2 ago. 2021.

GRECO, Rogerio. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017.

KLEINMAN, Zoe. **Who's That Girl: The Curious Case of Leah Palmer**. BBC News., 5 mar. 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-31710738>. Acesso em: 13 jan. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF defende adesão do Brasil à Convenção de Budapeste em audiência pública na Câmara**. Brasília, 06 jun. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-defende-adesao-do-brasil-a-convencao-de-budapeste-em-audiencia-publica-na-camara>. Acesso em: 8 nov. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF pede celeridade ao Congresso na ratificação do Brasil como parte da Convenção de Budapeste**. Brasília, 04 ago. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-pede-celeridade-ao-congresso-na-ratificacao-do-brasil-como-parte-da-convencao-de-budapeste>. Acesso em: 2 ago. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ofício nº 736/2020- SUPCAP/ SEJUD/PGR**. Brasília, 30 jun. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio736DaviAlcolumbre.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2021.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Brasil é o quarto país com mais usuários de Internet do mundo, diz relatório da ONU**. Rio de Janeiro, 04 out. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-e-o-quarto-pais-com-mais-usuarios-de-internet-do-mundo-diz-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 8 nov. 2019.

NICAS, Jack. **Does Facebook Really Know How Many Fake Accounts It Has?** The New York Times, 30 jan. 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/01/30/technology/facebook-fake-accounts.html>. Acesso em: 7 nov. 2019.

NOBRE, Noeli. **CCJ Aprova Pena Maior Para Crime de Falsa Identidade Praticado Pela Internet.** Câmara dos Deputados, 04 nov. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/466024-ccj-aprova-pena-maior-para-crime-de-falsa-identidade-praticado-pela-internet/>. Acesso em: 19 nov. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

OKLAHOMA. House Bill 3024, de 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://openstates.org/ok/bills/2015-2016/HB3024/>. Acesso em: 16 jan. 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral.** 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

SCHULTZ, Alex. **How Does Facebook Measure Fake Accounts?** Facebook Newsroom, 23 mai. 2019. Disponível em: <https://newsroom.fb.com/news/2019/05/fake-accounts/>. Acesso em: 7 nov. 2019.

TEXAS. Código Penal do Texas, de 1856. Disponível em: <https://statutes.capitol.texas.gov/?link=PE>. Acesso em: 16 jan. 2020.

TEXAS. House Bill 2003, de 27 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://capitol.texas.gov/billlookup/History.aspx?LegSess=81R&Bill=HB2003>. Acesso em: 26 jan. 2020.

USA TODAY. **Manti Te'o's 'Catfish' story is a common one.** Virginia, 18 jan. 2013. Disponível em: <https://www.usatoday.com/story/sports/ncaaf/2013/01/17/manti-teos-catfish-story-common/1566438/>. Acesso em: 7 nov. 2019.

YOUNG, Mike. **Online Harassment: New Texas Internet Law Goes Into Effect.** Mike Young Law, 16 dez. 2009. Disponível em: <https://mikeyounglaw.com/online-harassment-texas-internet-law/>. Acesso em: 14 jan. 2020.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: AS EXPERIÊNCIAS DO BRASIL E DA ÁFRICA DO SUL

JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH: BRAZIL AND SOUTH AFRICAN EXPERIENCES

Paula Uematsu Arruda*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Justiciabilidade dos direitos econômicos e sociais e o desafio das Cortes Constitucionais. 1.1 Sobre a legitimidade e capacidade das Cortes. 1.2 Quem deve decidir sobre a alocação de recursos? 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Corte Constitucional da África do Sul nos litígios relacionados à saúde. 2.1 Direito à saúde nas Constituições brasileira e da África do Sul. 2.2 A jurisprudência no Brasil. 2.2.1 Disponibilidade financeira. 2.2.2 Mínimo existencial. 2.2.3 Obrigações positivas e discricionariedade de poder público. 2.3 A jurisprudência da África do Sul. 2.3.1 Dimensões positivas e negativas do direito à vida. 2.3.2 Recursos escassos e discricionariedade. 2.3.3 *Minimum Core*. 2.3.4 Razoabilidade. 3 Implicações dos litígios individuais e coletivos. 3.1 A preferência pelos litígios individuais em detrimento dos litígios coletivos. 3.1.1 Brasil. 3.1.2 África do Sul. 3.2 Quem seriam os beneficiados? 4. Resumo comparativo. Conclusão.

RESUMO: Trata-se de estudo comparativo das principais decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional da África do Sul sobre o direito à saúde. Através do entendimento desses dois órgãos julgadores acerca da interpretação e aplicação dos parâmetros do mínimo existencial/*minimum core*, a razoabilidade, as obrigações positivas/negativas, alocação de recursos, e do parâmetro processual da escolha entre litígios individuais e coletivos, procuramos identificar o tipo de proteção conferida ao direito à saúde. Os achados da pesquisa revelam que a experiência brasileira de revisão judicial do direito à saúde é de tipo forte, pois reconhece o direito subjetivo à saúde, possui clara preferência pelos litígios individuais estabelecendo uma forte proteção do núcleo essencial desse direito que é protegido de alegações de falta de recursos por parte do poder público. Por outro lado, a revisão judicial sul africana apresenta um modelo de tipo fraco no qual a Corte Constitucional daquele país age com deferência aos demais poderes, sem a delimitação de um *minimum core*, refutando uma interpretação positiva de garantia e promoção do direito à saúde e à vida.

Palavras-chave: Brasil. África do Sul. judicialização. direito à saúde. direitos sociais. políticas públicas.

ABSTRACT: *This is a comparative study about the main judgments of the Brazilian Federal Supreme Court and the Constitutional Court of South Africa in the right to health. Through the understanding of these two judging bodies about the interpretation and application of the following parameters: the minimum core, reasonableness, positive / negative obligations, resource allocation, and the procedural parameter about the choice between individual and collective litigation, we*

* Paula Uematsu Arruda. Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre e Especialista em Direito Internacional pela Universidade de Lisboa. Advogada. E-mail: paulauematsu@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6602987216953839>; ORCID <http://orcid.org/0000-0002-7063-619X>

Artigo recebido em 07/02/2021 e aceito em 18/04/2021.

Como citar: ARRUDA, Paula Uematsu. Judicialização da saúde: as experiências do Brasil e da África do Sul. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 24, n. 40, p. 325-358, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

seek to identify the type protection given to the right to health. The research findings reveal that the Brazilian experience of judicial review in the right to health is strong, recognizing the subjective right to health, has a clear preference for individual litigation, establishing a strong protection of the essential core of this right that is protected from allegations of lack resources on the part of the public authorities. On the other hand, the South African Court presents a weak model of judicial review in which the Constitutional Court of South Africa acts with deference to other powers, without delimiting a minimum core, refuting a positive interpretation to fulfill and promote the right to health and life.

Keywords: *Brazil. South Africa. judicialization. right to health. social rights. public policy.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo é um estudo comparativo sobre a proteção conferida pelas jurisdições brasileira e sul africana aos direitos econômicos e sociais (DES), especificamente ao direito à saúde. A escolha da Corte Sul Africana como modelo comparativo à jurisdição brasileira justifica-se pelo fato de que seus julgados ganharam proeminência por parte dos constitucionalistas e internacionalistas de várias partes do mundo. Nos últimos anos, suas decisões têm sido amplamente discutidas no meio acadêmico por autores como Schneider, 2013; Novais, 2010; King, 2012; Ginsburg e Dixon, 2013. Ao selecionar alguns dos principais leading cases do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Corte Constitucional da África do Sul sobre o assunto, consideramos que a jurisprudência escolhida reflete as decisões pioneiras e inovadoras desses tribunais, que, devido a sua importância, são constantemente citadas em julgados posteriores e objeto de estudo e análise da doutrina.

Argumentamos que esses Tribunais utilizam alguns parâmetros para interpretar e aplicar os DES. Desse modo, utilizamos o entendimento dessas duas Cortes sobre a interpretação e aplicação do mínimo existencial/minimum core, a razoabilidade, as obrigações positivas/negativas e os recursos escassos para comparar o tipo de proteção conferida por esses órgãos julgadores ao direito à saúde, ou seja, se a judicialização colabora para realizar o papel transformativo almejado pelas Constituições desses dois países. Consideramos também o parâmetro processual da escolha entre litígios individuais e coletivos, pois a preferência por um ou pelo outro modelo de solução de litígios pode influenciar na realização do direito à saúde.

Os achados revelam que a experiência brasileira de revisão judicial do direito à saúde é de tipo forte, nos moldes da classificação adotada por Tushnet (2009, p. 248). Suas características são o reconhecimento

do direito subjetivo à saúde com uma clara preferência pelos litígios individuais e forte proteção do núcleo essencial desse direito de alegações de falta de recursos por parte dos gestores afastando o poder discricionário dos gestores públicos (FERRAZ, 2019, p. 19; WANG, 2015, p. 621). Por outro lado, a revisão judicial sul africana apresenta um modelo de tipo fraco (LANDAU, 2014, p. 245). A Corte Constitucional daquele país age com deferência aos demais poderes, sem a delimitação de um *minimum core*, afastando uma interpretação positiva de garantia e promoção do direito à saúde e à vida. Ou seja, as decisões e ações em matéria de saúde são majoritariamente tomadas pelos atores políticos e não pelo judiciário.

O artigo está dividido em quatro seções. Na primeira seção tratamos dos desafios impostos ao poder judiciário quando instado a decidir sobre um direito econômico e social. Na segunda seção estudamos alguns julgados emblemáticos das Cortes da África do Sul e do Brasil sobre o direito à saúde, através dos parâmetros para interpretação e aplicação desse direito. Na terceira seção abordamos a escolha entre litígios individuais e coletivos e suas consequências. Na quarta e última seção realizamos um resumo comparativo dos achados da pesquisa.

1 JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS E O DESAFIO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS.

Justiciabilidade é a capacidade de reivindicar um remédio perante um órgão independente e imparcial quando uma violação de um direito ocorreu ou poderá ocorrer. No caso específico dos direitos econômicos e sociais, a justiciabilidade comporta duas questões centrais: a) reconhecer que os DES são, tanto quanto os direitos civis e políticos, passíveis de apreciação pelos órgãos judiciais. Tanto os DES quanto os direitos civis e políticos possuem dimensões negativas e positivas, não havendo, portanto, diferenças que justifiquem um tratamento diferenciado em relação a justiciabilidade (SHUE, 1984, p. 85; EIDE, 1995, p. 9).

Não haveria que se falar em falta de densidade normativa e, portanto, de impedimentos à adjudicação das obrigações positivas por parte dos Tribunais, os quais devem julgar o dever estatal de cumprir concretamente com uma determinada obrigação independentemente se ela revela um DES ou um direito político e civil; b) refutar argumentos baseados na ilegitimidade e incapacidade das Cortes para decidir sobre direitos socioeconômicos.

O argumento de que os DES deveriam ser deixados apenas para a esfera política, pois seria antidemocrático que juízes não eleitos pelo voto popular interviessem em questões exclusivamente políticas como nas escolhas dos outros poderes sobre prioridades na elaboração, execução e alocação de recursos de políticas públicas. A seguir trataremos com mais precisão essas questões.

1.1 Sobre a legitimidade e capacidade das Cortes

Adeptos da teoria democrática argumentam sobre a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos pelo voto popular, para atuar ativamente no desenho e na implementação das políticas públicas. Seria antidemocrático que juízes não eleitos interviessem em questões exclusivamente políticas como nas escolhas dos outros poderes sobre prioridades na elaboração, execução e alocação de recursos de políticas públicas. Para eles, o poder judiciário claramente não deveria assumir um papel político (PALMER, 2009, p. 14; SUSTEIN, 1997, p. 329). Críticos a uma participação ativa dos juízes em questões políticas consideram essa ação um sinal de abandono do terreno das leis ao adentrar no campo da política no qual imperam as negociações e barganhas (ROACH, 2009, p. 9).

Segundo Waldron (1999, p. 2013), um dos maiores expoentes da teoria democrática, justiciabilidade significa dar aos juízes o poder de decidir definitivamente, ou seja, de ter a última palavra sobre um determinado assunto sem que essa decisão possa ser revertida por atos de outros poderes. Para os adeptos dessa corrente, dar aos juízes o poder de decidir sobre determinadas questões, como as relacionadas aos DES comportaria um profundo desrespeito aos valores democráticos e representativos. O exercício do judicial review “importa sempre em uma afronta à vontade da maioria, representada pelo Parlamento” (MELLO, 2004, p. 205). Promovendo uma autocontenção judicial (CANOTILHO, 2000, p. 1224), os juízes deveriam negar a justiciabilidade das questões políticas.

Questiona-se também a falta de capacidade das Cortes que não estariam preparadas para realizar desenhos e planejamentos detalhados de políticas públicas. Juízes não possuiriam conhecimento técnico e informações suficientes para planejar ações de políticas públicas, contudo, eles estariam aptos a identificar a ausência de uma política pública ou a presença de uma violação ou omissão governamental.

Para um outro grupo de teóricos, a participação do judiciário pode ser vista como fenômeno que contribui para o desenvolvimento democrático.

Vianna, Burgos e Salles (2007 p. 41) argumentam que o “boom da litigação” é um fenômeno mundial das democracias contemporâneas estimulado, especialmente, por conta da distância existente entre representantes e representados. A constitucionalização de direitos e a criação de mecanismos de controle constitucional seriam “formas de aperfeiçoamento da democracia contra a tirania das maiorias legislativas ou poderes executivos hipertrofiados” (ARANTES, 2013, p. 201). Essa atuação do judiciário seria, portanto, democraticamente legítima, por impedir a inércia dos demais poderes em concretizar as garantias constitucionais.

Vista como um fenômeno conexo ao processo de democratização, a judicialização da política contribuiria para o surgimento de um padrão de interação entre os poderes, desta forma o papel do judiciário não se limitaria à mera proteção dos direitos fundamentais (civis, políticos, sociais, econômicos e culturais), acumulando, também a importante função de promoção e garantia desses direitos, ou seja, haveria uma ampliação das funções do judiciário que, ao promover e garantir a efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados estaria cumprindo com o seu papel político e colaborando com o aperfeiçoamento da democracia. Para outro grupo de teóricos representados por Ely (1980, p. 103) a democracia, concebida como governo da maioria, por vezes exclui a minoria do processo político. O poder judiciário desempenharia um papel fundamental na correção dessa desigualdade atuando como uma instituição fortalecedora do processo democrático, revelando uma atuação contramajoritária do judiciário na preservação dos direitos das minorias, promovendo um canal institucional de vocalização dos interesses desses grupos que geralmente são excluídos do processo político (GRINOVER, 2014, p. 16) As Corte desempenhariam, portanto, um papel não competitivo e sim fortalecedor da democracia permitindo que algumas vezes minoritárias sejam incorporadas, ainda que minimamente ou de forma marginal, na elaboração dessas políticas (TAYLOR, 2007, p. 230).

A discussão sobre a capacidade e legitimidade das Cortes para decidir sobre uma questão relacionada a um direito social está no cerne da classificação adotada por Tushnet (2006, p. 4) entre revisão judicial de tipo forte e fraca. De acordo com o autor as Cortes adotam um modelo

fraco de judicialização do direito à saúde quando agem com deferência aos demais poderes, ou seja, deixam para os poderes democraticamente eleitos a última palavra mesmo quando o que está em causa é uma questão de interpretação constitucional. As Cortes prefeririam adotar um modelo fraco por comportar um baixo custo de legitimidade e capacidade. Por outro lado, um modelo forte é adotado quando as Cortes detalham minuciosamente o que a administração deve fazer, identificando metas, estabelecendo prazos específicos para o seu cumprimento (TUSHNET, 2009, p. 248).

1.2 Quem deve decidir sobre a alocação de recursos?

Outra questão relacionada com a legitimidade e capacidade do judiciário é a discussão sobre alocação de recursos, uma vez que a judicialização de uma obrigação positiva implicaria também numa decisão sobre a alocação de recursos estatais destinados ao seu cumprimento. De acordo com um grupo de teóricos sempre que uma decisão envolver gastos públicos ela deveria ser tomada pelo poder político, o qual é competente, segundo o princípio da separação de poderes, para decidir sobre questões orçamentais. Se o poder judiciário assumisse esse papel ele estaria invadindo a esfera de competência de outro poder (SHANY, 2007, p. 78). Portanto, o foro judicial não seria o mais adequado para discutir e decidir questões de políticas públicas que podem priorizar objetivos, distribuir recursos, e equilibrar interesses divergentes (FULLER, 1978, p. 198).

A decisão sobre políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, principalmente pelo fato de envolver alocação de recursos, não deveria ser tomada em sede judicial, mas sim em processos amplamente democráticos e de contestações públicas, ou seja, caberia ao poder político e não ao poder judicial as decisões sobre políticas públicas e alocações de recursos. Afastando a atuação do judiciário como policymakers, a concretização dos direitos sociais deve ser uma conquista da sociedade civil realizada por meios políticos.

Essa crítica esconde o fato de que a proteção dos direitos civis e políticos também possui consequências orçamentárias. Tanto os DES quanto os direitos civis e políticos podem assumir duas dimensões: uma positiva e uma negativa as quais comportam diversas obrigações (de promoção, de respeito e de proteção). A obrigação de respeito é negativa, as demais são positivas. A obrigação de proteger é positiva, pois o Estado deve agir no sentido de proteger os indivíduos contra violações a seus direitos humanos por parte dos particulares. Em relação à obrigação de

promover o Estado dever facilitar, fornecer e garantir o acesso ao direito, agindo também positivamente. Essa dupla dimensão que os direitos comportam é denominada por Fredman (2008, p. 22) de *overlapping*.

Assim, o direito à vida, usualmente caracterizado como sendo um típico direito de liberdade também possui uma dimensão positiva, ou seja, uma dimensão de direito social quando o Estado possui a obrigação de protegê-lo ou promovê-lo. Também o direito à educação, costumeiramente classificado como direito social, possui uma dimensão de direito de liberdade quando a obrigação for negativa ou seja de respeito.

Alegações sobre a falta de justiciabilidade dos DES baseadas na suposta falta de competência do poder judiciário para decidir acerca da alocação de recursos não poderiam prosperar uma vez que ao decidir sobre a dimensão positiva de um direito civil ou político juízes também estariam decidindo sobre questões de ordem orçamentária.

Portanto, assumir o caráter unitário dos direitos fundamentais é essencial para afastar argumentos sobre a falta de justiciabilidade dos DES.

2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL NOS LITÍGIOS RELACIONADOS À SAÚDE

Na presente seção faremos um estudo das principais decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional da África do Sul sobre o direito à saúde. Argumentamos que as Cortes adotam alguns parâmetros para interpretar e aplicar os DES. Esses parâmetros são utilizados no presente trabalho como forma de comparar as especificidades dos julgados dessas Cortes em litígios envolvendo os direitos sociais, especialmente o direito à saúde. O entendimento dessas duas Cortes sobre o mínimo existencial/ *minimum core*, a razoabilidade, as obrigações positivas e negativas e os recursos escassos serão utilizados para comparar o tipo de proteção conferida por esses órgãos julgadores ao direito à saúde. Além disso, acrescentamos ao estudo um parâmetro processual que é a escolha entre litígios individuais e coletivos. A preferência por um ou pelo outro modelo também influenciaria na realização do direito à saúde.

2.1 Direito à saúde nas Constituições Brasileira e da África do Sul

As Constituições Brasileira e Sul Africana foram formuladas após longos períodos de governo autoritário vivenciado pelos dois países.

Ambas foram elaboradas com o intuito de provocar uma transformação simbólica e substantiva através da construção de regimes democráticos estáveis e inclusivos.

À época da elaboração da Constituição da República da África do Sul, movimentos organizados da sociedade civil realizaram uma forte campanha para incluir os Direitos Econômicos e Sociais. Eles argumentaram que a luta contra Apartheid não se limitava a reivindicar a realização dos direitos políticos e civis, mas também da conquista aos direitos socioeconômicos, como o direito à terra, moradia, educação e saúde.

Esses grupos enfrentaram certa resistência de outra parte da sociedade a qual se opôs à inclusão dos DES na Constituição, lançando mão de argumentos como separação de poderes, a falta de justiciabilidade, de legitimidade e incapacidade institucional do poder judiciário de decidir sobre questões que contêm implicações orçamentárias.

A Corte Constitucional da África do Sul rejeitou essas objeções não endossando uma interpretação rigidamente formalista da Constituição baseada na doutrina da separação de poderes que impediria os tribunais de tomar decisões com implicações de política social ou orçamentárias (EX PARTE CHAIRPERSON OF THE CONSTITUTION ASSEMBLY, 1996 p. 827). Dessa forma, um amplo rol de direitos fundamentais foi incluído na Constituição da República da África do Sul.

A seção 7 da Constituição Sul Africana estabelece que “o Estado deve respeitar, proteger, promover e cumprir os direitos” contidos na Declaração de Direitos.

O direito à saúde é apresentado na seção 27 juntamente com os direitos à alimentação, água e segurança social. Importante observar que esse direito está sujeito ao disposto no inciso 2 do artigo 27: “o Estado deve adotar medidas legislativas razoáveis e outras medidas, de acordo com os recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva de cada um desses direitos”. Ou seja, a própria Constituição já estabelece quais parâmetros (princípio da razoabilidade, da progressividade e a reserva do possível) a Corte, quando instada a decidir um litígio de saúde, deverá adotar em suas decisões.

No Brasil, pouco depois de recuperada a democracia uma nova Constituição foi elaborada com o objetivo de superar os graves retrocessos do período ditatorial. Nesse sentido, a Carta de 1988 terminou por dar forma não só à garantia das liberdades individuais e as regras que assegurariam a competição política, como também às aspirações de justiça social, dando forma à uma Constituição programática e extensa.

O direito à saúde está estabelecido no artigo 6º - que consagra os “direitos sociais” -, e nos artigos 196º ao 200º da Carta Magna. O principal instrumento constitucional que compõe o regime de proteção à saúde é o Sistema Único de Saúde (SUS), cujos pilares são a universalidade, equidade e integralidade nos serviços e ações de saúde assegurando que a saúde é um “direito de todos e um dever do Estado” e deve ser prestada gratuitamente a toda a população.

2.2 A jurisprudência no Brasil

A judicialização da saúde no Brasil ganhou corpo por volta dos anos 90, quando o Poder Judiciário brasileiro alterou o seu entendimento acerca da interpretação e aplicação dos direitos sociais previstos na Constituição. A compreensão de que os DES eram direitos programáticos mudou com o desenvolvimento de novas jurisprudências que passaram a considerar os direitos sociais como verdadeiros direitos subjetivos dos cidadãos sujeitos à aplicação imediata e passíveis de garantia pela via judicial. Desse modo, a judicialização da saúde cresceu nos anos 2000 e atualmente continua em nível elevado. Ferraz relata que “mais de 800 mil novas ações envolvendo a saúde pública ingressaram nos tribunais brasileiros nos últimos cinco anos, sendo uma grande parte delas pedidos de medicamentos contra o Estado” (FERRAZ, 2019, p. 2).

As decisões do STF sobre litígios relacionados à saúde podem ser divididas em três fases. A primeira fase revela um exemplo de modelo forte de revisão judicial denominada por Ferraz como “a jurisprudência do direito a tudo” (FERRAZ, 2019, p. 9). Em uma segunda fase o STF mostra maior deferência aos demais poderes, por fim na terceira fase estabelece alguns parâmetros para a concessão de medicamentos e tratamentos.

PET 1246 é um leading case brasileiro que inaugura a primeira fase das decisões do STF em matéria de saúde. O requerente pleiteou financiamento público para realizar um tratamento experimental administrado nos EUA para a distrofia muscular de Duchenne, uma doença degenerativa que afeta crianças. O relator, Ministro Celso de Mello, alegou que entre proteger o direito à vida, um direito constitucional fundamental e inalienável, e um interesse financeiro e secundário do Estado, deve-se proteger o primeiro (BRASIL, STF, PET 1246, 1997).

Esse argumento foi adotado em diversos casos subsequentes de demanda por medicamentos e tratamentos. Assim, a maioria das decisões

do Supremo Tribunal Federal relativas às questões de saúde adotam o entendimento de que se trata de um direito público subjetivo, ou seja, ao poder público incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar, uma vez que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.”. Além disso, o STF associa a realização do direito à saúde ao direito à vida, estabelecendo, em diversos julgados que “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” (BRASIL, RTJ 175/1212-1213, 2004).

2.2.1 Disponibilidade financeira

A jurisprudência adotada pelo STF ressalta que argumentos estatais baseados na reserva do possível, na indisponibilidade financeira do Estado ou no poder discricionário governamental sobre alocação de recursos não podem ser alegados quando o que está em causa é o mínimo existencial de um direito social. Esse entendimento ficou claro desde o célebre julgado da Corte Suprema, sobre políticas públicas, a ADPF 45:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao poder público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, STF, ADPF 45, 2004).

2.2.2 Mínimo existencial

Outra característica da jurisprudência desenvolvida pelo STF na defesa da efetividade dos direitos sociais é o recurso à doutrina do mínimo

existencial. A proteção desse núcleo mínimo dos direitos sociais deve ser observada pelos governantes quando da elaboração e implementação de políticas públicas. Esse núcleo básico dos direitos não pode ser atingido por alegações de falta de recursos disponíveis para a sua implementação:

Ao apurar os elementos fundamentais da dignidade humana (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BRASIL, STF, ADPF 45, 2004).

2.2.3 Obrigações positivas e discricionariedade do poder público

No entendimento da Suprema Corte brasileira a saúde é típico direito de prestação positiva, dessa forma, recai sobre o poder público “a obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde.” O dever estatal de efetivar os direitos fundamentais sociais impõe limites à discricionariedade administrativa “o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional.” (BRASIL, STF, RE 727.864/PR, 2017).

Na segunda fase de seus julgados o STF alterou o seu enfoque individualista do direito à saúde preocupando-se mais com as políticas públicas adotadas pelo Estado.

No caso SS 3073 / RN que versa sobre pacientes portadores de doenças renais crônicas e câncer, o tribunal decidiu que art. 196 da Constituição da República, o qual assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode inviabilizar o sistema público de saúde:

Com o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo

impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que ele se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo (BRASIL, STF, SS 3073 RN, 2007).

Conceder um tratamento ou medicamento sem que haja uma política pública preestabelecida que garanta esse direito pode gerar um “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do requerente. Esse efeito seria indesejado, pois poderia interferir na gestão administrativa do executivo.

Durante essa segunda fase, embora o órgão julgador tenha promovido uma alteração no enfoque da interpretação do direito à saúde, focando nas políticas públicas e seus efeitos sobre a população no geral, o STF não abandonou de vez a abordagem que reconhece o direito individual ilimitado à saúde prevalecendo ainda o entendimento do direito a tudo na jurisprudência da Suprema Corte como revela Wang:

Após quase 20 anos indo e voltando na tentativa de estabelecer critérios para a revisão judicial (...) a interpretação de que o direito à saúde dá aos pacientes o direito de receber qualquer tratamento de saúde de que necessitem, porque a saúde e a vida das pessoas superam os ‘interesses financeiros e secundários do Estado’, ainda é uma abordagem que prevalece na mais alta Corte do Brasil (WANG, 2015, p. 621).

Toda essa forte defesa do direito à saúde e à vida redundou em inúmeras ações judiciais pleiteando acesso à medicamentos, tratamentos e diversas demandas de saúde. Essa interpretação do direito a saúde considerada por Ferraz (2019, p. 10) como “absolutista”, impediu não só que alegações estatais baseadas na indisponibilidade financeira do Estado fossem aceitas, como também argumentos para a não concessão de prestações relativas aos direitos à saúde e à vida. Contribuiu também para bloquear outras reivindicações estatais baseadas na falta de evidência científica de que um tratamento ou medicamento seja eficaz e na aprovação

pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) do uso de determinado medicamento.

Somente em uma terceira fase da judicialização da saúde, o STF buscou racionalizar o processo de concessão de medicamentos e tratamentos impondo requisitos à sua concessão, estabelecendo que as autoridades não podem negar à população (salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro) tratamentos e medicamentos que já são oferecidos dentro do Sistema Único de Saúde, que foram aprovados pela ANVISA e que já passaram por testes e, portanto, não são considerados experimentais.

Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016) (...) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro. (BRASIL, STF, RE 657718, 2019).

2.3 A jurisprudência da África do Sul

Soobramoney foi um dos primeiros grandes casos da Corte Constitucional Sul Africana a decidir sobre os direitos socioeconômicos. O

requerente, um homem desempregado nos estágios finais de insuficiência renal crônica, requereu à Corte que o hospital lhe disponibilizasse um tratamento de diálise, pois sem acesso à essas seções o requerente morreria por não dispor de recursos para pagar pelo tratamento em uma rede privada. O hospital estadual de Addington negou ao sr. Soobramoney o acesso ao tratamento. A decisão foi defendida nos termos da política do hospital relativa à distribuição dos escassos recursos de diálise, a qual dispõe que são negados o acesso ao tratamento para os pacientes cuja condição é irreversível e que são inelegíveis para um transplante de rim. O requerente alegou violação ao direito à vida e à seção 27(3) que estabelece que a ninguém deve ser recusado tratamento médico emergencial.

2.3.1 Dimensões positivas e negativas do direito à vida

O pedido do requerente foi negado pela Corte que interpretou o direito à vida em sua dimensão negativa quando alegado em uma situação de fornecimento de tratamento médico, ou seja, implicando no dever de não interferência na sua realização, não comportando uma dimensão positiva de promover o sustento da vida.

As palavras "tratamento médico de emergência" podem estar abertas a uma ampla construção que incluiria o tratamento contínuo de doenças crônicas para prolongar a vida. Mas este não é seu significado habitual, e se esse fosse o propósito da norma estabelecida na sessão 27 (3), seria de se esperar que ela fosse expressa em termos positivos e específicos (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT SOOBRA MONEY, 1997).

Portanto, na opinião da Corte, a norma estabelecida na Constituição garante o tratamento médico e emergencial "necessário e disponível" para evitar danos em casos de extrema urgência, porém não se aplica no caso de fornecimento de tratamento contínuo de doenças crônicas com o propósito de prolongar a vida.

O requerente sofre de insuficiência renal crônica. Para ser mantido vivo por diálise, é exigido tratamento duas a três vezes por semana. Esta não é uma situação emergencial que exige tratamento corretivo imediato. A demanda do requerente para receber tratamento de diálise em um hospital estadual deve ser determinada de acordo com as disposições das seções 27 (1) e (2) e não a seção 27 (3).

Estas outras disposições dão a todos o direito de acesso aos serviços de saúde prestados pelo Estado em conformidade com seus recursos disponíveis (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT SOOBAMONEY, 1997).

2.3.2 Recursos escassos e discricionariedade

A Corte chamou a atenção para o efeito orçamentário na hipótese de todos os pacientes que sofrem de insuficiência renal acionarem a justiça para pleitear o custeio desse tratamento pelo Estado “o orçamento da saúde teria que ser dramaticamente aumentado em prejuízo de outras necessidades que o Estado deve atender”.

A Corte também atribuiu uma larga margem de apreciação à administração pública a qual compete tomar decisões sobre a alocação dos recursos disponíveis na área de saúde, alegando a sua falta de capacidade para decidir sobre o assunto:

A administração provincial responsável pelos serviços de saúde em KwaZuluNatal deve tomar decisões sobre o financiamento para a saúde e como esses fundos devem ser gastos. Essas escolhas envolvem decisões difíceis de serem tomadas no nível político, sobre a fixação do orçamento da saúde, e no nível funcional, em decidir sobre as prioridades a serem cumpridas. Uma Corte será lenta ao interferir nas decisões racionais tomadas de boa-fé pelos órgãos políticos e autoridades médicas que possuem a responsabilidade de lidar com tais assuntos (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT SOOBAMONEY, 1997).

2.3.3 Minimum core

No caso *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others (TAC)* a Corte Constitucional da África do Sul rejeitou uma interpretação do direito à saúde baseada no estabelecimento de um núcleo mínimo desse direito alegando sua incapacidade institucional para determiná-lo. No entendimento da Corte:

Os direitos socioeconômicos da Constituição não devem ser interpretados como dando a todos o direito de exigir que um núcleo mínimo (minimum core) seja fornecido. O núcleo mínimo está sujeito à razoabilidade, não sendo autônomo.

É impossível fornecer a todos acesso imediato mesmo que seja a um núcleo mínimo essencial. Tudo o que é possível e tudo o que se pode esperar do Estado é que ele aja de maneira razoável para fornecer acesso aos direitos socioeconômicos de forma progressiva (...) Ao lidar com tais questões, as Cortes não estão institucionalmente equipadas para fazer uma ampla investigação fatural e política necessária a fim de determinar qual deve ser o núcleo mínimo, nem para decidir como as receitas públicas devem ser gastas (...) As Cortes são inadequadas para julgar questões em que as ordens judiciais possam ter múltiplas consequências sociais e econômicas para a comunidade (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT, TAC, 2002).

2.3.4 Razoabilidade

A razoabilidade funcionaria, por um lado, como um padrão para o governo conduzir suas políticas públicas e, por outro, como um método de controle para os tribunais avaliarem a conduta governamental. No entendimento da Corte, o método de revisão judicial baseado na razoabilidade ajusta-se com o sistema de separação de poderes, uma vez que o poder judiciário transfere aos demais poderes a escolha não somente em relação à adoção de políticas públicas, mas também sobre a alocação de recursos para a realização dessas decisões (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT GROOTBOOM, 2000).

No caso Soobramoney a Corte considerou que as alegações do hospital para recusar o tratamento de diálise ao sr. Soobramoney não eram irrazoáveis, injustas ou irracionais, uma vez que disponibilizar o tratamento de diálise a todos que necessitam implicaria em aumento no orçamento direcionado à saúde, por outro lado, as demais necessidades pelas quais o Estado também é responsável ficariam com seus orçamentos comprometidos (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT SOOBARAMONEY, 1997).

3 IMPLICAÇÕES DOS LITÍGIOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Com a transição dos regimes autoritários para o democrático muito se falou, tanto no Brasil quanto na África do Sul, sobre o papel transformativo que as novas Constituições, ao incorporar os direitos

econômicos e sociais, exerceriam no processo de construção para uma sociedade mais justa e igualitária.

No caso Soobramoney a Corte Constitucional da África do Sul reforçou a importância desse papel transformativo almejado pela Constituição declarando que a nova Constituição assumiu o “compromisso de resolver” e “de transformar” a sociedade sul africana adotando uma nova ordem constitucional baseada nos valores da dignidade humana, liberdade e da igualdade, colaborando para erradicar as condições de pobreza e desigualdades existentes antes da adoção da nova carta (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT SOOBAMONEY, 1997).

Nesse sentido indagamos se realmente há um impacto transformativo na judicialização dos DES que favoreça os mais vulneráveis? Quem são os principais beneficiados com litígios dos DES?

3.1 A preferência pelos litígios individuais em detrimento dos litígios coletivos

Como o direito à saúde comporta duas faces, uma individual e outra coletiva, sua judicialização impõe um difícil desafio processual relacionado aos litígios individuais e coletivos.

A judicialização de direitos sociais trouxe aos juízes o dever de decidir sobre novas questões com as quais não estavam habituados, envolvendo problemas de justiça distributiva, relacionados à alocação de recursos, com impactos que extrapolam as partes envolvidas no litígio (efeito policêntrico).

Para Landau (2012, p. 201) as ações individuais são preferíveis pelas Cortes pelo seu baixo custo de capacidade e legitimidade, em comparação com ações coletivas que possuem um alto custo. Segundo o autor os litígios individuais evitam que as Cortes tenham que tratar de questões complexas, como as que envolvem os litígios coletivos, além de parecer que não estão efetivamente interferindo nas políticas públicas.

Grinover (2014, p. 4 e 17) observa que a correspondência direta entre interesses individuais – os quais deveriam ser tutelados por ações individuais, e interesses coletivos - tutelados por ações coletivas - não parece corresponder à prática atualmente vivida pelos tribunais brasileiros que apresentam “diferentes formas de manejo dos instrumentos processuais existentes, na qual ações individuais provocam efeitos na coletividade e ações coletivas, muitas vezes, têm alcances consideravelmente limitados”. Argumenta também que

pesquisas empíricas voltadas ao mapeamento do processo de judicialização dos direitos sociais no Brasil apontam que “a atuação do Judiciário produz efeitos irracionais nas políticas públicas e no orçamento público”.

Um simples pedido de fornecimento de medicamento ou vaga em estabelecimento de ensino público envolve questões amplas de políticas públicas e alocação de recursos gerando um efeito policêntrico (decisões que afetam um número desconhecido, mas potencialmente vasto de partes interessadas com múltiplas repercussões sociais/econômicas complexas e imprevisíveis, que inevitavelmente variam de acordo com cada diferença sutil na decisão) (FULLER, 1979 p. 355). Desse modo, o que está em jogo não são meras questões individuais e sim a realização dos direitos sociais e econômicos de toda a coletividade.

Alguns autores criticam a participação dos juízes em decisões policêntricas alegando que o judiciário não poderia e não deveria participar de demandas de alta complexidade cuja repercussão extrapola as partes e os fatos em litígio (FULLER, 1979 p. 355)

Barroso (2007 p. 4) alerta para o fato de que o “excesso de judicialização das decisões políticas” provocados pela interferência do judiciário colocaria em risco a sua continuidade e existência, podendo desorganizar a própria administração pública ao decidir sobre a alocação de recursos. “No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas” provocando distorções no sistema e prejudicando a coletividade como um todo. “Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”.

Como forma de evitar esses efeitos indesejados dos litígios individuais, autores como Landau (2012, p. 200) e Garavito (2011 p. 1677) sugerem que litígios coletivos ou que possuam efeitos policêntricos deveriam ser julgados através de decisões estruturantes (structural injunctions). Essas decisões foram pioneiramente utilizadas nos Estados Unidos na década de 60 do século passado. O caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* é considerado um leading case desse tipo de decisão ao reconhecer que o poder judiciário poderia influenciar na adoção de políticas públicas para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais.

São consideradas estruturantes as decisões em que os litígios transcendem o interesse individual e privado atingindo uma dimensão

coletiva, cujo objetivo é promover a reestruturação de determinada organização social ou política pública (structural reform) a fim de que essas políticas sejam elaboradas de forma que sua implementação seja realizada em conformidade com os direitos fundamentais. Esses litígios são complexos, pois agregam a colisão de múltiplos interesses sociais sendo necessária a alteração da atuação judicial baseada em um modelo responsivo, repressivo, que se dá a posteriori, depois que os fatos já ocorreram para um modelo “resolutivo e participativo, que pode anteceder aos fatos lesivos e resultar na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas” (DIDIÉ, ZANETTI, 2017 p. 55), envolvendo o diálogo entre o poder judiciário e a burocracia estatal através da difusão dos valores constitucionais no funcionamento das instituições e órgãos públicos (FISS, 1979 p. 2).

As decisões estruturais também colaborariam para ampliar o debate acerca da qualidade da democracia. Uma das características que proporcionam um ganho de qualidade às democracias é a deliberação e o debate público. Esse tipo de decisão contribuiria para ampliar as discussões sobre os direitos fundamentais.

Agindo como mediadoras e incentivadoras de uma reforma estrutural as Cortes desempenhariam um papel fortalecedor da democracia. A democracia não se resume em ser o governo da maioria. A democracia comporta uma dimensão de cidadania que abrange o respeito e a promoção dos direitos fundamentais, em especial os direitos econômicos e sociais.

3.1.1 Brasil

No caso do Brasil processualistas chamam a atenção para o fato de que o direito processual civil foi estruturado para a resolução de lides individuais. Os mecanismos para a defesa de direitos coletivos somente foram recentemente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro nas décadas de 80 e 90 com a edição da Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Usualmente, as mesmas premissas processuais que são aplicadas aos litígios privados são também usadas na adjudicação dos DES. Desse modo, a tutela jurisdicional dos DES no Brasil se dá, em regra, individualmente e é submetida a instrumentos executivos tradicionais típicos do processo civil que funcionam sob uma lógica individualizada e bipolar.

A experiência brasileira demonstra que, se por um lado as decisões judiciais em casos individuais quase sempre concedem o benefício

pleiteado pelo requerente, por outro nas ações coletivas há certa resistência em decidir em favor dos reclamantes. Além disso, nos casos individuais os tribunais tendem a ignorar o impacto econômico das decisões sobre o orçamento público da saúde, já nas ações coletivas, o impacto orçamentário é considerado pelos tribunais para justificar sua deferência a uma decisão de racionamento feita pelas autoridades estatais (WANG, 2008, p. 25). Nos litígios coletivos o STF considera que, devido ao amplo número de pessoas que podem ser atingidas pela decisão, poderá haver grave lesão à ordem pública e à economia pública, agindo com deferência aos demais poderes, considerando que eles são os mais adequados para realizar uma análise administrativa da melhor medida a ser adotada.

No caso, entendo presente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, pois a decisão impugnada determina o fornecimento da medicação a todos os pacientes portadores de microcefalia, exigindo tão somente a apresentação de relatório médico explicitando o diagnóstico e a necessidade dos medicamentos, bem como a utilização do Sistema Único de Saúde para o tratamento, o que não se coaduna, em princípio, com a rotina estabelecida pelas Portarias n.º 152/GM-2006 e n.º 1.869/GM (...) Assim, representa grave lesão à ordem pública o provimento judicial que obstaculiza ou dificulta o adequado exercício dos serviços pela Administração Pública. Verifico, também, grave lesão à economia pública, diante de determinação genérica que desconsidera a análise administrativa da melhor opção de tratamento e tampouco contempla as condições estabelecidas nas Portarias n.º 152/GM-2006 e n.º 1.869/GM para o deferimento dessas medidas (BRASIL, STF, STA 424/SC, 2010).

Curioso julgado do STF é a ação SL 256 / TO, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes. O caso é emblemático por ilustrar a dicotomia entre litígios individuais e coletivos e a clara preferência do STF pelo primeiro em detrimento do segundo. Em uma única decisão o órgão julgador não concedeu o benefício do transporte, alimentação e hospedagem gratuito à todos os usuários do SUS moradores da Comarca de Araguaína/TO uma vez que essa situação representaria “grave lesão à ordem pública” impondo obstáculos e dificultando o “adequado exercício dos serviços pela Administração Pública”, trazendo “grave lesão à economia pública, diante de uma determinação genérica que desconsidera a análise administrativa da melhor opção de transporte, hospedagem e alimentação”.

Por outro lado, de forma totalmente oposta, em relação à apenas alguns dos demandantes decidiu que:

Não há grave lesão à ordem e à economia públicas em relação à tutela antecipada que beneficia os pacientes determinados e referidos na inicial da ação civil pública, pois o Ministério Público alegou que o Poder Público tem se recusado a conceder o benefício, não obstante tenha sido demonstrada a necessidade do tratamento, como também da ajusta de custo (BRASIL, SL256/TO, 2010).

Portanto, na mesma ação o transporte, alimentação e alojamento foram fornecidos quando a necessidade foi individualmente comprovada e negado a uma coletividade de requerentes.

Em resposta à essa reticência por parte dos tribunais brasileiros em implementar decisões estruturais, Ministério Público e Defensorias Públicas têm adotado o contencioso administrativo prévio, importante meio de interlocução extrajudicial entre Instituições essenciais do sistema de justiça, cujo objetivo é contribuir para desafogar o excesso de judicialização das demandas de saúde (HOFFMANN; BENTES, 2008 p. 142).

3.1.2 África do Sul

A Corte Constitucional da África do Sul no caso Soobramoney recusou interpretar o direito à saúde como um direito subjetivo que garante aos indivíduos o direito de demandar prestações individualizadas ao poder público, alegando sua incapacidade institucional, reconhecendo a falta de recursos para atender aos pleitos individuais e observando que interferir nas escolhas dos demais poderes sobre alocação de recursos pode prejudicar os direitos de terceiros.

As Cortes não são o lugar adequado para resolver os agonizantes problemas pessoais e médicos que estão na base dessas escolhas. Por mais importantes que sejam nossas funções de revisão, há áreas em que a incapacidade institucional e a modéstia constitucional apropriada exigem que sejamos especialmente cautelosos. O sistema jurídico de nosso país simplesmente não pode substituir a luta mais íntima que deve ser travada pelo paciente, por aqueles que cuidam do paciente e por aqueles que se preocupam com o paciente. As disposições da declaração de direitos, além disso, não devem ser interpretadas em uma forma que faz com que os tribunais se sintam indevidamente pressionados

pelo medo de jogar com a vida dos requerentes para ordenar aos hospitais que forneçam os procedimentos mais caros e improváveis, desviando, assim, recursos médicos escassos e prejudicando as reivindicações de terceiros. (...) Infelizmente, os recursos são limitados, e não consigo encontrar nenhuma razão para interferir na alocação realizada por aqueles mais bem equipados do que eu para lidar com as escolhas agonizantes que tiveram que ser feitas (...) o perigo de ordenar que os recursos sejam usados para um determinado paciente é o possível efeito [que essa decisão] possa ter de negar esses recursos a outros pacientes a quem possam ser mais vantajosamente direcionados (SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT, SOOBROMONEY, 1997).

Ebodolahi (2008, p. 1594) observa que a Corte Constitucional da África do Sul utilizou o modelo de decisão estrutural em apenas dois casos, os quais não estão relacionados a uma demanda sobre direitos econômicos e sociais. O primeiro, *August and Another vs. Electoral Commission and Others*, relativo à violação do direito ao voto da população encarcerada, o segundo, *Sibiya and Others vs Director of Public Prosecution*, tratava sobre questões relativas à constitucionalidade da pena de morte.

No caso TAC a Corte conferiu o direito ao tratamento de HIV a um grupo de requerentes. O caso comporta um grande número determinado de pessoas (grávidas portadoras do HIV) e uma situação na qual já havia política pública preestabelecida que garantia direito de acesso ao tratamento. Já no caso Soomebrooney, no qual a concessão de uma prestação individual para realizar o tratamento de diálise poderia ser estendida a um número grande de possíveis pleiteantes, sendo que ainda não havia uma política pública preestabelecida que conferia o direito ao tratamento a todos os requerentes na mesma situação do sr. Soomebrooney, o pleito foi indeferido.

A recusa da Corte em fornecer um remédio individual aos litigantes, de acordo com Liebenberg (2002, p. 190), provocou alterações significativas nos litígios daquele país. Os requerentes passaram a procurar o auxílio de organizações não governamentais para ingressem com demandas coletivas.

3.2 Quem seriam os beneficiados?

Estudos empíricos realizados por diversos autores são de extrema importância para responder à pergunta sobre quem são os beneficiados com a judicialização da saúde.

Landau (2012 p. 200), ao analisar decisões da Corte Constitucional Colombiana sobre DES, concluiu que a “realidade empírica” da judicialização dos DES aponta para o fato de que é cada vez mais claro, na experiência de alguns países, que a aplicação judicial dos direitos econômicos e sociais pode, muitas vezes, beneficiar as classes média e alta, em detrimento dos mais pobres. Landau ressaltou que esse fato não condiz com as afirmações teóricas de que a adjudicação desses direitos beneficiaria a situação dos grupos vulneráveis da sociedade, conferindo a eles o acesso a um conjunto mínimo de direitos para garantir a sua sobrevivência, ou seja, a judicialização dos direitos sociais não assumiria um papel fortemente contra majoritário.

Os mais necessitados apenas beneficiam- se indiretamente com a judicialização proposta pelas classes médias e altas “se e quando” os governos, influenciados pelas decisões judiciais promovessem alterações em suas políticas públicas garantindo que as pessoas mais vulneráveis também fossem contempladas pelas medidas adotadas nas decisões (BRINKS, FORBATH, 2011, p. 1945).

No Brasil, estudos empíricos corroboram a tese de Landau revelando que as ações individuais são majoritariamente propostas por litigantes que possuem plano de saúde privado; as receitas médicas utilizadas nas ações são prescritas por médicos particulares; boa parte dos litigantes ingressam com ações judiciais por intermédio de um advogado particular; muitas dessas ações estão concentradas nos tribunais do Sul e Sudeste do país, regiões que concentram a população com melhores condições financeira do Brasil (SANTOS, 2019 p. 503; FERRAZ, 2011, p. 77; WANG, 2015, p. 633). A judicialização de políticas públicas poderia causar uma distorção nas políticas sociais distributivas concentrando os gastos públicos com demandas de alguns segmentos da população de maior renda, que tiveram acesso ao judiciário.

Landau (2012, p. 205) e Santos (2019, p. 530) identificam que essa situação poderia ser alterada com a substituição de um modelo baseado em ações individuais por outro que incentive as ações coletivas, ou seja, a adoção de um litígio estrutural que “parece ser a forma mais eficaz de incentivar o governo a melhorar os serviços e atingir grupos de baixa renda.”

A opção por ações individuais em detrimento das coletivas não atentaria para os efeitos da condenação do governo para além do processo judicial. A tutela coletiva seria uma forma mais efetiva de provocar os

demais poderes para reavaliar as políticas pública adotadas corrigindo eventuais distorções.

Sobre a experiência sul africana Liebenberg (2002, p. 190) diverge do que pensam os autores acima citados. A autora afirma que a rejeição às ações individuais atingem os mais vulneráveis que não podem pleitear diretamente à Corte a realização de uma prestação, concluindo que, lamentavelmente, as interpretações e aplicações da Corte Constitucional Africana limitou o potencial transformativo dos direito sociais e econômicos de contribuir para uma melhor qualidade de vida à todos os cidadãos da África do Sul.

4 RESUMO COMPARATIVO

De todo o exposto nos capítulos anteriores acerca dos entendimentos das Cortes supremas brasileira e sul africana sobre alguns dos elementos fundamentais (obrigações positivas e negativas, *minumum core*, discricionariedade, litígios individuais e coletivos, dentre outros) para auferir como esses órgãos judiciais decidem sobre o direito à saúde, observamos que há divergências na interpretação e aplicação desses parâmetros.

Podemos classificar as decisões da Corte Constitucional da África do Sul como fracas, pois são marcadas por uma certa deferência aos poderes políticos.

A Corte Constitucional Africana indicou que os DES não podem ser “personalizados e imediatos” (TUSHNET, 2009, p. 247), estando, portanto, sujeitos à disponibilização progressiva, através de políticas públicas razoáveis elaboradas pelo poder público. Por outro lado, no Brasil, as decisões são obrigatórias, personalizadas, imediatas, detalham minuciosamente o que a administração deve fazer, não há interação entre os tribunais e a burocracia estatal com vistas à formulação e implementação de políticas públicas, e sim, a garantia imediata ao direito à prestação reivindicada por um único indivíduo.

A Corte Sul Africana recusou-se a interpretar o direito à saúde como subjetivo recusando aos indivíduos o direito de demandar prestações individualizadas ao poder público argumentando a sua falta de capacidade e legitimidade para atender aos pleitos individuais. Também rejeitou a adoção do *minimum core* sobre o direito à saúde estabelecendo que as decisões que envolvam um direito socioeconômico não podem ser pessoais e imediatas

(TUSHNET, 2009, p. 247), ou seja, não podem contemplar as aspirações de uma só pessoa em detrimento dos demais cidadãos interessados nem podem estar sujeitas à imediata realização ou fornecimento da prestação reivindicada. A Corte não estabelece prazos fixos para que a situação seja solucionada ou qual a quantidade de recursos que deveriam ser gastos. Tudo o que se pode esperar da Corte é que ela requeira à burocracia estatal e seus funcionários que desenvolvam políticas públicas capazes de corrigir as violações constatadas dentro de um período razoável.

Além disso, a Corte interpretou negativamente o direito à vida, quando conexo ao direito à saúde, implicando no dever de não interferência na sua realização, afastando os deveres de promoção desse direito. Deixou totalmente à cargo do poder político o dever de tomar decisões sobre a alocação dos recursos disponíveis na área de saúde, observando que interferir nas escolhas dos demais poderes sobre alocação de recursos pode prejudicar os direitos de terceiros.

A Corte Sul Africana adota a razoabilidade como método de controle de políticas públicas, assumindo a deferência aos demais ramos políticos, os quais possuem a prerrogativa de escolher não só quais políticas que serão adotadas, mas também como os recursos serão alocados, hesitando em intervir se houver uma política governamental em vigor que seja considerada um meio razoável de realizar progressivamente o direito à saúde, limitando-se a emitir uma declaração de razoabilidade ou de não razoabilidade.

De lado diametralmente oposto, o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconhece o direito à saúde como um direito subjetivo público. Admite que esse direito comporta uma obrigação positiva por parte do poder público o qual tem “a obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde”. Essa obrigação não está sujeita à total liberdade de escolha do Estado, uma vez que “o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional”. O STF reconhece a existência de um núcleo mínimo dos direitos sociais que deve ser observado pelos governantes quando da elaboração e implementação de políticas públicas. A delimitação desse núcleo mínimo é de fundamental importância para estabelecimento de prioridades orçamentárias, ou seja, a alegação de falta de recursos suficientes por parte do Estado não poderá ser alegada no que concerne à realização do núcleo mínimo dos direitos sociais “ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível”.

Por fim, as ações individuais são preferíveis às ações coletivas uma vez que possuem baixo custo de legitimidade e capacidade. No entendimento do órgão julgador, as ações coletivas podem gerar grave dano à ordem e economia públicas por atingir um amplo número de pessoas.

CONCLUSÃO

Do estudo sobre a judicialização da saúde nas jurisdições brasileira e sul africana encontramos diferentes modelos de revisão judicial. A África do Sul é um exemplo de modelo fraco de revisão que, se por um lado, mira os grupos mais vulneráveis, possui um custo baixo de capacidade e legitimidade, por outro, não promove nenhum benefício concreto a esse segmento da população, uma vez que não emite comandos, não estipula prazos e não monitora as medidas adotadas para a realização do direito. Limita-se a emitir declarações de irrazoabilidade e não conformidade das políticas públicas adotadas, agindo com ampla deferência às escolhas dos demais poderes políticos promovendo escassas alterações nas ações dos demais poderes em relação às demandas de saúde.

A experiência brasileira é baseada em um modelo forte de judicialização, estruturado em torno de ações individuais, proporcionando um baixo custo de legitimidade e capacidade e com baixa efetividade, uma vez que, não promove alterações substantivas na administração pública e nas políticas públicas, beneficiando grupos com maior poder aquisitivo e recursos para promover litígios individualizados.

O papel transformativo imaginado originalmente pelos constituintes originários quando inseriram um amplo conjunto de direitos sociais nas cartas constitucionais desses países parece não se realizar em sua plenitude através de decisões judiciais. No caso brasileiro a judicialização da saúde revela um sistema voltado para a garantia de privilégios, por conta do mecanismo processual individual que atinge um grupo de pessoas com maior poder aquisitivo. No caso sul africano a deferência da Corte para com as decisões dos demais poderes não contribui quase nada para que mudanças realmente substanciais na promoção e realização do direito à saúde sejam realizadas com alterações profundas nas políticas públicas.

A comparação entre as jurisprudências na área de saúde do STF e da Corte Constitucional da África do Sul coloca em evidência o conflito que juízes encontram ao decidir sobre questões difíceis como a vida ou

a morte. Esse conflito foi acentuado com a difícil situação vivenciada atualmente pelo mundo todo com a pandemia da Covid 19. Trata-se de um dilema entre a razão, que requer a observância da imparcialidade imposta pela justiça, e a sensibilidade de reconhecer que os requerentes não são apenas números em capas de processos, mas sim pessoas que vivem imensos dramas ao serem acometidos por problemas graves de saúde.

Alguns juízes podem não aceitar facilmente assumir a responsabilidade pela morte ou agravamento das enfermidades dos requerentes, tomando a difícil decisão de conceder medicamentos e tratamentos de alto custo, mesmo que tal medida possa afetar a razão imposta pela realidade da falta de recursos. Se, por um lado, o sistema jurídico é fundado na razão, na observação de regras e na imparcialidade, por outro ele é constituído por juízes que são seres humanos confrontados com a difícil tarefa de resolver os pleitos formulados pelos requerentes que, muitas vezes, encontram-se em situações de extrema necessidade. Nesse sentido, entendemos que não há decisão certa ou errada nos litígios que envolvem a realização do direito à saúde. Assim, tanto em um modelo de revisão judicial que tende a ser mais racional, quanto naquele que tende a adotar decisões mais sensíveis às condições dos seres humanos, alterações na sistemática decisória são fundamentais para conciliar as necessidades dos requerentes com as necessidades dos demais cidadãos, observando, também o atendimento aos recursos disponíveis.

REFERÊNCIAS

ARANTES, R. B. Cortes Constitucionais. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimarães, Heloisa Starling. (Org.). **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 195-206, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, jul. 2008.

BARROSO. Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2020.

BATEUP, C. Reassessing the Dialogic Possibilities of Weak-Form Bills of Rights. **Hastings International and Comparative Law Review**. Volume 32, nº2. 2009. P. 529- 599. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol32/iss2/4/. Acesso em: 4 nov. 2020.

BERGER, J. **Litigating for Social Justice in Post-Apartheid South Africa: A Focus on Health and Education. Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge University Press. Cambridge, 2008. p. 38-99.

BILCHITZ, D. Giving Socio-Economic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance. **South African Law Journal**, vol. 119, no. 3. 2002. p. 484-501.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **PET 1246, SC**. Relator: Min. Celso de Mello. 31.01.1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho83171/false>. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SS 3073 RN**. Relatora: Min. Ellen Gracie 09.02.2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho33465/false>. Acesso em: 2 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 566471 / RN** Relatora: Min. Marco Aurélio. 19.08.2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1130324/false>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 657718**. Relator Min. Marco Aurélio. 22.05.2019 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436062/false>. Acesso em: 2 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 727.864/PR**. Relator: Min. Celso de Mello 09.09.2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STA 424 SC**. Relator Min. Gilmar Mendes. 20.04.2010 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho141392/false>. Acesso em: 3 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SL 256 / TO** Relator Min. Gilmar Mendes. 20.04.2010 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho141561/false>. Acesso em: 3 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RTJ 175/1212-1213**. Relator: Min. Celso de Mello. 31.05.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62859>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. **Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Advocacia Geral da União e Ministério da Saúde**. Brazil, 2013. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

BRINKS, D.; FORBATH, W. F. Commentary: Social and Economic Rights in Latin America: Constitutional Courts and the Prospects for Pro-Poor Interventions. **Texas. Law. Review**. Volume 89. 2011. p. 1943 – 1955.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DAHL, R. A. Decision - Making in a Democracy: *The Supreme Court as a National Policy - Maker*. Heil Online 6; **Jornal of Public Law**. Disponível em: <http://epstein.wustl.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2020.

DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil** – v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM; 2017.

DIXON, R. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford, v. 5, n. 3, p. 391-418, nov. 2007.

EBADOLAH, M. Using Structural Interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa. **N.Y.U. L. Rev**. Volume 33 n° 5. 2008. p. 1565 – 1606 Disponível em: [https://www.nyulawreview.org/issues/volume-83-number-5/using-structural-interdicts-and-the-south-african-human-rights-commission-to-achieve-judicial-enforcement-of-economic-and-social-rights-in-south-africa/..../babip/Downloads/NYULawReview-83-5-Ebadolahi \(1\) \(1\).pdf](https://www.nyulawreview.org/issues/volume-83-number-5/using-structural-interdicts-and-the-south-african-human-rights-commission-to-achieve-judicial-enforcement-of-economic-and-social-rights-in-south-africa/..../babip/Downloads/NYULawReview-83-5-Ebadolahi (1) (1).pdf). Acesso em: 4 dez. 2020.

EIDE, A. Economic, Social, and Cultural Rights as Human Rights. In: EIDE, A. KRAUSE, C.; ROSAS, A. **Economic, Social, and Cultural Rights: a textbook**. Laiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 9-28.

ELY, J. H. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Harvard University Press. 1980.

FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3. São Paulo. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80712>. Acesso em: 3 nov. 2020.

Brazil: health inequalities, rights, and courts: the social impact of the "judicialization of health". In: YAMIN, Alicia Ely, GLOPPEN, Siri, (eds.) **Litigating health rights: Can Courts Bring More Justice to Health. Human Rights Program Series**. Cambridge, Mass: Harvard Law School. 2011.

FISS, Owen M. The forms of justice. **Harvard Law Review**. Cambridge, v. 93, n. 1, 1979. P. 1- 58. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers Acesso em: 16 dez. 2020.

FREDMAN, S. F. B. A. **Human Rights Transformed: positive rights and positive duties**. New York: Oxford, 2008.

FONSECA, R. C. V. Metodologia do Trabalho Científico. Curitiba: IESDE, Brasil. 2012.

FULLER, L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, 1979. p. 353-409.

GARAVITO, C. R. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Texas Law Review**. v. 89. 2011. p. 1670 – 1698. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

GINSBURG, T. The Global Spread of Constitutional Review. In **Oxford Handbook of Law and Politics**. WHITTINGTON, Keith E. Whittington; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds). Oxford University Press. 2008.

GINSBURG, T.; DIXON, R. The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper** No. 436, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/234139560>. Acesso em: 13 nov. 2020.

GRINOVER, A. P. et al. Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde. **CEBEPEJ e Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas**. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18674>. Acesso em: 3 dez. 2020.

HOECKE, M. V. Methodology of Comparative Legal Research. **Law and Method**, Países Baixos, v. 1, n. 1, p. 1-35, dez.2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/291373684_Methodology_of_Comparative_Legal_Research. Acesso em: 22 dez. 2020.

HOFFMANN, F. F.; BENTES, F. R. N. M. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. In GAURI, Varun e BRINKS, Daniel M. Eds. **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge University Press. 2008. p. 100-145.

HOLMES, S. **The Cost of Rights. Why Liberty depends on Taxes**. New York, London: W.W. Norton&Company, 1999.

KING, J. The Pervasiveness of Polycentricity. **Public Law BCT**, v. 1, n. 1, p. 101-124, jun./2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1027625>. Acesso em: 28 dez. 2020.

KING, J. **Judging Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LANDAU, D. Aggressive Weak-Form Remedies. **Constitutional Court Review (South Africa)**, ÁFRICA DO SUL, v. 244, n. 1, p. 244-264, dez. 2014.

LANDAU, D. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**. Cambridge, v. 53, n. 1, 2012. p. 190-247, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1774914>. Acesso em: 28 dez. 2020.

LIEBENBERG, S. South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights: An Effective Tool in Challenging Poverty. **Law, Democracy and Development**. vol. 6, no. 2. 2002 p. 159-192.

MELLO, C. A. **Democracia constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MICHELMAN, F. I. **The Constitution Social Rights and Liberal Political Justification**. Oxford University Press and New York University School of Law, Oxford, v. 1, n. 1, p. 13-14, jul. 2003.

PALMER, E. **Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights ACT (Human Rights Law in Perspective)**. Irish Academic, 2009.

REIS NOVAIS, J. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

ROACH, K. The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights. In LANGFORD, Malcolm Ed. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press. 2009. p. 46-58.

ROUX, T. Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. **International Journal of Constitutional Law, BLA**, v. 7, n. 1, p. 106-138, jan. 2006.

SANTOS, P. F. O. Beyond Minimalism and Usurpation: Designing Judicial Review to Control the Mis-enforcement of Socioeconomic Rights. Washington University **Global Studies Law Review**. Volume 18, nº 3. 2019. p. 493- 557. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol18/iss3/12. Acesso em: 12 dez. 2020.

SCHNEIDER, H. Grundrechte in der Verfassung Südafrikas in: **Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

SHANY, Y. Stuck in a Moment in Time: The International Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in BARAK–EREZ Daphne e M. GROSS, Aeyal (org). **Exploring Social Rights – between theory and practice**. Oxford: Hart Publishing. 2007.

SHUE, H. The Interdependence of Duties. In ALSTON, Philips e TOMASEVSKI, Katarina. **The Right to Food**. Uthrecht: netherlands institute of human rights, 1984.

SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT. **Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in Recertification of the Constitution of the Republic of South Africa**. 1-5 and 8-11 July; 6 September 1996.

SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT. **Soobramoney vs. Minister of Health (KivaZulu-Natal)**. 1997. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>. Acesso em: 4 dez. 2020.

SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT. **Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others**. 2002. Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.html>. Acesso em: 4 dez. 2020.

SOUTH AFRICA CONSTITUTIONAL COURT. **Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others**. 2000. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>. Acesso em: 26 dez. 2020.

SUSTEIN, C. R. **Social and Economic Rights? Lessons from South Africa**. Working Paper n. 124. 2001. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/12785996>. Acesso em: 3 nov. 2020.

SUSTEIN, C. R. Response: From Theory to Practice Order of the Coif Lecture: Response. **Arizona State Law Journal**, 29. 1997.

TATE & VALINDER. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York, New York University Press, 1995.

TAYLOR, M. M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24 dez. 2020.

TUSHNET, M. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TUSHNET, M. Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties. **Georgetown University Law Center**. 2006. Volume 41 p. 1-22 Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/70373766.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

VAN HOECKE, M. Methodology of Comparative Legal Research. **Law and Method**. 2015. Disponível em: <https://biblio.ugent.be/publication/7145504/file/7145530>. Acesso em: 2.12.2020.

VAN HOOFF, G. J. H. The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views, in ALSTON, Philips e TOMASEVSKI, Katarina. **The Right to Food**. Uthrecht: netherlands institute of human rights, 1984.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**. São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=is.

VIEIRA, O. V. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**, São Paulo, v. 1, n. 42, p. 53-97, dez./1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300003>. Acesso em: 22 dez. 2020.

YOUNG, K. G. Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights. In JACKSON, Vicki C. e TUSHNET, Mark Ed. **Proportionality: New Frontiers, New Challenges Comparative Constitutional Law and Policy**. Cambridge: Cambridge University Press. 2017, p. 221- 247.

YOUNG, K. G. The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. **Yale Journal of International Law**. Vol. 33, No. 1. 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1136547>. Acesso em: 4.12.2020.

YOUNG, K. G. Constituting Economic and Social Rights: The Path to Transformation. **Constituting Economic and Social Rights**. OUP, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2419986>. Acesso em: 26 nov. 2020.

WANG, D. W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 439-568, jul. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35163/33968>. Acesso em: 22 dez. 2020.

WANG, D. W. L. Right to Health Litigation in Brazil: The Problem and the Institutional Responses. **Human Rights Law Review**, V. 15, n. 4, 2015. p 617–641. Disponível em: <https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/15/4/617/2356175?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 14 dez. 2020.

DIREITO À MORADIA ADEQUADA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES: O CASO DE ANANINDEUA (PA)

RIGHT TO ADEQUATE HOUSING AND DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN: THE CASE OF ANANINDEUA (PA)

Ellen Luiza de Oliveira Lima*

Luanna Tomaz de Souza**

Maria Claudia Bentes Albuquerque***

SUMÁRIO: Introdução. 1 O direito à moradia como direito humano fundamental. 2 A precariedade do direito à moradia para as mulheres. 2.1 Políticas habitacionais de superação da desigualdade de gênero no Brasil. 3 O enfrentamento à discriminação e à violência doméstica contra as mulheres. 4 O caso de Ananindeua (PA): violência doméstica e políticas habitacionais. 4.1 Acesso aos serviços e ao direito à moradia. Conclusão.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a relação entre o exercício do direito à moradia e a violência doméstica contra mulheres no município de Ananindeua (PA), visando assim compreender uma das dimensões da dinâmica da desigualdade de gênero. Visa-se responder a seguinte pergunta: em que medida as políticas públicas habitacionais podem interferir no enfrentamento à violência doméstica, em Ananindeua (PA)? Na metodologia segue-se o método indutivo como procedimento de análise. A pesquisa é bibliográfica e documental em relação à coleta de materiais teórico-conceituais, apresentando abordagem qualitativa, de caráter analítico-descritivo como estratégia. Quanto aos resultados, verificou-se que, entre os desafios enfrentados por mulheres que decidem romper com o ciclo da violência doméstica, um deles está relacionado ao exercício do direito à moradia adequada. O caso de Ananindeua revelou que as políticas habitacionais desenvolvidas no município têm apresentado limites no enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, incluindo políticas habitacional, inclusive por ausência de infraestrutura local. Conclui-se que as políticas habitacionais são essenciais para a garantia dos direitos da mulher em situação de violência doméstica.

* Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Pará. Colaboradora da Comissão Estadual de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano da OAB-PA.

** Pós doutora em Direito (PUC-RIO), Doutora em Direito (Universidade de Coimbra), Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, Coordenadora da Clínica de Atenção à Violência e do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia.

*** Advogada e professora, Doutoranda em Direito (UFPA), Mestra em Gestão de Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia (UFPA) e Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade (PUC-SP). Atualmente é Presidente da Comissão Estadual de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano da OAB-PA e membro da Comissão Especial de Direito Urbanístico do Conselho Federal da OAB.

Artigo recebido em 04/02/2021 e aceito em 09/03/2021.

Como citar: LIMA, Ellen Luiza de Oliveira; SOUZA, Luanna Tomaz de; ALBUQUERQUE, Maria Claudia Bentes. Direito à moradia adequada e violência doméstica contra mulheres: o caso de Ananindeua (PA). *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 24, n. 40, p. 359-402, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Palavras-chave: Direitos humanos; direito à moradia; violência doméstica; mulheres; Ananindeua (PA).

ABSTRACT: *This article aims to analyze the relationship between the exercise of the right to housing and domestic violence against women in the municipality of Ananindeua (PA), thus seeking to understand one of the dimensions of the dynamics of gender inequality. The aim is to answer the following question: to what extent can public housing policies interfere in tackling domestic violence in Ananindeua (PA)? The methodology follows the inductive method as an analysis procedure. The research is bibliographic and documentary in relation to the collection of theoretical-conceptual materials, presenting a qualitative approach, with an analytical-descriptive character as a strategy. As for the results, it was found that, among the challenges faced by women who decide to break the cycle of domestic violence, one of them is related to the exercise of the right to adequate housing. The case of Ananindeua revealed that the housing policies developed in the municipality have shown limits in addressing domestic violence against women, including housing policies, including the lack of local infrastructure. It is concluded that housing policies are essential to guarantee the rights of women in situations of domestic violence.*

Keywords: *Human rights; right to housing; domestic violence; women; Ananindeua (PA).*

INTRODUÇÃO

Ananindeua, município integrante da Região Metropolitana de Belém, é o segundo mais populoso do estado do Pará. No ano de 2015, despontou como a cidade brasileira com o maior número de mortes violentas de mulheres, segundo levantamento realizado pela Agência Pública (2017) com base em registros do Ministério da Saúde referentes ao período de 2005 a 2015. Esse dado exprime uma realidade alarmante de violência praticada, em geral, por conhecidos íntimos da vítima, como companheiros ou parceiros, os quais, por meio de suas ações lesivas, contribuem para tornar as residências os locais de maior perigo à vida.

O microsistema familiar apresenta-se como um ambiente propício para a violência doméstica, tendo em vista tratar-se de um domínio privado, no qual inexitem testemunhas, ou, quando existem, são membros da entidade familiar e nem sempre estão dispostos a denunciar. Em muitos casos, o lar, ao invés de significar referência de proteção e refúgio, constitui locus privilegiado para a prática e ocultação da violência doméstica.

Levando-se em conta a gravidade dos dados sobre violências contra as mulheres no município, em especial no âmbito doméstico, este estudo objetiva analisar a relação entre o exercício do direito à moradia e a violência doméstica contra mulheres no município de Ananindeua (PA). Visa-se responder a seguinte pergunta: em que medida as políticas públicas habitacionais podem interferir no enfrentamento à violência doméstica contra mulheres, em Ananindeua (PA)?

Quanto à metodologia, adotou-se o estudo de caso único como método de investigação, uma vez que o recorte espacial abrange apenas um município paraense. A pesquisa pode ser classificada como bibliográfica e documental em relação à coleta de materiais teórico-conceituais e normativos, apresentando abordagem qualitativa, de caráter analítico-descritivo como estratégia.

Seguiu-se o método indutivo como procedimento de análise e coletou-se informações por meio de entrevistas semiestruturadas realizadas com o secretário da Secretaria de Habitação de Ananindeua e com a presidente da Comissão da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Ananindeua (PA) durante o ano de 2019, as quais foram registradas pela técnica do diário de campo. O recorte temporal do estudo é o período compreendido entre os dias 01.01.2019 a 31.12.2019.

A pesquisa bibliográfica para revisão de literatura foi realizada em 2019 e 2020, quando foram consultadas obras físicas disponíveis em bibliotecas particulares e examinados artigos científicos selecionados por meio de buscas feitas no portal Scielo e no portal de Teses e Dissertações da CAPES, com base nos parâmetros “direito à moradia” “violência doméstica”, “mulher”, “gênero e cidade”. A filtragem foi realizada por critérios de pertinência temática, relevância do trabalho, data e origem da publicação.

Na primeira seção deste artigo, faz-se uma análise sobre o direito humano à moradia, ressaltando a sua fundamentalidade, tanto em âmbito internacional como no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, verifica-se como esse direito vem sendo exercido no Brasil, principalmente quando quem o está pleiteando é uma mulher.

A segunda seção traz um panorama sobre a história da discriminação contra a mulher, enfatizando a luta por direitos, dentro e fora das fronteiras brasileiras, bem como o surgimento dos movimentos feministas e os direitos sociais conquistados para enfrentamento do problema, sobretudo no século XX. Dedicar-se a compreender a violência doméstica no Brasil e como ela ocorre nas residências.

Por fim, na terceira seção, apresenta-se os resultados do estudo empírico sobre a relação entre o direito à moradia e a violência doméstica contra mulheres no município de Ananindeua (PA), visando, assim, compreender de que forma as políticas públicas habitacionais desenvolvidas se relacionam com o enfrentamento à violência doméstica.

1 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O direito à moradia foi reconhecido e se fez presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no artigo XXV, como componente do direito a um padrão de vida adequado, devendo, portanto, ser alvo da tutela, promoção e preservação dos Estados, inclusive o Estado Brasileiro.

No mesmo teor, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)¹ apresenta em seu bojo o principal fundamento para o reconhecimento do direito à moradia como um direito humano, que por sua vez, deve ser garantido e efetivado por meio de medidas apropriadas para esse fim executadas pelos Estados Partes. O artigo 11 do aludido documento assevera a expressão moradia adequada como qualificadora para o exercício do direito para o indivíduo e sua família.

O Estado Brasileiro, enquanto Estado Parte do Pacto, tem a incumbência de promover o exercício desse direito aos seus cidadãos em sua integridade. No texto da Constituição Federal de 1988, a previsão desse direito foi incorporada no rol de direitos sociais, presentes no artigo 6º, após a Emenda Constitucional n. 26. Também consta no artigo 5º, XXIII, o qual dispõe que a propriedade deve atender a sua função social, constituindo um direito e garantia individual, mas também um dever individual do proprietário.

Além destas menções explícitas, o direito à moradia é apresentado, ainda que de forma implícita, em outros artigos da Magna Carta, seja quando dispõe sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (artigo 24, IX), seja quando no artigo 7º, IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia.

Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (artigo 5º, XXIII, e artigos 170, III; e 182, §2º), bem como a previsão constitucional da usucapião especial urbana (artigo 183) e rural (artigo 191), ambas condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão de um direito

¹ Tratado multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, em vigor desde 3 de janeiro de 1976. Foi ratificado pelo Brasil através do Decreto federal n. 591/1992.

fundamental à moradia já antes da consagração via emenda constitucional 26/2000. Esta acresceu no rol dos direitos sociais do art.6 a moradia.

Em verdade, quando a Constituição, no artigo 1º, III, refere-se ao fundamento da dignidade da pessoa humana, ele traz o suprimento de todas as necessidades existenciais básicas dos indivíduos, para que vivam uma vida digna, entre as quais a moradia. Assim, embora tenha sido incorporado ao rol de direitos sociais apenas em 2000, não é um direito novo. O fundamento em referência pode servir de reconhecimento, inclusive, para direitos que, mesmo não estando positivados, são fundamentais para a proteção da dignidade humana. É certo que o direito não tem e nem deve ter o escopo de normatizar o inalcançável, mas nem por isso deve deixar de promover, com a sua máxima força legal, princípios que são balizadores fundamentais para a garantia dos direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 12-13).

Nessa perspectiva, o direito à moradia apresenta-se como uma cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro (CF, artigo 60, §4º, IV), tendo em vista que não pode ser abolido e nem mesmo ser sujeito à retrocessos, supressões ou ao esvaziamento do seu conteúdo positivado (DORNELES; CASSEL, 2015). Esse dispositivo constitucional sombreia leis como a Lei n. 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), a Lei n. 11.977/2009, que dispõe sobre o “Programa Minha Casa, Minha vida”, bem como a Lei n. 8.009/1990, a qual trata da impenhorabilidade do bem de família, incluindo o imóvel residencial da entidade familiar, que fica isento de responsabilização em caso de dívidas.

Faz-se, no entanto, necessário atentar ao caráter não absoluto do direito à moradia mesmo em face à dimensão negativa já apresentada, de modo que é sim sujeito a certas restrições (DORNELES; CASSEL, 2015). Há eventualidades que demandam ações estatais que geram o desapossamento e a consequente perda da moradia, mas que devem ser acompanhadas de compensações, asseguradas as indenizações justas e necessárias, ou executadas dentro dos limites legais com vistas ao cumprimento da função social da propriedade e à plena realização do direito à cidade.

A dimensão positiva, por sua vez, traz à tona o dever de ação do Estado no fomento e implementação de políticas habitacionais de interesse social, dando, paralelamente, ao titular da moradia o direito de exigir do poder público a devida prestação material que lhe assegure uma habitação compatível com os requisitos para uma vida digna (SARLET, 2010, p.

3.700). Tem como baluarte o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário, e resgata o compromisso adotado pelo Estado Parte na consecução da garantia do exercício pleno dos direitos reconhecidos.

Por essa razão, é também chamada de dimensão prestacional, já que diz respeito às formas utilizadas pelo poder público para efetivar esse direito, que podem constituir-se desde a criação de linhas de crédito ou financiamentos específicos para construção, ampliação ou melhoria das residências, e até mesmo a ampliação de programas habitacionais, bem como a instituição de políticas de concessão de valores para aluguéis sociais como uma solução provisória de acesso à moradia digna.

O conceito de moradia adequada é fruto da definição trazida pela Estratégia Global para a Habitação para o ano 2000, apresentado pelo Comitê sobre os Estabelecimentos Humanos, segundo o qual contempla, sob razoável custo aos moradores, “[...] espaço adequado, segurança adequada, iluminação e ventilação suficientes, infraestruturas básicas adequadas e localização adequada relativamente ao local de trabalho e aos serviços essenciais (PDHJ, 2000, p. 111).

Destacam-se, ademais, os esforços praticados pela Relatoria Especial da Organização das Nações Unidas - ONU e pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que promove a emissão de Comentários Gerais, entre os quais o Comentário Geral n. 4, o qual traz uma interpretação do artigo 11, n. 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apontando um conjunto de elementos que devem ser considerados na determinação da adequabilidade de uma moradia, tais como fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos etc.

Os elementos mais conhecidos são a segurança da posse e a proteção contra remoções ou desapropriações ilegais. Há também o elemento da disponibilidade de serviços, materiais, infraestrutura e equipamentos públicos, o qual se relaciona diretamente com serviços oferecidos pelo Poder Público, como acesso eficiente à água, saúde, segurança pública, transporte público, saneamento básico, iluminação pública, gás e energia elétrica (ONU, 2020, p. 14).

Outro elemento inerente ao conceito de moradia é a localização adequada, que deve estar situada onde haja oportunidades de desenvolvimento econômico e social, ou seja, próxima de postos de saúde, áreas de esporte e lazer, do local de trabalho ou de centros de emprego,

de escolas e creches onde as mães possam deixar seus filhos enquanto realizam as suas atividades profissionais.

A adequação cultural também é um ponto que deve ser respeitado, a fim de que as políticas habitacionais não se confundam com simples construção em massa de casas iguais (ONU, 2020, p. 18). Este elemento orienta que, tecnicamente, a habitação e os materiais utilizados na construção devem expressar características identitárias e culturais da região na qual está inserida, contrariando os modelos homogeneizantes e aplicados como regra geral por programas habitacionais, que reproduzem modelos de moradias sem identidade cultural e sem levar em conta as necessidades sociais e culturais dos beneficiados.

Acessibilidade também faz parte do conceito e se refere aos custos gerados pela aquisição e manutenção da casa, propondo que estes não ameacem, desfalquem ou comprometam o orçamento familiar, que inúmeras vezes se limita ao salário-mínimo ou valores recebidos de programas de assistência social. Os custos devem ser acessíveis e compatíveis com o orçamento dos moradores, sobretudo das mulheres solteiras e/ou chefes de família que são vítimas de violência doméstica (ONU, 2020, p. 22).

A habitabilidade está incluída no rol e diz respeito à adequação da residência para a moradia, em termos de proporcionar aos seus residentes as condições de se proteger do frio, umidade, calor, chuva e demais fatores externos que possam atentar contra a saúde dos moradores. Há ainda um último elemento de grande relevância para a o contexto atual que diz respeito à não discriminação e priorização de grupos vulneráveis. Essa premissa estabelece que o exercício desse direito deve ser acessível até mesmo para os grupos mais vulneráveis da sociedade, como portadores do vírus HIV, pessoas com deficiência, vítimas de desastres naturais, idosos e mulheres.

O Comentário Geral n. 4 traz conceituação sobre o papel do Estado na garantia do direito à moradia digna e demonstra uma preocupação com as especificidades dos diversos sujeitos de direitos que são expostos às várias violações de direito, as quais demandam respostas específicas. Persiste em elucidar que o processo de especificação das peculiaridades dos indivíduos é eficaz contra a insuficiência gerada no tratamento geral e abstrato dos sujeitos de direitos e que “[...] mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Importa o respeito à diferença e às diversidades, o que lhes assegura um tratamento especial” (PIOVESAN, 2012, p. 284).

Apesar dos avanços e das conquistas sociais representadas pelas normas jurídicas trazidas à lume, os contextos brasileiro e mundial evidenciam que, na atualidade, subsiste uma profunda desigualdade no acesso à moradia que precisa ser adequadamente enfrentada pelo Poder Público e pela coletividade. A moradia adequada precisa ser assegurada não apenas por ser um direito humano incorporado ao sistema jurídico pátrio, do qual depende a efetivação de outros direitos, mas porque ele é essencial à vida e à autonomia das mulheres (ONU, 2020, p. 4).

2 A PRECARIÉDADE DO DIREITO À MORADIA PARA AS MULHERES E POLÍTICAS HABITACIONAIS DE SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES

A noção de moradia adequada supera a definição literal de “quatro paredes e um teto”. Não se pode conceber a existência de um direito fundamental sem que seja efetivado de forma igualitária, integral e indivisível também para todos (PIOVESAN, 2012, p. 295). Em verdade, a violação do direito à moradia é uma das formas mais perversas de não reconhecimento do humano e atinge uma parcela significativa da população.

Deve-se, nessa senda, discutir se a habitabilidade dos espaços urbanos se apresenta igual para todos, sem distinção de sexo, classe, etnia ou raça. Apesar da fundamentalidade do direito à moradia, é inegável o *déficit* habitacional existente no Brasil. Para se ter ideia, com base em dados disponibilizados pela Fundação João Pinheiro, em 20 dos 27 estados da federação o *déficit* habitacional aumentou entre o ano de 2014 e 2015, chegando a totalizar a ausência de 6,3 milhões de domicílios (FJP, 2018).

Para corroborar com os dados apresentados acima, faz-se igualmente necessário trazer luz aos números apurados durante a elaboração do Plano Nacional de Habitação de 2009. Neste, a demanda habitacional no Brasil, até o ano de 2023, somado ao *déficit* demográfico, chegaria a 35 milhões de unidades habitacionais (IPEA, 2016, p. 95).

Segundo o Censo Demográfico de 2010, apenas 52,5% dos domicílios do Brasil apresentam condições consideradas adequadas (IBGE, 2018). Isso indica, em termos quantitativos, que de um universo amostral de aproximadamente 58 milhões de domicílios, apenas 30 milhões correspondem ao padrão de adequabilidade. Há ainda 2,3 milhões de domicílios que não possuem nem o básico dos serviços essenciais como saneamento, água encanada ou coleta de lixo, e a população submetida a aglomerados subnormais já equivale a 6% da população do país.

Os dados trazidos à análise revelam a inefetividade do direito à moradia no Brasil, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos. Não obstante, essa situação se agrava quando quem está na busca pelo acesso à moradia é uma mulher, intensificando-se quando, além da questão de gênero, faz-se presente as desigualdades de raça e de classe.

Conforme o Retrato das Desigualdades Gênero e Raça (2011), os indicadores de habitação no Brasil demonstram que os domicílios chefiados por mulheres ou por indivíduos negros “[...]se encontram sempre em piores condições, seja no tocante à probabilidade de estarem localizados em assentamentos subnormais, seja no que diz respeito à existência de esgotamento sanitário, abastecimento de água ou coleta de lixo” (IPEA, 2011, p. 27). Tal situação é explicada pelo fato de as mulheres, em particular as mulheres negras, continuarem expostas à múltiplas formas de discriminação social e ainda são as mais afetadas pelo modelo econômico capitalista estabelecido, de modo que são, comumente, exploradas e discriminadas, tanto pelo gênero, como pela classe e raça.

Por essa razão, ao se analisar as violências sofridas nos espaços urbanos, é necessário investigar de que forma os elementos classe, raça e gênero influenciam no processo de produção das cidades, uma vez que a forma como uma mulher negra e periférica vivencia a cidade não é a mesma de uma mulher branca, havendo nas violências sofridas um legado de dominação e hierarquização do Brasil em sua fase escravista e colonial (BELLO; BELEZA, 2019, p. 744).

Os dados indicam que houve um crescimento da pobreza no universo feminino. Revelam um aumento da proporção de mulheres entre os mais pobres da sociedade, principalmente de mulheres negras (IPEA, 2011, p. 15). Dizem respeito a um processo designado internacionalmente como feminização da pobreza, que consiste em “[...] uma mudança nos níveis de pobreza partindo de um viés desfavorável às mulheres ou aos domicílios chefiados por mulheres” (MEDEIROS; COSTA, 2008).

Não se trata, necessariamente, de um crescimento da pobreza entre as pessoas do sexo feminino, mas sim de um aumento na proporção de pessoas pobres oriundas de famílias chefiadas por mulheres. A feminização da pobreza está, portanto, associada à ocorrência do aumento do empobrecimento nas unidades familiares formadas por mulheres sem cônjuges, que são o único adulto provedor da renda da casa, pois os membros acabam tornando-se mais propensos à pobreza, uma vez que tem a desvantagem de contar com um provedor a menos (COSTA, 2005, p. 16).

Com efeito, a feminização da pobreza é fruto de um processo histórico de desigualdade social e de concentração de terras no Brasil, somadas à divisão sexual do trabalho no sistema capitalista, na qual as mulheres ainda são estruturadas no mercado como inferiores hierarquicamente e suas remunerações ainda são consideravelmente menores. As condições de desenvolvimento de carreiras ofuscadas pelas tarefas domésticas, maternidade e cuidados com a família tem resultado em profundas desigualdades salariais entre homens e mulheres. Isto confirma que “[...] o acesso ao mercado da moradia no Brasil, já inalcançável para muitas famílias, é ainda mais difícil quando se é mulher” (HELENE; LARANZINI, 2018 apud HELENE, 2019, p. 956).

Os indicativos de renda, segundo o informativo de Estatísticas de Gênero, Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil, do IBGE (2018), demonstram que, mesmo apresentando níveis de instrução superior aos dos homens, a necessidade de conciliar o trabalho remunerado com os afazeres domésticos e cuidados com a família, faz com que muitas mulheres precisem optar por ofícios com a carga horária reduzida, resultando em uma média de rendimentos equivalente a três quartos do valor recebido pelos homens, tendo como agravante o indicador por cor ou raça.

Neste recorte, os dados de 2016 evidenciam que são as mulheres pretas ou pardas as que mais exerceram ocupação por tempo parcial, alcançando 31,3% do total, enquanto 25,0% das mulheres brancas se ocuparam desta forma, em 2016. Em relação aos rendimentos médios do trabalho, as mulheres seguem recebendo cerca de três quartos do que recebem os homens. Contribui para a explicação deste resultado a própria natureza dos postos de trabalho ocupados pelas mulheres, em que se destaca a maior proporção dedicada ao trabalho em tempo parcial (IBGE, 2018, p. 4). Isso evidencia como o racismo e o sexismo se imbricaram na produção desse cenário.

Ocorre que, mesmo em meio às disparidades históricas de rendimentos e dificuldades de acesso à moradia enfrentadas por mulheres, o número de famílias chefiadas por mulheres entre 1995 e 2015 aumentou 18 pontos percentuais, demonstrando que à época, chegava a 43% nos centros urbanos brasileiros, conforme os dados do Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995 a 2015 (IPEA, 2017).

Muitos desses casos inclusive estão associados ao surgimento de movimentos de luta social pelo acesso à terra, principalmente às ocupações organizadas, nas quais, as mulheres somam maioria. São movimentos que

surgiram impulsionados pelo aumento dos *déficits* habitacionais, carência de políticas públicas efetivas de acesso à moradia, desigualdades sociais, urbanas e estruturais e situações de insegurança e insatisfação perante a realidade social de moradia de grande parte da população (HELENE, 2019).

Cerca de 28,9 milhões de famílias no Brasil são chefiadas por mulheres e moram sozinhas com seus filhos (OBSERVATÓRIO DO 3º SETOR, 2019). Esse crescimento da participação de mulheres no mercado da moradia se evidencia no âmbito do programa habitacional Minha Casa Minha Vida, do Governo Federal, regido pela Lei n. 11.977/2009, o qual apresenta um viés eminentemente feminino, tendo em vista que 86% dos beneficiários são mulheres e mães (NICACIO, 2014). Nesses domicílios, normalmente a mulher é a única que obtém fonte de renda e, como ainda recebe rendimentos inferiores aos dos homens, as dificuldades para manter os custos do domicílio acabam ficando mais evidentes; logo, a concentração da pobreza entre os moradores se intensifica (COSTA et al., 2005, p. 11).

Tendo em vista o exposto, torna-se relevante refletir sobre as políticas públicas de garantia do direito à moradia e os instrumentos jurídico-políticos destinados à ordenação da ocupação das cidades, à garantia da segurança jurídica da posse e à regularização fundiária, de modo que os programas habitacionais estejam em conformidade com as demandas e condições sociais das mulheres de baixa renda ou que estão em situação de violência doméstica.

Ademais, é importante que o tema gênero e direito à moradia esteja presente tanto na elaboração de leis quanto no planejamento e na gestão urbanos, de maneira que as tomadas de decisões e a execução de políticas, planos, programas, projetos e ações governamentais tenham a participação efetiva de populações periféricas e vulneráveis, evitando-se a produção de cidades exclusivamente “por e para os homens” (BERNER; MELINO, 2016, p. 1.888)

Para enfrentamento das desigualdades de gênero no acesso à moradia, foi desenvolvido um conjunto de políticas no Brasil. O acesso à moradia pelas mulheres foi ampliado a partir da Medida Provisória n. 561/2012, convertida na Lei n. 12.693/2012, a qual, entre outras alterações, modificou dispositivos da Lei n. 11.977/2009, regulamentadora do programa do Governo Federal intitulado “Minha Casa Minha Vida”.

De acordo com as inovações trazidas pelo artigo 35-A da Lei n. 12.693/2012, a mulher passou a ter primazia no registro e transferência do título de propriedade nas hipóteses de dissolução de união estável,

divórcio ou separação judicial, exceto nos casos em que, para a aquisição da propriedade, tenham sido empregados os recursos do FGTS (Fundo de garantia do Tempo de Serviço) do companheiro ou ex-companheiro.

A Lei n. 12.693/2012 também dispõe sobre o direito à moradia, ao reconhecer legalmente os assentamentos e conceder aos seus ocupantes o título de posse dos seus respectivos lotes, principalmente para mulheres que vivem em assentamentos informais já consolidados. Portanto, agora, o Estado deve atentar à questão de gênero e dedicar esforços para a superação da pobreza e das desigualdades sociais geradas pela histórica segregação na política de urbanização das cidades brasileiras.

Outra inovação trazida pela Lei n. 12.693/2012, em especial pelo seu artigo 73-A, diz respeito à liberdade da mulher chefe de família para a realização de negócios sobre imóveis com recursos do FGTS, independentemente do regime de bens do casamento e da outorga do companheiro ou cônjuge, no âmbito do PMCMV ou em programas de regularização fundiária de interesse social promovidos pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, ficando afastada, neste caso, a aplicação do disposto nos artigos 1.647 a 1.649 do Código Civil.

Em conjunto, as medidas legais acima citadas materializam políticas públicas sociais municipais, estaduais e federais voltadas à valorização dos direitos das mulheres, especialmente aquelas que são o centro de inúmeras famílias.

A Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, também dispõe sobre o direito de moradia da mulher quando, no artigo 22, II, prevê o afastamento do lar por parte do agressor, determinando à mulher a consecução do seu direito acautelatório à moradia adequada e livre de violência, ainda que o imóvel não seja seu bem de propriedade particular. Porém, ressalta-se que tal instituto é medida protetiva, de caráter cautelar e provisório, ou seja, não perdura e definitivamente não possui natureza satisfativa.

A garantia do direito à moradia ainda pode ser observada pela ótica de outros dispositivos legais que também podem atuar nesse sentido, como o disposto no artigo 1.240-A do Código Civil de 2002, incluído pela Lei n. 12.424/2011, que prevê a modalidade de usucapião conhecida como matrimonial ou do companheiro, aplicável à hipótese de abandono do lar, em que há descumprimento de deveres conjugais, tais como a assistência material e a manutenção do imóvel.

A preocupação com a manutenção da posse no nome da mulher também é notória na Lei n. 11.124/2005, que dispõe sobre habitação de interesse social. Além de instituir o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, que almeja prioritariamente viabilizar o acesso à terra urbanizada e habitação para a população de menor renda, a norma ainda demonstra a preocupação do legislador de propor o estabelecimento de quotas para mulheres que são chefes de família (Lei n. 11.124/2005, art. 4º, II, a e h).

O artigo 22 da Lei n. 11.124/2005 também confere o atendimento prioritário às famílias de menor renda perante os entes da federação. O artigo 23, §1º, VI, na mesma seara, estabelece que a lavratura de escritura pública do imóvel, bem como os contratos celebrados em cartório deverão constar, preferencialmente, em nome da mulher, destacando a importância da questão de gênero nos contratos que devem ser firmados, de preferência, em nome da mulher.

A Lei n. 13.465/2017, que cuida do tema da regularização fundiária rural e urbana, trata no seu artigo 10, XI, da garantia de direitos reais preferencialmente em nome da mulher, que constitui um dos objetivos da REURB, devendo, assim, ser observado por todos os entes federativos nas ações de regularização de núcleos urbanos informais.

Por sua vez, a Lei n. 6.192/2018, que dispõe sobre política habitacional, prevê prioridade para as mulheres em situação de violência doméstica que atendam os requisitos específicos. A garantia não se destina, exclusivamente, a beneficiar mulheres em situação de violência, mas também favorece pessoas com mais de 60 anos, mulheres responsáveis pela unidade familiar, pessoas com deficiência e famílias removidas de áreas de risco, o que revela um avanço legislativo para a efetivação do direito de moradia.

O Estatuto da Igualdade Racial, Lei n. 12.288/2010, por ser direcionado ao enfrentamento da desigualdade étnica e à defesa dos que sofrem preconceito e discriminação em função da etnia, raça ou cor, prevê mecanismos à promoção de iguais condições e oportunidades para acesso à moradia, inclusive por meio da implementação de programas de ação afirmativa em políticas públicas, conforme artigos 4º, VII, e 35.

No Pará, o Decreto Estadual n. 432/2003 instituiu o Cheque Moradia, política pública de habitação social, que possibilita às famílias com renda de até três salários-mínimos receber uma transferência de

crédito para construir, reformar ou ampliar suas casas, visando-se, assim, reduzir o *déficit* habitacional e a inadequação das moradias.

Os institutos trazidos à análise demonstram os esforços legais para garantir o acesso à moradia para as mulheres. São, contudo, inúmeros os desafios para que estes instrumentos de corporifiquem de forma a garantir o efetivo acesso à moradia e condições de habitabilidade para as mulheres, em especial aquelas mais vulnerabilizadas, como as mulheres em situação de violência.

3 O ENFRENTAMENTO À DISCRIMINAÇÃO E À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES

No Brasil, a intensificação da luta dos movimentos feministas, as discussões a respeito da igualdade de gênero e o apelo constante para a instauração de direitos iguais fomentou na sociedade a conscientização da importância das conquistas das mulheres enquanto sujeitos de direitos (MARQUES, 2009, p. 58).

No âmbito internacional, o enfrentamento à discriminação contra a mulher também ganhou força. A Carta das Nações Unidas (1945) reafirmou o compromisso com a igualdade de homens e mulheres e a dignidade da pessoa humana, ao passo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) trouxe o princípio da não discriminação e um rol de direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana.

A partir da segunda metade do século XX, a discriminação contra a mulher ingressou na agenda de encontros da comunidade internacional. A partir da década de 1970, foi possível uma maior consolidação de esforços para garantir a posição da mulher em sociedade. O ano de 1975 foi proclamado como o Ano Internacional da Mulher e foi a data da primeira Convenção Mundial sobre a Mulher, sediada no México. Ao fim dessa mesma década, as Nações Unidas se movimentaram no sentido de aprovar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 1979 (PIOVESAN, 2012, p. 284), a qual foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto federal n. 4.377/2002.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), instituída no Brasil por meio do Decreto federal n. 1.973/1996, também representou um grande avanço para a defesa dos direitos das mulheres. Conhecida como Convenção de Belém do Pará, no seu artigo 1º trouxe a definição de violência contra

a mulher como qualquer tipo de conduta, seja ela de ação ou omissão, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher.

O conceito de violência trazido pela Convenção é no sentido de romper com a dicotomia entre os espaços públicos e privados, tanto que o artigo 3º do texto da Convenção dispõe que “[...] toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada” (PIOVESAN, 2012, p. 291). A concepção normativa parte da compreensão de que a violência alcança todos os segmentos da sociedade, transcendendo conceitos de classe social, raça ou grupo étnico, contextos históricos e culturais, gerações e religião, e afeta negativamente suas próprias bases.

A Convenção trata, ainda, sobre os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais das mulheres, que devem ser protegidos, e cobra dos Estados Partes o reconhecimento de que a Violência contra a mulher impede o exercício desses direitos. O artigo 7º do texto se estende ao convocar os Estados Partes para que adotem as medidas internas e políticas apropriadas, inclusive legislativas, para o enfrentamento da violência.

A preocupação com a promoção dos direitos e enfrentamento à violência contra a mulher também foi o que motivou a realização da grande IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em 1995, pelas Nações Unidas. Nela foram definidas as áreas de preocupação prioritária, dentre as quais destaca-se a feminização da pobreza, a desigualdade no acesso à educação e à capacitação, bem como a desigualdade em relação à participação política e nas instâncias decisórias. O Estado brasileiro participou de forma ativa da Conferência, merecendo destaque a repercussão positiva causada pelo diálogo entre Poder Público e sociedade civil. A interação entre parlamentares, representantes de conselhos municipais e estaduais e movimentos de mulheres tornou-se um vetor importante na elaboração de políticas públicas para a incorporação da perspectiva de gênero (VIOTTI, 2006).

No ordenamento brasileiro, o conceito de violência contra a mulher foi introduzido somente no ano de 2003, por meio da Lei n. 10.778/2003, que contemplava apenas a violência física, psicológica e sexual. Em que pese restritiva, significou um marco na legislação pátria, especialmente por considerar as convenções e acordos internacionais assinados pelo Brasil sobre o assunto. Três anos após, foi editada a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que ampliou o conceito de violência contra a mulher.

A Lei Maria da Penha, recebeu esse nome por causa da mulher que se tornou um símbolo de luta pelo direito das mulheres a uma vida sem violência. Vítima de dupla tentativa de feminicídio, pelo companheiro, ficou paraplégica após ser alvejada pelas costas enquanto dormia, em 1983. A impunidade e inércia do sistema judicial brasileiro motivou que, em 1998, o caso fosse apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Foi a primeira vez que o sistema interamericano foi provocado para o problema da violência doméstica contra a mulher e resultou na condenação do Brasil por negligência e omissão (PIOVESAN, 2012, p. 296).

Entre as inovações, a Lei Maria da Penha vedou a aplicação de penas pecuniárias aos agressores e tornou mais rigorosa a sua punição, além de colocar à disposição da população um serviço de proteção e assistência social às mulheres em situação de violência e seus dependentes. Ademais, tornou mais eficiente o acesso à justiça, expandindo o conceito de violência doméstica e familiar, de modo que contemplasse violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

A norma visa romper com a ideia de que a violência doméstica contra a mulher é um problema a ser enfrentado de forma individual e solitária, dentro da sacralidade e sigilo dos lares e a trata como violação aos direitos humanos. Tipifica as situações de violência que podem ser consideradas criminosas, nomeando e especificando as suas formas diversas, tornando, assim, mais fácil a sua identificação (SOUZA, 2016, p. 30).

Apesar dos avanços legais verificados no país, a violência continua fazendo parte do cotidiano de inúmeras mulheres espalhadas pelos estados da federação. No ano de 2017, 13 mulheres morreram todos os dias vítimas de feminicídio (IPEA, 2019). Do total de homicídios contra mulheres, cerca de 39,3% ocorreram dentro das residências, quando não considerados os óbitos em que o local do incidente era ignorado. A maioria das mortes violentas intencionais que ocorrem dentro das residências são perpetradas por conhecidos ou íntimos das vítimas, como companheiros ou ex-companheiros (IPEA, 2019). Uma em cada cinco mulheres já foi espancada pelo marido, companheiro, namorado ou ex-companheiro (DATASENADO, 2015).

Segundo o relatório do IPEA (2011) intitulado “A violência contra a mulher”, em quase 70% dos casos de violência, as agressões contra as mulheres são perpetradas por pessoas conhecidas, cônjuges e ex-cônjuges, e parentes, dentre as quais, cerca de 64,4% se concretizou na própria residência. O Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça também

destacou que 43,1% das mulheres vítimas de agressão física estavam em suas residências no momento do fato delitivo (IPEA, 2011).

Em razão desta realidade, a Lei n. 11.340/2006 dispõe, no artigo 5º, sobre a sua aplicação no âmbito da unidade doméstica ou familiar, incluindo pessoas que convivem no ambiente, e sobre a sua incidência em qualquer relação íntima de afeto, pretérita ou atual. Embora possa ocorrer dentro ou fora do domicílio, nesta forma de violência o lar apresenta-se como um local privilegiado. Permite que as agressões ocorram sem interrupções de terceiros (DESLANDES; GOMES; SILVA, 2000, p. 130).

Nesse sentido, é importante salientar a pesquisa realizada pelo Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS, 2014), denominada “Tolerância social à violência contra as mulheres”, segundo a qual 82% dos entrevistados afirmaram que concordam com o ditado popular conhecido (e sexista) de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”. A pesquisa revelou, ademais, que 63% dos entrevistados concordaram, total ou parcialmente, que “casos de violência dentro de casa devem ser discutidos somente entre os membros da família” e 89% se mostraram favoráveis a ideia de “roupa suja se lava em casa” (IPEA, 2014, p. 3). Assim, revestidos do intuito de preservar a aparente coesão e harmonia familiar, muitas famílias tendem a ocultar a agressividade e negar seus conflitos (VIEIRA, 2008, p. 117).

Alguns fatores tornam ainda mais complexa a missão de interromper a situação de violência, pois sobre a mulher, historicamente, recaiu o silenciamento de suas falas, a invisibilização e a desqualificação de suas atividades diárias (ROBOTTOM, 2018, p. 23). Com efeito, é necessária uma ampla mobilização do Poder Público em prol da superação das desigualdades e da proteção dos direitos da mulher, o que pode ser feito, entre outras medidas, por meio da garantia da prioridade de acesso da mulher em situação de violência a programas de habitação, como uma forma de intervir diretamente no ciclo da violência.

Destaca-se também o fato de que são as mulheres negras as que mais sofrem a violência no país. Cerca de 75% das mulheres assassinadas no Brasil são negras (G1, 2020). Mulheres negras sofreram 73% dos casos de violência sexual (A TARDE, 2020). É fundamental que as políticas públicas de enfrentamento à violência atuem com uma perspectiva interseccional que considere esses diferentes marcadores de diferença. Em verdade, quando se lida com a violência deve-se enfrentar um conjunto de fatores que vão além do fato em si, tais como as questões estruturais da falta de moradia, de emprego ou de políticas públicas (CRENSHAW, 1991).

Considerando o caráter multidimensional do problema, é necessária uma rede integrada de atendimentos, envolvendo setores de saúde, segurança pública, justiça e assistência social. É essencial, portanto, que haja órgãos atuantes não apenas no combate à violência, mas também na prevenção, assistência e efetivação da garantia dos direitos das mulheres, pois o acúmulo de acontecimentos lesivos interfere na subjetividade das mulheres e na maneira de refazerem as suas vidas (ROBOTTOM, 2018, p. 23-25).

A violência doméstica e sexual está relacionada aos maiores índices de suicídios de mulheres, abuso de drogas e álcool, distúrbios gastrointestinais e psíquicos em geral. Também são apontadas como causa de dores pélvicas crônicas e inflamatórias, doenças sexualmente transmissíveis e gravidez indesejada (SCHRAIBER, 2002, p. 471).

A Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres é uma das principais ferramentas jurídico-políticas para a prevenção e coibição da violência, por meio da implementação de políticas públicas que considerem a complexidade do tema (BRASIL, 2011, p. 25). Envolve a dimensão da assistência, vinculada à garantia de atendimento humanizado e qualificado, por agentes capacitados e sensibilizados.

A Política Nacional também compreende a criação de espaços para a prestação de serviços especializados, como Casas-Abrigo, Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, Defensorias da Mulher e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Outrossim, envolve esforços para a garantia dos direitos das mulheres, por meio do cumprimento da legislação nacional e o previsto nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, promovendo, para tanto, o acesso à justiça e o resgate da condição de sujeito de direitos das mulheres.

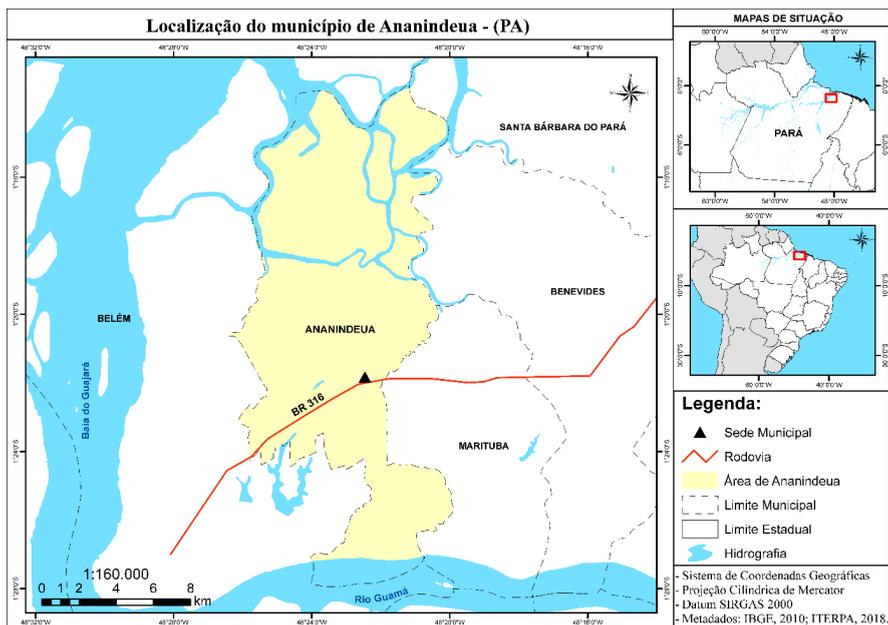
Para implementar esses objetivos de forma integral e articulada, surgiu o conceito de Rede de Atendimento, segundo a qual governos, instituições não governamentais e demais membros da sociedade civil concentram esforços para “[...] a ampliação e melhoria da qualidade do atendimento; a identificação e encaminhamento adequado das mulheres em situação de violência; e ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção” (BRASIL, 2011, p. 29). Com tais medidas, espera-se articular e otimizar os setores envolvidos na “rota crítica” (MOS/OPAS, 1998), que corresponde ao caminho percorrido por uma mulher em situação de violência quando decide procurar a intervenção do Estado e apoio das redes sociais.

Por essa razão, além da rede de atendimento, são também importantes as políticas públicas habitacionais para mulheres em situação de violência. Veja-se, a seguir, como este tema se apresenta no município de Ananindeua (PA), um dos municípios com maiores índices de violência contra as mulheres do Brasil.

4 O CASO DE ANANINDEUA (PA): VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E POLÍTICAS HABITACIONAIS

O município de Ananindeua, cuja localização é demonstrada na Figura 1, é o segundo mais populoso da Região Metropolitana de Belém, um dos mais populosos da região Amazônica. Segundo o Atlas da Violência - Retratos dos Municípios Brasileiros (IPEA, 2019), até o ano de 2017 a população do município somava 516.057 habitantes. Chama atenção pela seriedade dos problemas que apresenta, como os elevados índices de homicídios, sobretudo de mulheres, a maioria resultado da violência doméstica.

Figura 1 - O município de Ananindeua (PA)



Fonte: Elaboração própria (2020).

A partir do estudo de caso realizado, foram analisadas as políticas habitacionais que são desenvolvidas no município, visando-se investigar se têm interferido positivamente no enfrentamento à violência doméstica, isto é, se elas, em alguma medida, têm destinado o tratamento adequado às mulheres que estão em situação de violência e colaborado com a luta por melhores condições de moradia.

Conforme pesquisa da Pública, Agência de Reportagem de Jornalismo Investigativo, realizada com dados do Ministério da Saúde (DIP; FONSECA, 2017), em 2015, o município de Ananindeua apresentou o maior número de mortes de mulheres por agressão, com 21,9 homicídios para cada 100 mil habitantes. Com esse número, a cidade se manteve bem acima da média nacional de 4,8 homicídios de mulheres por 100 mil habitantes, a qual já é considerada alta – caracterizando, em média, 13 assassinatos por dia – e garantiu ao Brasil a 5ª posição em um ranking com 83 países, ficando atrás apenas de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Federação Russa (TOLOSA, 2017).

O elevado número de feminicídios chama atenção para as condições desses atos no município e aponta para uma outra face da violência sofrida pelas mulheres: a violência doméstica, em toda a sua complexidade e diversidade de formas. É certo que o feminicídio corresponde a uma situação limite, contudo a violência que se mantém dentro dos lares também contempla a retirada de bens da mulher e o ataque a sua integridade física, psicológica e patrimonial, sexual e moral.

Os episódios de violência doméstica no município revelam algumas variáveis sociodemográficas importantes que se harmonizam com a literatura nacional sobre o assunto (MAIA, 2019). As mulheres que sofrem alguma forma de violência são, principalmente, jovens, com baixo nível de escolaridade, mães de um ou mais filhos e que mantêm uma relação de união estável com o ofensor (ACOSTA; GOMES; BARLEM, 2013).

A prevalência dos episódios de violência ocorre no período noturno ou nas horas da madrugada, nos quais se verifica maior vulnerabilidade e ausência de testemunhas, as quais, quando existem, são os filhos do casal. Dado o horário, a dificuldade de acessar um órgão da rede de apoio se intensifica, o que tem prejudicado até mesmo a apuração dos casos (MAIA, 2019; ACOSTA; GOMES; BARLEM, 2013; PORTO; COSTA, 2010).

O tempo de duração dessas relações também é um fator a ser levado em consideração. Em Ananindeua, 41,77% das ocorrências de violência que tiveram decisão judicial proferida pela 4ª Vara Criminal do

município, no ano de 2017, incidiam em relações com tempo de 1 a 6 anos de duração. Nas relações com mais de 10 anos de união esse percentual caiu para 27,87% (MAIA, 2019, p. 58-59).

Ocorre que, apesar dessa diminuição, o dado não indica que a violência realmente diminui espontaneamente com o passar dos anos de união. Nota-se que o panorama de violência tende a se agravar cronicamente com o envelhecimento, haja vista que se trata de um padrão de conduta continuado (CAVALCANTI, 2012).

O desgaste da relação afetiva e o decaimento biológico natural da idade, como o comprometimento da saúde e a redução da mobilidade, acentuam o risco de ocorrências, principalmente entre as mulheres mais idosas e incapacitadas. A maior vulnerabilidade social associada à pobreza, à baixa escolaridade e ao baixo status social também são fatores que colaboram com a manutenção desse quadro (ARAÚJO, 2018, p. 224-225).

Embora incongruente, a diminuição no número de notificações de violência se coaduna com a ideia de que o decurso de tempo de união gera uma “sensação de segurança” - ainda que ilusória -, estabilidade e compreensão por parte das mulheres. Desse modo, muitas optam por permanecer no ciclo de violência com o intuito de manter um casamento idealizado no qual já estão a tanto tempo (GRIEBLER; BORGES, 2013).

Esse dado verificado no município traz luz à dificuldade e à reticência experimentada pela mulher ao cogitar enfrentar um processo eminentemente penal, que visa a punição e responsabilização do ofensor, sobretudo quando ele reside na mesma residência, com ele foram criados e estabelecidos vínculos afetivos que perduraram por anos e existem filhos em comum.

O percentual de casos relacionados aos delitos praticados no âmbito doméstico e que tiveram a decisão judicial proferida pela 4ª Vara Criminal em 2017 nos quais havia a existência de pelo menos um filho proveniente da relação foi de 74,81% (MAIA, 2019). Esse percentual revela o quadro de desestruturação familiar ao qual os filhos são expostos e o risco de tornarem-se, também, vítimas da violência.

A presença dos filhos é levada em consideração quando a mulher percebe que denunciar o ofensor pode afetar gravemente a segurança e bem-estar do filho (Jong; Sadala; Tanaka, 2008). Assim, além da culpa, já presente ao registrar a ocorrência, soma-se o sentimento de responsabilidade por privar o filho de um lar “estável”, quando o pai é o provedor da casa e

de quem a mulher depende, inúmeras vezes, emocional e financeiramente, inclusive para a própria subsistência.

Assim, não raras vezes, a mulher desiste da queixa e opta por adotar atitudes que “não tragam mais problemas” (JONG; SADALA; TANAKA, 2008). É nesse sentido que Dias (2012) acrescenta a estimativa de que apenas 10% das agressões sofridas pelas mulheres são realmente levadas ao conhecimento das autoridades dados os obstáculos anteriormente mencionados.

Em Ananindeua, houve a primeira condenação de feminicídio no Pará, o que é um fato simbólico, nas palavras da defensora pública do município Luciana Guedes, em entrevista concedida à Pública (2017), Agência de Reportagem de Jornalismo Investigativo. A defensora destaca o contexto econômico, social e educacional do município e afirma que a carência de políticas públicas efetivas ainda é o grande obstáculo ao enfrentamento da violência.

A falta de eficiência no serviço oferecido às mulheres em situação de violência também se evidencia em face do decurso de tempo entre o momento do registro da violência até o julgamento do caso perante o Poder Judiciário. Por causa da morosidade do Judiciário, da falta de estrutura adequada e do número reduzido de funcionários, muitos crimes no âmbito da violência doméstica chegam a ser extintos pelo instituto da prescrição ou mesmo extraviados durante o curso processual (TAVARES, 2015, p. 553).

Isso se dá em função da demora na apuração e condução dos casos, dada a falta de agilidade necessária no curso da investigação e no sistema de justiça, o que se justifica pelo excesso de burocratização do sistema, bem como o *déficit* de servidores e de estrutura adequada. Há casos que o tempo de apuração de um delito se estende tanto que extrapola o limite legal mesmo que a mulher realizou o registro da ocorrência no mesmo dia do fato (MAIA; RAMOS; NINA, 2019, *passim*).

Em Ananindeua, mais de 15% dos inquéritos policiais do ano de 2018 demoraram mais de um ano para serem finalizados, contrariando o artigo 10º do Código de Processo Penal sobre a duração máxima para a conclusão do inquérito de 30 dias. A dificuldade presente na articulação entre os órgãos de segurança e os órgãos de justiça, como o Ministério Público – que chega a demorar até mais de um ano, após o registro do fato, para se manifestar – também faz com que o tempo de espera entre a conclusão da investigação até o momento do julgamento pelo Poder Judiciário seja suficiente para alcançar a prescrição do caso (MAIA, 2019).

O extrapolamento do tempo da pretensão punitiva do Estado, que ocasiona a extinção do processo pela prescrição, traz luz à problemática da demora existente no Judiciário no município de Ananindeua. Na cidade, 36,98% das decisões judiciais proferidas em 2017 demoraram de 1 a 3 anos para serem produzidas. Cerca de 42,44% demoraram de 4 a 6 anos e pelo menos 12,22% das decisões demoram de 7 a 9 anos para serem produzidas (MAIA; RAMOS; NINA, 2019, p. 85)

Esse lapso temporal entre o registro da ocorrência até a decisão judicial indica que há margem para a prescrição de muitos casos, haja vista que os crimes de ameaça possuem prazo prescricional de 3 anos, e lesão corporal de 8 anos (BRASIL, 1940). Esta constatação corrobora com o dado de que, em Ananindeua, 47,28% dos processos foram extintos pela prescrição da pretensão punitiva do Estado no ano de 2017 (MAIA; RAMOS; NINA, 2019, p. 88).

É fato que a violência doméstica atinge mulheres de todas as classes sociais, níveis de formação acadêmica e bairros e, não se pretende, com este estudo, inferir alguma ideia de determinismo econômico que vincule à ideia de pobreza à violência. Porém, impende ressaltar que nos locais onde se verifica maior desarticulação de serviços públicos, menor intervenção dos órgãos do Estado, carência de informações e ausência de postos de enfrentamento à violência acessíveis é mais difícil para as mulheres colocarem fim na violência.

A análise do contexto em que foram praticados os delitos de violência doméstica em Ananindeua demonstra que ocorrem, em sua maioria, dentro da residência, com a prevalência nos bairros periféricos. Observou-se que os bairros de Ananindeua com o maior número de casos, dentre os quais destaca-se Águas Lindas, Icuí Guajará e o Paar, também são conhecidos pela ocupação desordenada, alto contingente populacional e indicadores sociais e econômicos reduzidos (AUGUSTO, et al., 2015).

Ananindeua não possui uma vara especializada exclusivamente em violência doméstica e familiar contra a mulher, haja vista que a 4ª Vara Criminal de Ananindeua acumula a competência para julgar casos envolvendo crimes contra a criança e adolescente e não possui estrutura pessoal suficiente para cumprir os prazos processuais (MAIA, 2019).

Ressalta-se ainda a ausência de estruturas implantadas que são previstas na Lei Maria da Penha, como por exemplo um Centro de Educação e de Reabilitação para agressores (artigo 35, V) e Casas de Abrigo para mulheres e seus respectivos dependentes (artigo 35, II). Soma-se a isso

inexistência de Centro de Atendimento Integral e Multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar, que deveriam contar com recursos destinados para a sua elaboração ainda na proposta orçamentária do Poder Judiciário (MPPA, 2019).

A falta de transporte gratuito para as vítimas, a ausência do projeto “Patrulha Maria da Penha²” e do acompanhamento do monitoramento eletrônico e das medidas protetivas aplicadas no município também corroboram com a deficiência da rede no município (MPPA, 2019).

Ademais, o município conta com apenas uma Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher³, a qual, dada a sua localização, é de difícil acesso para mulheres que moram nos bairros mais periféricos, tendo em vista que foi destinada para atender, inclusive, a população da região insular do município, como as ilhas do bairro Curuçambá. A ausência da prestação do serviço nos municípios vizinhos faz com que a DEAM também preste atendimento às mulheres dos municípios de Santa Bárbara do Para, Marituba e Benevides (MENEZES, 2019).

Há ainda o agravante de a mesma não ter um polo do Instituto Médico Legal para realizar os atendimentos de saúde das mulheres que buscam o órgão público. Este fato, sem dúvida, também configura um obstáculo no acesso à justiça, pois as mulheres precisam se deslocar para a capital, Belém, a fim de realizar os exames necessários, segundo informou a presidente da Comissão da Mulher Advogada, da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Ananindeua (PA).

Observa-se, portanto, a necessidade de uma descentralização dos centros de referência de enfrentamento à violência contra a mulher no município e a criação de novos. Os locais de apoio também precisam estar onde tem se concentrado os principais focos da violência; os bairros periféricos. Em face da hipossuficiência financeira de muitas mulheres, precisar utilizar meios de transporte para efetuar a denúncia ou realizar algum atendimento é um severo obstáculo a ser enfrentado (AUGUSTO et al., 2015).

A distância existente entre as residências onde se concretizam os atos de violência e os postos que concentram os órgãos da rede de

² Projeto que visa possibilitar a implementação de políticas públicas focadas na prevenção e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, por meio da fiscalização das medidas protetivas deferidas pelos juízes da capital, por meio de visitas periódicas, semanais ou mensais, com um acompanhamento de perto da situação das mulheres que possuem as medidas (TJPA, 2015).

³ Inaugurada em outubro de 2018, atendeu aproximadamente 800 casos durante o primeiro ano de funcionamento.

enfrentamento à violência e áreas de maior contingente policial chama atenção para o descumprimento de alguns elementos que constituem o direito à moradia adequada.

5 ACESSO AOS SERVIÇOS E AO DIREITO À MORADIA EM ANANINDEUA

O elemento de disponibilidade de serviços, infraestrutura, materiais e equipamentos públicos, segundo o Comentário Geral n. 4 sobre o artigo 11, n. 1 do Pacto Internacional sobre direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) dispõe que a moradia adequada deve contar com facilidade de acesso à saúde, segurança, transporte, saneamento e serviços de emergência, dentre outras condições. O segundo elemento que acaba sendo negligenciado com o distanciamento é o da localização, que propõe que a habitação adequada deve estar situada em um local onde existam estruturas sociais, o que, infelizmente, não se verifica nas favelas, loteamentos clandestinos e outras áreas periféricas das cidades.

Assim, nesses pontos do município onde a distância entre a “cidade formal” e a “cidade informal” se alarga (MARICATO, 1997), as lutas enfrentadas por uma mulher que se encontra em situação de violência conseguem ser ainda mais intensas. Além de todos os desafios e receios enfrentados por uma mulher no âmbito do enfrentamento à violência, a mulher, que mora na periferia, também luta contra problemas concernentes à falta de infraestrutura e a dificuldade de deslocamento, como a falta de linhas de ônibus que integrem a sua casa e as unidades de apoio do governo, a falta de ônibus adaptados para pessoas com deficiência e a ausência de regularidade nos horários dos coletivos.

Nessas regiões “invisíveis” das cidades, além do grave problema da violência, a segregação territorial, exclusão e a informalização também obstam diretamente o acesso à justiça e demais direitos (MARICATO, 1997; MOTTA, 2011). Segundo Demo (1993), “[...] ser pobre não é apenas não ter, mas sobretudo ser impedido de ter, o que aponta muito mais para uma questão de ser do que de ter” (DEMO, 1993, p. 2 apud MARICATO, 2003, p. 153). Esse impedimento, muitas vezes, é o responsável pela manutenção de violações a direitos fundamentais, como o à moradia e a uma vida sem violência.

Quando o Estado falha na manutenção e propiciação de condições dignas de moradia para os seus cidadãos, falha também do seu dever

de garantir o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), o qual pressupõe o exercício da cidadania e dignidade do indivíduo. Além de ser um direito fundamental, o acesso à justiça deve ser universal e efetivo para todos os que dela necessitam, entretanto, na realidade, acaba sendo embargado por aspectos econômicos, sociais e culturais no quais a sociedade está envolta.

No processo de reconhecimento de direitos e luta pela sua concretização, o nível educacional, o *status* social, o meio que a pessoa vive, o nível de acesso à informação clara e suficiente sobre os direitos, como acionar a justiça e a localização geográfico-espacial dos órgãos, podem aumentar barreiras que não deveriam existir (PASSINATO, 2015, p. 413). Os danos à dignidade de uma mulher que já está fragilizada e violentada e não consegue chegar até o local de atendimento ou não encontra o atendimento humanizado e especializado necessário, acumulam-se em face da inacessibilidade à justiça (SOUZA; CARVALHO, 2015).

Nesse sentido, são mulheres que se encontram imersas em subordinações múltiplas e estão sujeitas a limitações no acesso às oportunidades de intervenção e enfrentamento à violência. A execução das estratégias de enfrentamento demonstra que ainda são pensadas para um suposto espaço amostral homogêneo de mulheres, como se todas que sofrem situações de violência doméstica estivessem em igualdade de condição quando decidem denunciar (CRENSHAW, 1991, *passim*).

A precariedade da moradia é um dos principais problemas dentro da sociedade brasileira. O *déficit* habitacional é nacional e bateu recorde, chegando a crescer 7% na década de 2007 a 2017, atingindo a marca de 7,78 milhões de unidades habitacionais no final da década (ABRAINC, 2019). As causas para esse desequilíbrio são diversas, mas destacam-se, sobremaneira, a inadequação das moradias já existentes e o alto custo para a manutenção dos aluguéis e para a aquisição da tão sonhada casa própria.

Para mulheres, os desafios para a consecução da moradia tendem a ser ainda maiores, haja vista que, em relação aos rendimentos médios do trabalho, seguem recebendo apenas $\frac{3}{4}$ dos que os homens ganham. Também enfrentam o ônus de menores remunerações em face da redução da carga horária de trabalho dada a “dupla jornada” que precisam cumprir - que envolve os afazeres domésticos, cuidados com a família e as horas que sobram para serem dedicadas ao mercado de trabalho (IBGE, 2018).

No município de Ananindeua, essa realidade não é diferente. Mais de 36% da população vive abaixo da linha da pobreza e a necessidade de novos domicílios em função da inadequação da moradia que já existe

compreende mais de 35.860 unidades habitacionais entre domicílios improvisados, cedidos, alugados e coabitados.

Destaca-se que entre a população total, 75,2% são negros o que revela novamente a articulação entre pobreza, moradia e racismo no país (MDS, 2013). Historicamente o lugar do negro em nossa sociedade são as favelas, os porões, as invasões, as prisões e os hospícios, pressionado de um lado pela polícia e de outro pela pobreza (GONZALEZ, 1982).

No âmbito do saneamento básico, a cidade estampou o último lugar no *ranking* de saneamento 2016, dadas as taxas mínimas de população que é atendida com os serviços de coleta e tratamento de esgoto. No tocante ao atendimento da água⁴, no referido ano o ranking apontou que o município de Ananindeua possuía o mínimo de atendimento urbano de água, correspondente a 26,95% (OLIVEIRA, et al., 2016).

O crescimento desordenado ao longo dos 75 anos desde sua criação proporcionou o surgimento de muitas áreas pobres e com precárias estruturas de saneamento básico e urbanização, como o aglomerado subnormal⁵ do bairro do Paar, que se encontra entre os mais populosos do país, com uma população de 29.709 habitantes.

Para grande parte da população, que estuda e trabalha na capital do estado (Belém), Ananindeua acaba sendo utilizada como uma cidade-dormitório. Continua atrelada à concepção de uma cidade com desenvolvimento econômico e social discreto, contando com precárias condições de assentamentos e intensa dependência do aglomerado urbano vizinho (OJIMA; PEREIRA; SILVA, 2008).

O Plano Diretor de Ananindeua, implementado pela Lei municipal n. 2.237/2006, contém um capítulo sobre a política habitacional da cidade. Dispõe sobre o objetivo de reduzir o *déficit* de moradias e melhorar as condições de vida e habitabilidade, oferecendo alternativas habitacionais que visem a garantia do atendimento das funções sociais da cidade (transporte, moradia, lazer e trabalho) e da propriedade urbana (art. 31).

O artigo 32 do Plano Diretor estabelece algumas diretrizes para a consecução dos objetivos elencados no artigo 31. Dentre as medidas propostas urge destacar a implantação de programas de redução de custo

⁴ Para medir o atendimento de água nos municípios utiliza-se a porcentagem expressa pelo Índice de atendimento Urbano de Água, que aponta qual a porcentagem da população urbana que é atendida com o abastecimento de água.

⁵ Um aglomerado subnormal é, para o IBGE, um conjunto de no mínimo 51 unidades habitacionais, que podem ser barracos, casas ou outras moradias consideradas carentes. Esses conjuntos são fruto de ocupação ilegal de terra. Podem ser favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidades ou vilas. (D'AGOSTINO, 2011).

de materiais de construção (inciso III), a promoção da regularização fundiária com urbanização das áreas ocupadas e dos loteamentos (inciso VI), e a implementação de uma estratégia comum de atendimento a demanda habitacional local e regional, viabilizando formas consorciadas de investimento no setor, em conjunto com os demais municípios da região metropolitana de Belém e órgãos estaduais e federais (art. 32, VII).

Segundo o Secretário da Secretaria Municipal de Habitação do município, em entrevista realizada no dia 11 de novembro de 2019, devido ao baixo orçamento municipal, Ananindeua ainda não possui políticas habitacionais próprias. Dessa forma, a atuação da secretaria ocorre em parceria com o governo federal, na forma do Programa Minha Casa Minha Vida e em parceria com o governo do estado por meio do programa Cheque Moradia. Ainda assim, não seriam suficientes para sanar os problemas oriundos da falta de moradia.

O secretário aduziu que, por serem programas de outras entidades da federação, a gestão municipal pouco tem autonomia para gerir a distribuição das unidades habitacionais para a população, principalmente após o ano de 2017. Informou que, até o ano de 2016, o levantamento sobre a demanda de quem precisava de moradia era realizado pela própria secretaria, que, por meio de visitas sociais, engendrava esforços na identificação das pessoas de baixa renda e que estavam em situação de vulnerabilidade social, às quais seria destinado o atendimento preferencial.

Ocorre que, em face do alarmante *déficit* habitacional, mesmo os novos empreendimentos do governo entregues eram insuficientes, pois contavam, em média, com 500 unidades para um espaço amostral de mais de 30 mil famílias sem moradia. E dessa forma, segundo o secretário, a distribuição não era suficiente para contemplar a todos os que demandavam da prioridade de forma justa.

Por esta razão, após 2017, em cumprimento à Portaria n. 163/2016, expedida pelo Ministério das Cidades, foi instituído o Sistema Nacional de Cadastro Habitacional. Através dessa Portaria, toda pessoa que almejasse participar de algum programa habitacional deveria fazer o seu cadastro e seria incluída em sorteios que selecionariam os indivíduos a serem beneficiados no programa Minha Casa Minha Vida.

Com essa alteração, o próprio sistema passou a criar os grupos de hierarquização dos candidatos a beneficiários no sorteio e o município perdeu toda a autonomia que detinha na distribuição das casas. O Secretário ressaltou que a Secretaria Municipal de Habitação não pode mais ordenar

e determinar quais pessoas serão prestigiadas com as moradias e que a partir de então, todos são automaticamente direcionados aos sorteios, sem que haja nenhum tipo de estratégia preferencial às pessoas em situação de vulnerabilidade social por parte do município.

No âmbito da parceria firmada com governo estadual, o Cheque Moradia é gerido pela Companhia de Habitação do Estado do Pará. Trata-se de um programa de transferência de renda que visa possibilitar às famílias que tem renda de até três salários-mínimos, construir, reformar ou ampliar suas casas.

O programa, dentre outros critérios, prioriza famílias em situação de vulnerabilidade social - situação em que se comprova, mediante laudo médico, a ocorrência de violência contra menores e/ou contra mulheres ou presença de portador de patologia degenerativa (art. 3º, II, d) e famílias que tenham uma mulher como responsável pela unidade familiar (art. 3º, II, a). A distribuição das cotas do Cheque Moradia é feita pela própria Companhia, de acordo com a demanda dos municípios, porém, segundo o secretário, há aproximadamente 3 anos que cotas não são enviadas ao município de Ananindeua.

Para as mulheres em situação de violência doméstica, a insegurança da posse da habitação pode ser fatal. Mas ainda assim, muitas delas permanecem nos lares onde são constantemente agredidas pois não tem outras opções de moradia. Deparamo-nos, portanto, com uma realidade na qual muitas mulheres nem sequer tem condições de ingressar em programas populares de habitação, por não terem renda própria ou por dependerem totalmente econômica e financeiramente do ofensor.

Por isso, destaca-se a importância de dispositivos e políticas públicas que atuam no sentido de manter a mulher como detentora da posse do imóvel no qual ela reside com o ofensor, priorizando o registro do imóvel em nome da mulher, nos termos da Lei n. 11.124/2005. Vale ressaltar ainda a importância de ações que promovam o seu acesso à programas de moradias populares, projetos governamentais de regularização fundiária, concessões de aluguéis sociais e demais mecanismos propostos pelo Estado de acesso à habitação de interesse social.

Dessa forma, ter garantido o direito e o acesso à moradia adequada possibilita que muitas mulheres tenham condições de colocar um fim em relacionamentos abusivos, intervindo diretamente no ciclo da violência e interrompendo a continuidade da tragédia. A segurança da posse da moradia dá à mulher a segurança também no agir. Ela tem mais facilidade para se

eximir da submissão a um relacionamento abusivo, podendo inclusive, na ocorrência da violência, mandar o agressor sair de casa, sem medo de uma possível partilha do imóvel ou de uma expulsão sua e de seus filhos.

A garantia desse direito também incide na liberdade que a mulher encontra para decidir sair da casa onde sofre a violência. Tendo acesso às políticas públicas habitacionais que as privilegiem, podem fazê-lo sem a preocupação de não ter um lugar para ir quando saírem da casa em que moram com o ofensor.

Nessa perspectiva, faz-se necessário retornar ao problema original que motivou a produção do presente trabalho, acerca da importância das políticas habitacionais para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher no município de Ananindeua. Com base nesse questionamento, foram levantadas hipóteses de como as políticas habitacionais desenvolvidas no município estariam beneficiando e salvaguardando os direitos de mulheres em situação de violência.

As principais políticas habitacionais desenvolvidas no município (Programa Minha Casa, Minha Vida e Programa Cheque Moradia) têm realizado uma atuação bastante genérica no que concerne ao atendimento das mulheres que se encontram em situação de violência. Em função da Portaria n. 163 do extinto Ministério das Cidades, deixaram de existir as diferenciações e especificações outrora realizadas pela secretaria, com base nas visitas sociais. Agora, todos realizam o cadastro e participam da seleção mediante o sorteio na presença dos interessados.

Assim, ainda que o Programa do governo federal Minha Casa, Minha Vida tenha uma previsão sobre a preferência de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar, esse benefício não prestigia, de forma especializada, a mulher que está sofrendo a violência doméstica e precisa sair da sua residência.

Nesse sentido, não se verifica no âmbito do programa Minha Casa, Minha Vida as “discriminações positivas”, chamadas também de ações afirmativas para as mulheres que estão tentando romper com a violência doméstica em curso. Tais medidas afirmativas são importantes pois visam a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com o intuito de promover sua ascensão em sociedade até a sua equiparação com os demais, pois partem da ideia de que nem todos estão saindo de uma condição padrão inicial de igualdade (PIOVESAN, 2012, p. 266).

Observa-se a mesma fragilidade no âmbito do programa Cheque Moradia. Por mais que sejam mulheres a maioria dos beneficiários que procuram o programa e acompanham todo o processo até a concessão do cheque, ele oferece prioridades específicas para mulheres em situação de violência. O foco do programa estadual ainda incide sobre famílias em situação de risco estrutural, famílias com idosos e/ou portadores de deficiência.

Trazendo à baila as palavras do Secretário de Secretaria Municipal de Habitação de Ananindeua, como os programas são de “fora”, a secretaria municipal de habitação só começa a atuar depois que o sorteio do Sistema Nacional de Cadastro Habitacional já foi realizado e só assume, posteriormente, a demanda sorteada. O entrevistado observou que o novo procedimento não permite estratégias para priorizar os grupos mais vulneráveis e que a secretaria já cogita a formatação de um decreto que permita a inclusão dessas variáveis na lógica do sorteio.

Com base no exposto, fica claro que as políticas habitacionais em Ananindeua não têm intervindo de maneira contundente no âmbito do enfrentamento à violência pois não estão aptas para atender com o grau de especificidade necessária às mulheres em situação de violência. Em face de um discurso em prol de uma suposta igualdade e transparência, que se materializa na forma do sorteio, as políticas habitacionais têm deixado de lado as desigualdades que são as responsáveis pela dificuldade de acesso da mulher em situação de violência à uma moradia adequada, onde esteja à salva dos perigos e agruras da violência doméstica.

Nesse norte, Piovesan (2012, p. 284) ressalta que “[...] as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social”. Assim, quando quem está pleiteando o acesso à moradia é uma mulher que, para salvar a sua vida, está deixando o seu lar em busca de um outro, ela deve ser atendida com tratamento especial coerente com a sua situação adversa, visando acelerar o processo de obtenção da verdadeira igualdade. Sob a qual todos são iguais e detentores do direito fundamental à uma moradia adequada e a uma vida sem violência. Essa seria a forma mais contundente de enfrentamento da pobreza, do racismo e do sexismo em nossa sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia é fundamental para a dignificação do ser humano. A moradia é o local para onde espera-se voltar a cada fim de

dia, é onde o indivíduo sente-se seguro e acolhido para ser quem é e para desenvolver as suas potencialidades como ser humano. Não obstante, grande parte da população brasileira ainda não exerce esse direito, seja por não ter acesso a uma habitação adequada, seja porque, rotineiramente, a sua dignidade e a integridade física e psicológica são violadas no ambiente doméstico.

Com efeito, a discussão sobre como o direito à moradia é exercido no Brasil é de extrema importância, pois envolve elementos que influenciam a interação do indivíduo com a sociedade e o Estado. Compreende desde a adequação cultural, que deve estar presente na construção da casa, até a preocupação com a acessibilidade do direito, de forma que o orçamento familiar não seja comprometido com o custo da moradia, a ponto de afetar a subsistência dos moradores.

Verificou-se que o previsto no ordenamento jurídico pátrio e internacional sobre a garantia do direito à moradia ainda se distancia muito da realidade vivenciada por muitos brasileiros, principalmente pelas mulheres. A casa é constitucionalmente tratada como o asilo inviolável, com vistas a proteger a residência de entradas que não tenham o consentimento dos titulares, entretanto, para muitas mulheres, o alvo da falta do seu consentimento já está dentro da casa e se materializa na forma de violência doméstica.

A análise contextual da trajetória de conquista de direitos revelou que, durante muito tempo, tanto em âmbito nacional quanto internacional, muitas mulheres foram privadas dos seus direitos pelo simples fato de serem mulheres. Com base nos dados atuais da violência doméstica, na Lei n. 11.340/2006 e na literatura especializada sobre o assunto, identificou-se que os maiores desafios enfrentados por mulheres quando decidem romper com a violência estão relacionados à complexidade do fenômeno, o qual é agravado por diversas limitações ao exercício do direito à moradia, o que pode influenciar na continuidade da violência.

O município de Ananindeua (PA) foi selecionado como locus de estudo por apresentar um quadro preocupante de *déficit* habitacional, evidências de ineficiência das políticas públicas habitacionais e elevados índices de violência doméstica. O caso de Ananindeua revelou que as políticas habitacionais desenvolvidas no município não têm atuado como uma forma de enfrentamento à violência contra a mulher, dada a ausência de infraestrutura local. Além disso, a atuação com a União e o Estado tem se mostrado insuficiente para beneficiar a população.

A partir do caso estudado, pode-se concluir que as políticas de moradia são essenciais para conferir autonomia e segurança à mulher em situação de violência. Quando bem empregadas, possibilitam que a titulação do imóvel seja feita em nome da mulher ou que ela tenha acesso preferencial nos cadastros de programas populares de habitação. Ademais, garantem as condições para que a mulher, principalmente negra, pobre e periférica, não precise se submeter a relações abusivas, de modo que possa, na ocorrência de violência doméstica, requerer medidas protetivas e que não prejudiquem o seu direito à moradia.

Por fim, no tocante à eficiência, a pesquisa revelou que, como o município não possui políticas habitacionais próprias, não consegue gerir a forma como os beneficiários são escolhidos nos programas do governo federal e estadual, as quais, não tem utilizado mecanismos que priorizem mulheres em situações de vulnerabilidade. Dessa forma, o município não tem tido êxito na efetivação da garantia do direito à moradia adequada para mulheres que sofrem violações perpetradas por seus agressores, entre outros motivos, pela falta de políticas habitacionais com esse viés de combate à violência.

Tendo em vista as limitações da metodologia adotada no presente artigo, abre-se como agenda de pesquisa a possibilidade de que futuros estudos, interdisciplinares ou no campo do Direito, avaliem empiricamente outros fatores, além da questão da moradia, que podem estar contribuindo para o agravamento do problema da violência doméstica contra a mulher e, assim, prejudicando a plenitude do exercício de direitos humanos.

6 NOTAS

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, D. F.; GOMES, V. L. O.; BARLEM, E. L. D. Perfil das ocorrências policiais de violência contra a mulher. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 26, n. 6, p. 547-553, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ape/v26n6/07.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

AMANAJÁS, R.; KLUG, L. B. **Direito à cidade, cidades para todos e estrutura sociocultural urbana**. 2018. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8622/1/Direito%20%C3%A0%20cidade.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

ANANINDEUA (PA). **Lei municipal n. 2.237, de 6 de outubro de 2006**. Poder Legislativo, Ananindeua, PA, 6 out. 2006. Disponível em: http://www.ananindeua.pa.gov.br/public/arquivos/legislacao/LEI_No_2237.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

ARAÚJO, Y. F. M. Violência doméstica + Idosa = Lei Maria da Penha, será? *In*: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro**. Brasília: CNMP, 2018, p. 220-235. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias - ABRAINC. **Déficit habitacional é recorde no País**. 2019. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/noticias/2019/01/07/deficit-habitacional-e-recorde-no-pais/>. Acesso em: 5 nov. 2020.

A TARDE. **A cor da violência: mulheres negras sofreram 73% dos casos de violência sexual no Brasil em 2017, diz estudo**. 2020. Disponível em: <https://atarde.uol.com.br/bahia/noticias/2121678-a-corda-violencia-mulheres-negras-sofreram-73-dos-casos-de-violencia-sexual-no-brasil-em-2017-diz-estudo>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BELLO, E.; BELEZA, L. As mulheres no espaço urbano brasileiro: o direito à cidade como alternativa a um cenário de violações de direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 741-764, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/43724>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BERNER, V. O. B.; MELINO, H. Perspectivas feministas e movimentos sociais: uma abordagem fundamental para o planejamento urbano. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1868-1892, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/24960>. Acesso em: 12 dez. 2020.

AUGUSTO, A. O. et al. Mapeamento dos casos de violência contra a mulher na região metropolitana de Belém narrados pela mídia impressa do estado do Pará. **Revista Paraense de Medicina**, Belém, v. 29, n. 2, abr./jun. 2015. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:z_tBUXiZJ7YJ:files.bvs.br/upload/S/0101-5907/2015/v29n2/a4988.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 5 ago. de 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.

BRASIL. **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 7.393, de 15 de dezembro de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7393.htm. Acesso em: 10 de set. de 2020.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Portaria n. 163, de 6 de maio de 2016**. Institui o Sistema Nacional de Cadastro Habitacional e aprova o Manual de Instruções para Seleção de Beneficiários do Programa Nacional de Habitação Urbana, no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida. Disponível em: <http://www.agehab.ms.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/PORTARIA-n%C2%B0-163-de-2016-MINHA-CASA-MINHA-VIDA.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Portaria n. 720, de 12 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Cadastro Habitacional, de que trata a Portaria n. 163, de 6 de maio de 2016. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/54974329/do1-2018-12-13-portaria-n-720-de-12-de-dezembro-de-2018-54974040. Acesso em: 3 dez. 2020.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000225430/PDF/225430por.pdf.multi>. Acesso em: 3 nov. 2020.

BUONICORE, A. **As mulheres e os direitos políticos no Brasil**. 2009. Disponível em: http://www.nupemarx.ufpr.br/Trabalhos/Externos/BUONICORE_Augusto_-_As_mulheres_e_os_direitos_politicos_no_Brasil.pdf. Acesso em: 12 out. de 2020.

CAVALCANTI, S. V. S. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil**: análise da Lei “Maria da Penha”. São Paulo: JusPodivm, 2012.

Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/06/2df3ba3e13e95bf17e33a9c10e60a5a1.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

COSTA, J. S. et al. **A face feminina da pobreza: sobre-representação e feminização da pobreza no Brasil**. Texto para discussão n. 1137. Brasília: IPEA, 2005. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1137.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

CRENSHAW, K. W. **Mapeando as margens**: interseccionalidade, políticas de identidade e violência contra mulheres não-brancas. Tradução de Carol Correia. 1991. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/mapeando-as-margens-interseccionalidade-politicas-de-identidade-e-violencia-contra-mulheres-nao-brancas-de-kimberle-crenshaw%E2%80%8A-%E2%80%8Aparte-1-4/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

D'AGOSTINO, R. Doze das 50 favelas mais populosas do país estão no Pará, diz IBGE. **G1 Portal de Notícias**. São Paulo, 21 dez. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/12/doze-das-50-favelas-mais-populosas-do-pais-estao-no-para-diz-ibge.html>. Acesso em: 27 out. 2020.

DATASENADO, **Violência doméstica e familiar contra a mulher. Secretaria de Transparência**. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/senado/procuradoria/publicacao/pesquisa-violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres>. Acesso em: 5 ago. 2020.

DESLANDES, S. F.; GOMES, R.; DA SILVA, C. M. F. P. Caracterização de casos de violência doméstica contra a mulher atendidos em dois hospitais públicos no Rio de Janeiro. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 129-137, 2000. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2000000100013&script=sci_arttext&tlng=es. Acesso em: 10 out. de 2020.

DIAS, D. M. S. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista eletrônica do CEFAP**, Porto Alegre, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, v. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art1.pdf. Acesso em: 8 set. de 2020.

DIP, A.; FONSECA, B. As cidades que matam mulheres no Brasil. **Pública Agência de Jornalismo Investigativo**, 2 out. 2017. Disponível em: <https://apublica.org/2017/10/as-cidades-que-mais-matam-mulheres-no-brasil/>. Acesso em: 3 nov. 2020.

DORNELLES, D.; CASSEL JÚNIOR, F. Direito fundamental à moradia: apontamentos sobre a sua eficácia e aplicabilidade. *In: XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 2015, Santa Cruz do Sul, RS. Anais do XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13215/2326>. Acesso em: 23 ago. 2020.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit Habitacional no Brasil**. Governo de Minas Gerais, 2018. Disponível em: <http://fjpdados.fjp.mg.gov.br/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

G1. Mulheres negras são as principais vítimas de homicídios; já as brancas compõem quase metade dos casos de lesão corporal e estupro. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/mulheres-negras-sao-as-principais-vitimas-de-homicidios-ja-as-brancas-compoem-quase-metade-dos-casos-de-lesao-corporal-e-estupro.ghtml>. Acesso em: 17 set. 2020.

GONZALEZ, L. O movimento negro na última década. In: **Lugar de negro**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.

GRIEBLER, C. N.; BORGES, J. L. Violência contra a mulher: perfil dos envolvidos em Boletins de Ocorrência da Lei Maria da Penha. **Psico**, Porto Alegre, v. 44, n. 2, 215-225, abr./jun. 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5631467>. Acesso em: 3 nov. 2020.

HELENE, D. Gênero e direito à cidade a partir da luta dos movimentos de moradia. **Cadernos Metrópole**, São Paulo, v. 21, n. 46, p. 951-974, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cm/v21n46/2236-9996-cm-21-46-0951.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Estudos e Pesquisas; Informação Demográfica e Socioeconômica**, n. 38, 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 5 nov. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Retrato das Desigualdades Gênero e Raça**. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Relatório Brasileiro para a Habitat III**. Brasília: IPEA, 2016. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/National-Report-LAC-Brazil-Portuguese.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Atlas da Violência Retrato dos Municípios brasileiros**. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190802_atlas_da_violencia_2019_municipios.pdf. Acesso em: 22 dez. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA.
Caracterização e Tipologia de Assentos Precários: Estudos de caso brasileiros. Editores Maria da Piedade Moraes, Cleandro Krause, Vicente Correia Lima Neto. Brasília: Ipea, 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência 2019.** Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Atlas da Violência 2018.** Rio de Janeiro: IPEA, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.

JONG, L. C.; SADALA, M. L. A.; TANAKA, A. C. D. Desistindo da denúncia ao agressor: relato de mulheres vítimas de violência. **Revista Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 42, n. 4, p. 744-751, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v42n4/v42n4a17.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020.

MAIA, T. P. **Violência doméstica no município de Ananindeua – Pará.** Belém, 2019. Dissertação (Pós-graduação em Segurança Pública) - Universidade Federal do Pará, Belém, 2019. Disponível em: http://www.ppgsp.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/teses_e_dissertacoes/dissertacoes/2017/201711%20-%20MAIA.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

MAIA, T. P.; RAMOS, E. M. L. S.; NINA, K. C. F. E agora? Os percalços entre a apuração e julgamento dos delitos praticados em contexto de violência doméstica no município de Ananindeua-Pará. *In:* MAIA, Thiciane Pantoja. **Violência doméstica no município de Ananindeua - Pará.** Belém, 2019. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2019.

MARICATO, E. Reforma Urbana: Limites e possibilidades, uma trajetória incompleta. *In:* RIBEIRO, Luiz C. de Q.; SANTOS JR., Orlando A. **Globalização, Fragmentação e Reforma Urbana: o futuro das cidades brasileiras na crise.** 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997. p. 309-325.

MARICATO, E. Metrópole, legislação e desigualdade. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 17, n. 48, p. 151-166, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n48/v17n48a13.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

MARQUES, S. P.; PACHECO, F. C. P. Refletindo sobre a violência doméstica contra a mulher. **Investigação**, Franca, SP, v. 9. n. 1, 2009. Disponível em: <http://publicacoes.unifran.br/index.php/investigacao/article/view/38>. Acesso em: 22 dez. 2020.

MEDEIROS, M.; COSTA, J. “Is There a Feminization of Poverty in Latin America?”. **World Development**, n. 36, p. 115-127, 2008. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0305750X07001921>. Acesso em: 22 jan. 2021.

MENEZES, C. **Delegacia de Atendimento à Mulher de Ananindeua completa um ano de atuação**. Fundação Pará paz, Belém 2019. Disponível em: <http://www.propaz.pa.gov.br/pt-br/noticia/delegacia-de-atendimento-%C3%A0-mulher-de-ananindeua-completa-um-ano-de-atua%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 4 nov. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ - MPPA. **Relatório de atuação 4ª Promotoria Criminal de Violência Doméstica e Familiar de Ananindeua**. Promotoria de justiça criminal de Ananindeua. Ananindeua, 2019. Mimeo.

MOTTA, L. D. A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. *In*: **Mapa dos conflitos Ambientais de Minas Gerais**. Minas Gerais, 2011. Disponível em: https://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/TAMC-MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ - MPPA. **Sistema de informações de indicadores sociais do estado do Pará**: abrangência Ananindeua. 2010. Disponível em: [https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsites/upload/53/anandeu\(4\).pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsites/upload/53/anandeu(4).pdf). Acesso em: 5 nov. 2020.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL - MDS. **Vulnerabilidade Social e Juventude Negra**. Boletim. Dados Municipais de Ananindeua. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Brasília, 2013.

NICACIO, A. Muito mais que um teto. Desafios do Desenvolvimento. In: **Revista de Informações e Debates do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, ed. 79. ano 10, 2014. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3027:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 23 ago. 2019.

OBSERVATÓRIO DO 3º SETOR. **28,9 milhões de famílias no Brasil são chefiadas por mulheres**. 2019. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/carrossel/289-milhoes-de-familias-no-brasil-sao-chefiadas-por-mulheres/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

OJIMA, R.; PEREIRA, R. H. M.; SILVA, R. B. Cidades-dormitório e a mobilidade pendular: espaços da desigualdade na redistribuição dos riscos socioambientais? XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais, Caxambú, set./out., 2008. **Anais do XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais**. ABEP, Caxambú, set./out., 2008. Disponível em: http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/1832_2007. Acesso em: 6 nov. 2020.

OLIVEIRA, et al. **Ranking do Saneamento Instituto Trata Brasil 2016**. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/2016/relatorio-completo.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Como fazer valer o direito das mulheres à moradia?** Coordenadora Raquel Rolnik. 2020. Disponível em: https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2011/12/guia-mulheres-pt_ok.pdf. Acesso em: 13 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração e programa de ação de Viena**. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos Viena, 14-25 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas. 1976. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos**. Istanbul Declaration on Human Settlements. 1996. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>. Acesso em: 10 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral. 1948. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:A6--PqJvtNcJ:https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> . Acesso em: 22 dez. 2020.

PASSINATO, W. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista de Direito GV**. Rio de Janeiro, p. 407-428, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0407.pdf> . Acesso em: 22 dez. 2020.

Provedoria dos Direitos Humanos - PDHJ. **Compilação de instrumentos internacionais de direitos humanos**. 1. ed. UNDP: 2000. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2021.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROBOTTOM, C. P. M. **Tempos que duram, lutas que não acabam: o cotidiano de Leonor e sua ética de combate**. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://larvasincendiadas.files.wordpress.com/2019/09/tempos_que_duram_lutas_que_nao_acabam_o1.pdf. Acesso em: 22 jan. 2021.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. W. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 20, dez./jan./fev. 2009/2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=413>. Acesso em: 16 dez. 2020.

SCHRAIBER, L. B. et al. Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 36, p. 470-477, 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102002000400013&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 16 dez. 2020.

Sistema de Indicadores de Percepção Social - SIPS. **Tolerância social à violência contra as mulheres**. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf. Acesso em: 16 dez. 2020.

SOUZA, A. I. R.; CARVALHO, M. L. B. Acesso à justiça enquanto direito fundamental aos hipossuficientes. XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2015, Santa Cruz do Sul, RS. **Anais do XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13148/2337>. Acesso em: 15 dez. 2020.

SOUZA, L. T. **Da expectativa à realidade**: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha. 2016. Tese (Doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no século XXI) – Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30197/1/Da%20expectativa%20%c3%a0%20realidade.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

TAVARES, M. S. Roda de conversas entre mulheres: denúncias sobre a Lei Maria da Penha e descrença na justiça. **Revista de estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, mai./ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v23n2/0104-026X-ref-23-02-00547.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

TOLOSA, Tatiane da Silva Rodrigues. **Violência de Gênero: Caracterização do Femicídio no Município de Belém.** Tese (Pós-graduação em Segurança Pública) – Programa de Pós-graduação em Segurança Pública. Universidade Federal do Pará. 2017. Disponível em: http://www.ppgsp.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/teses_e_dissertacoes/dissertacoes/2015/201507%20-%20TOLOSA.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. **Projeto Patrulha Maria da Penha.** Belém, 2015. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=37769>. Acesso em: 5 dez. 2020.

VIEIRA, L. J. E. S. et al. Fatores de risco para violência contra a mulher no contexto doméstico e coletivo. **Revista Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 113-125. 2008. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0104-12902008000300012&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 5 dez. 2020.

VIOTTI, M. L. R. **Declaração e plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher.** Brasília, 2006. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. Acesso em: 3 dez. 2020.

DEFENDENDO DIREITOS: A ANÁLISE DO PL. N° 757/2015 E SUA CONSTITUCIONALIDADE FRENTE À CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

DEFENDING RIGHTS: THE ANALYSIS OF THE BILL N° 757/2015 E ITS CONSTITUTIONALITY IN FACE OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Paula Santiago Soares*

Kelly Cristina Canela**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A força normativa constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: suas garantias e princípios. 3 Críticas e questões que ensejaram a criação do Projeto de Lei n.º 757/2015. 3.1 As alterações realizadas pela Lei Brasileira de Inclusão. 3.2 A antinomia entre a Lei Brasileira de Inclusão e o Código de Processo Civil de 2015. 4 A análise do PL n.º 757/2015 frente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: Com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador criou a Lei Brasileira de Inclusão, a qual trouxe uma revolução na teoria das incapacidades e no instituto assistencial da curatela, levando a diversas críticas e questionamentos, principalmente após a entrada em vigência do Código de Processo Civil, que demonstrou a existência de antinomia jurídica das disposições normativas quanto ao instituto da curatela, em relação aos limites da curatela, o protagonismo do curatelando e a obrigatoriedade da presença de equipe multidisciplinar, entre outras. Deste modo, como resposta a essas críticas e para dar fim à insegurança jurídica advinda da antinomia, apresentou-se o Projeto de Lei n.º 757/2015, que busca alterar o Código Civil e o Código de Processo Civil. Todavia, quando do seu texto inicial, questionamentos sobre a sua constitucionalidade frente à CDPD foram realizados, de modo que o presente artigo objetiva a análise desta conforme o texto atual do projeto de lei. Utilizou-se do método dedutivo-bibliográfico e documental, em razão da pesquisa se dar no âmbito teórico.

* Mestranda bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca.

** Docente assistente doutora vinculada ao Departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca.

Artigo recebido em 20/02/2021 e aceito em 08/05/2021.

Como citar: SOARES, Paula Santiago; CANELA, Kelly Cristina. Defendendo direitos: a análise do Pl. n.º 757/2016 e sua constitucionalidade frente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 403-429, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Palavras-chave: Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Lei Brasileira de Inclusão. Antinomia. Teoria das incapacidades. Curatela. Projeto de Lei n.º 757/2015.

ABSTRACT: *With the advent of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (ICRPD) in the Brazilian legal system, the legislator created the Brazilian Law of Inclusion, that brought a Revolution in the theory of incapacities and in the assistential institution of curatorship, which received several critics and questions, principally after the Civil Procedure Code, that demonstrated the existence of a legal antinomy about the curatorship institute, in relation to the boundaries of the guardianship, the protagonismo of the ward and the mandatory presence of a multidisciplinary team, between others. Thus, as a response to those criticismo and to end the legal insecurity that came with the antinomy, it was presented the Bill n.º. 757/2015, that seeks to change the Civil Code and the Civil Procedure Code. However, during its initial text, questions about its constitutionality in face of the ICRPD were made, so it is essential that the presente paper analysis it in face of the current text of the Bill. The deductive-bibliographic and documentary method was used as the research took place in a theoretical level.*

Keywords: *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Brazilian Law of Inclusion. Antinomy. Theory of incapacities. Curatorship. Bill n.º. 757/2015.*

INTRODUÇÃO

A luta pelos direitos das pessoas com deficiência ocorre há anos, mas foi com a criação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que se atingiu o ápice. Este tratado de direitos humanos traz diversas garantias de direitos fundamentais às pessoas com deficiência, entre eles o de capacidade jurídica e salvaguardas necessárias para o seu exercício.

A CDPD foi aprovada por quórum qualificado e adentrou o ordenamento jurídico brasileiro com força normativa de emenda constitucional, conforme o §3º do art. 5º da CF/88. Deste modo, para se adequar o direito brasileiro a essas novas normas constitucionais, foi criada a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) (Lei n.º 13.146/2015), a qual, com o objetivo de respeitar a determinação da CDPD, revolucionou a teoria das incapacidades, deixando de considerar as pessoas com deficiência intelectual ou mental como incapazes, além de alterar o instituto da curatela, de modo que este seja imposto apenas para os atos de caráter patrimonial e negocial, de forma excepcional e proporcional.

Todavia, tais alterações levaram a diversas críticas quanto à desproteção das pessoas com deficiência intelectual, principalmente daquelas em que há pouca possibilidade de expressão da vontade. Ademais, o Código de Processo Civil de 2015, quando da sua entrada em vigor, trouxe diversas normas divergentes à LBI relativas ao instituto da curatela, surgindo, assim, uma antinomia no ordenamento jurídico, quanto aos limites da curatela, a obrigatoriedade (ou não) da presença de

equipe multidisciplinar, o protagonismo do curatelando, a possibilidade de autocuratela e a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação. Portanto, por tais motivos foi apresentado o Projeto de Lei do Senado n.º 757/2015, buscando alterar as disposições da LBI, do Código Civil e do CPC.

Após a apresentação de tal PL diversas análises ocorreram sobre ele, considerando-o inconstitucional, contrário às normas da CDPD. Entretanto seu texto sofreu duas alterações. Neste sentido, o presente artigo objetiva fazer análise quanto à constitucionalidade do projeto de lei, em razão da importância que apresenta para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência e as graves consequências que a sua publicação pode causar se tal inconstitucionalidade ainda permanecer.

De tal modo, a realização de tal análise ocorrerá por meio do método dedutivo-bibliográfico e documental, em razão da pesquisa ser realizada no campo teórico, utilizando-se de bibliografias de direito constitucional e civil, além dos textos do Projeto de Lei em estudo e das leis a que ele se refere. Quanto ao método de abordagem dedutivo, este será usado na observação e recolhimento das diversas opiniões e informações quanto ao tema discursado, de modo a se atingir conclusão quanto à (in) constitucionalidade do Projeto de Lei em estudo.

1 A FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Os tratados internacionais de direitos humanos surgiram a partir de um recente campo do Direito, chamado de “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, o qual nasceu em consequência do pós-guerra e teve como representativo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual introduziu uma concepção contemporânea de direitos humanos (PIOVESAN, 2009).

No ordenamento jurídico brasileiro o marco principal de respeito aos direitos humanos foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, a ser sempre levado em conta para a interpretação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. Ademais, de modo a reforçar o compromisso do Brasil com os direitos humanos e a aceitação do Direito Internacional, a CF/88 determina em seu art. 5º, §2º que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A partir de tal disposição, a doutrina, de forma majoritária, passou a defender a teoria da constitucionalidade das normas presentes nos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, “quaisquer tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil têm índole de normas constitucionais” (MELO, 2014, p. 4), esse entendimento se baseia no princípio da prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana, que rege o ordenamento brasileiro.

Ademais, de modo a reforçar a importância de tais tratados e seu status constitucional, a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 adicionou o §3º ao art. 5º da CF/88, determinando que os tratados de direitos humanos aprovados “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Deste modo, a EC traz que nos casos de aprovação por quórum qualificado, os tratados de direitos humanos constitucionais, tanto material como formalmente.

Assim, ao mesmo tempo em que a emenda constitucional reforçou a importância dos tratados de direitos humanos e sua presença no bloco de constitucionalidade³, ela trouxe mais divergências quanto à teoria da força normativa daqueles tratados que não foram aprovados conforme o §3º, do art. 5º, da CF/88. Neste ponto, tem-se que o entendimento jurisprudencial, pelo Supremo Tribunal Federal, é contrário ao entendimento majoritário da doutrina.

Por meio do julgamento do RE 466.343, no ano de 2008, o STF definiu que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo quórum qualificado previsto na EC n.º 45 possuem força normativa supralegal, ou seja, permanecem em nível hierárquico inferior à Constituição, mas superior às leis infraconstitucionais. Entre as razões apresentadas na defesa desse entendimento, tem-se que a Constituição possui supremacia material e formal, inclusive sobre os diplomas internacionais; que a consideração de *status* constitucional leva ao risco de uma ampliação inadequada do que se considera “direitos humanos”; e que o §3º, do art. 5º, deixa claro que apenas alguns tratados de direitos humanos, aqueles aprovados por quórum qualificado, devem possuir força normativa constitucional (MAUÉS, 2013, p. 218-219).

³ Chama-se bloco de constitucionalidade o conjunto de normas previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum especial.

Apesar deste entendimento solidificado na jurisprudência até os dias atuais, a maioria da doutrina ainda defende que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem natureza constitucional, com base no §2º, do art. 5º, da CF/88, e que o §3º, veio apenas como complemento e para garantir que alguns tratados sejam considerados material e formalmente constitucionais, enquanto os demais são apenas materialmente, pois não integram o Texto Constitucional, mas passam a compor o chamado “bloco de constitucionalidade” (FONSECA, 2012, p. 249).

Quanto à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), também conhecida como Convenção de Nova Iorque, apesar da EC n.º 45 datar de 2004, foi apenas em 2008 que a CDPD, juntamente com seu Protocolo Facultativo, foi aprovada e em 2009 internalizada, sendo o primeiro tratado de direitos humanos a constar com o *status* normativo constitucional, em razão da sua aprovação conforme os trâmites previstos no §3º, do art. 5º, da CF/88.

Portanto, não há dúvidas quanto à força normativa constitucional da CDPD, que se iguala a uma Emenda Constitucional e deste modo deve ser respeitada, “é inegável que quaisquer dispositivos previstos em nossos ordenamento, sejam anteriores ou posteriores, devem a ela adequar-se” (PEREIRA JÚNIOR; BARBOSA, 2017, p. 116). Os tratados, de modo geral, se beneficiam do princípio do *pacta sunt servanda*, conforme o artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, e os de direitos humanos, em específico, “criam obrigações recíprocas entre os Estados, estabelecem deveres do Poder Público em relação aos seus jurisdicionados” (MAUÉS, 2013, p. 226).

Os tratados de direitos de direitos humanos objetivam, de forma primeira, a proteção da pessoa humana, para além das políticas e desejos do Estado, a Constituição Federal já garante esse respeito supremo ao ter em seu eixo de sustentação o princípio da dignidade da pessoa humana (GUSSOLI, 2019, p. 724), o qual deve reger todos os atos do Poder Público.

De tal maneira, a CDPD é material e formalmente constitucional, fazendo parte não apenas do “bloco de constitucionalidade”, mas do Texto Constitucional por ser considerada como emenda constitucional pelo §3º, do art. 5º, da CF/88, portanto, pode-se realizar tanto o controle de constitucionalidade, como o controle concentrado de convencionalidade, com base nela para as leis infraconstitucionais.

O controle de constitucionalidade é uma garantia da supremacia dos direitos fundamentais e um modo de limitar o poder Estado, em que se verifica a compatibilidade das leis com a Constituição, tanto em relação aos seus requisitos formais, como materiais, e pode ocorrer de forma concentrada, por meio de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIn) perante o STF, ou por controle difuso, o qual “é caracterizado pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal” (MELO, 2014, p. 6).

Enquanto o controle de concentrado de convencionalidade, defendido por Mazzuoli (2009, p. 133), ocorre quando se quer verificar se a lei é compatível com tratado internacional incorporado no ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda constitucional, pelo art. 5º, §3º, da CF/88⁴. De tal modo, defende que se pode utilizar da ADIn para realizar tal controle.

2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: SUAS GARANTIAS E PRINCÍPIOS

Para verificarmos se uma possível lei será materialmente inconstitucional em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é essencial o conhecimento das suas disposições, dos motivos da sua criação e dos seus objetivos, com um olhar em especial, conforme o que se objetiva com o presente artigo, para as determinações que tratam sobre a capacidade das pessoas com deficiência.

A Convenção e seu Protocolo Facultativo nasceram em razão de cinco anos de trabalho de um Comitê *ad hoc* criado pela ONU em 2001 e resultaram no “mais importante instrumento protetivo às pessoas com deficiência no âmbito multilateral” (GALERANI, 2019, p. 29), o qual já conta com 147 Estados signatários.

Este Comitê foi formado não só por juristas e especialistas, mas, também, pela sociedade civil, principalmente aqueles com deficiência, garantindo o cumprimento do slogan “nada sobre nós sem nós”, mundialmente adotado desde os anos 1980, o qual é o motivo de

⁴ Para Valerio Mazzuoli, todos os tratados internacionais que tratem de direitos humanos e que foram ratificados pelo Brasil possuem nível de normas constitucional, de forma somente material ou de forma material e formal. Deste modo, Mazzuoli defende que estes tratados internacionais são paradigma de controle de normas infraconstitucionais, o chamado controle de convencionalidade das leis.

a CDPD requerer que os Estados signatários consultem seus cidadãos com deficiência sobre o melhor modo de adequar a lei à sua realidade. O objetivo da Convenção é:

garantir que as pessoas com deficiência estejam habilitadas a exercer todo o conjunto de direitos humanos, passando à visão de que é necessário ‘corrigir’ as atitudes da sociedade, ao invés do entendimento que se tinha antes, de que era necessário ‘consertar’ as pessoas com deficiência (SOARES, 2019, p. 343).

Assim, como é possível observar na primeira parte do Artigo 1 da Convenção⁵, o propósito é demonstrar que o que exclui as pessoas com deficiência da sociedade não é sua incapacidade ou limitações, por isso a conceituação de pessoa com deficiência passou a ser “aquelas que têm impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais em interação com diversas barreiras, podem obstruir a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.” (artigo 1, segunda parte).

Com esse novo conceito, a CDPD apresenta um novo modelo de deficiência, o social, o qual considera que a deficiência existe em razão das barreiras que são impostas pela sociedade – não apenas pelas questões de saúde inerentes à pessoa – sejam essas barreiras físicas ou comportamentais, com estas últimas sendo as mais difíceis de superar, “porquanto leva a pessoa com deficiência sentir-se desenquadrada, inibida e limitada” (SILVA; DOMINGOS, 2018, p. 131) e existem há muitos anos, marcadas pelo preconceito e o estigma que ainda não foram superados.

Os modelos anteriormente existentes eram, primeiramente, o caritativo, o qual via as pessoas com deficiência como vítimas, a serem vistas com pena e necessitadas de caridade, pois considerava a deficiência como algo que invalidava as pessoas (SILVA; DOMINGOS, 2018, p. 130). Depois surgiu o modelo médico, o qual considerava a deficiência como uma doença, algo a ser curado, assim tinha a abordagem de reabilitar a pessoa, em busca da sua “normalização”, um preconceito velado, realmente.

E agora já se fala em um novo modelo, para além do social, o modelo baseado em direitos, um complemento daquele e que “permite às pessoas com deficiência o direito a oportunidades iguais e à participação na sociedade, dando um forte contributo para a inclusão e

⁵ “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

a participação ativa e autônoma das pessoas com deficiência” (SILVA; DOMINGOS, 2018, p. 131).

Assim, apesar da CDPD trazer o modelo social de deficiência, podemos considera-la como um início do modelo baseado em direitos, pois garante diversos direitos humanos às pessoas com deficiência, ela não cria novos direitos, apenas reforça a necessidade de respeito a direitos já existentes, como acessibilidade, saúde, educação, participação política, capacidade legal, integridade fisiopsíquica, nacionalidade, inclusão na comunidade, liberdade de expressão e opinião, privacidade, proteção da família, entre outros.

Entretanto para que tais sejam efetivados, faz-se essencial que o Estado garanta acesso a tratamento, tecnologias assistivas, serviços de reabilitação, tudo voltado para o pleno empoderamento e inclusão, por meio de políticas públicas que respeitem a dignidade da pessoa humana (SOARES, 2019, p. 21). Este pensamento parece coerente com a busca da efetivação da Convenção e das legislações de proteção à pessoa com deficiência.

Ademais, a CDPD destaca a extrema importância das pessoas com deficiência, principalmente daquelas com deficiência intelectual, possuírem sua capacidade legal, realizarem suas próprias escolhas e terem suas opiniões aceitas e decisões respeitadas. Deste modo, o Brasil como país signatário, comprometeu-se a “assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência” (Artigo 4, item 1, CDPD), significando a adoção e cumprimento de diversas medidas, assim, como, o reconhecimento dessas perante a lei e de sua “capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (Artigo 12, itens 1 e 2, CDPD).

Assim, por determinação da Convenção, todos devem ser considerados capazes, suas decisões precisam ser ouvidas e respeitadas, “Afim, a autonomia, substrato material da capacidade de agir, constitui uma necessidade humana da qual decorrem vários direitos” (MENEZES, 2015, p. 6). Em relação ao artigo 12, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o qual é o órgão responsável pelo monitoramento, fiscalização e implementação da Convenção no âmbito internacional, publicou Observação Geral n.º 1 afirmando que há necessidade de reconhecer a capacidade jurídica de todas as pessoas com deficiência.

Legal capacity includes the capacity to be both a holder of rights and an actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles a person to full protection of his or her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes that person as agent with the power to engage in transaction and create, modify or end legal relationship⁶ (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014, p. 3)

Ademais, a Convenção não busca simplesmente considerar as pessoas com deficiência intelectual como plenamente capazes e lhes deixar desprotegidas, objetiva-se o fim dos modelos de substituição de vontade, como o caso da incapacidade absoluta e da interdição total, no ordenamento jurídico brasileiro, em que o interdito não poderia opinar ou exercer seus direitos existenciais.

A CDPD, então, apresenta o modelo de apoio da vontade, que deve levar em consideração as particularidades e diversidades da cada caso, para que não seja injusto e arbitrário em relação às pessoas que não de ser auxiliadas, por isso traz, no Artigo 12, item 4, que os Estados devem garantir salvaguardas quanto ao exercício da capacidade e as medidas relativas a estas devem respeitar os direitos, a vontade e as preferências da pessoa com deficiência.

Portanto, para que a pessoa com deficiência possa usufruir de modo pleno de sua capacidade, Almeida (2016, p. 180) argumenta que é possível extrair cinco princípios a partir da previsão do artigo 12, item 4, o primeiro deles é o *princípio do protagonismo do interditando*, significando que este deve fazer parte e ter voz em seu próprio processo de curatela, sendo exatamente o contrário do que vinha ocorrendo, com o curatelado se limitando a responder perguntas padronizadas do magistrado, que não levavam em consideração a sua real vontade e situação.

O segundo princípio é o *do melhor interesse do interditando*, ou seja, na ação de curatela deve-se proteger os interesses do curatelado e não de terceiros. O terceiro princípio é o *da proporcionalidade*, o qual importa em que as restrições impostas pela curatela sejam só as extremamente necessárias. Por fim, os dois últimos princípios são o *da temporalidade* e o *do acompanhamento periódico*, os quais estão conectados e significam

⁶ Tradução livre: “Capacidade legal inclui a capacidade de ser tanto um detentor de direitos como de atuar conforme a lei. Capacidade de ser um detentor de direitos garante à pessoa proteção total de seus direitos pelo sistema legal. Capacidade de atuar conforme a lei reconhece a pessoa como um agente com poder de realizar transações e criar, modificar ou extinguir relações jurídicas”.

que de tempos em tempos deve haver reavaliações para verificar se os limites da curatela, determinados originalmente, necessitam ser revistos.

Há também outros oito princípios gerais que se apresentam explícitos na Convenção, presentes no artigo 3^o, os quais devem ser seguidos e defendem a ideia de as pessoas com deficiência terem uma plena capacidade de fato, principalmente aquele que determina “O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, incluindo a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”. Deste modo, na Convenção há o que pode ser chamado de “princípio do movimento da vida independente” (BOTELHO, 2011, p. 763).

Portanto, com base em tais conhecimentos e das disposições que se apresentam na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que se pode analisar se determinada lei infraconstitucional é materialmente inconstitucional em relação à CDPD.

3 CRÍTICAS E QUESTÕES QUE ENSEJARAM A CRIAÇÃO DO PROJETO DE LEI N.º 757/2015

A seguir, discutir-se-á as críticas que surgiram no ordenamento brasileiro quanto à teoria das incapacidades e o instituto assistencial da curatela, além de problemas legislativos quanto a este último, os quais foram os motivos que levaram à criação do PL n.º. 757/2015.

3.1 As alterações realizadas pela Lei Brasileira de Inclusão

Para iniciar a presente análise, deve-se, primeiramente, compreender as alterações que ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao sistema de direitos das pessoas com deficiência em decorrência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Assim, tem-se que em razão de tradição legal brasileira necessitar a criação de leis para que ocorra a aplicação de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, foi criada a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência,

⁷ “Artigo 3º. Princípios gerais. Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) A não-discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades; f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.”

Lei n.º 13.146/2015, de modo a assegurar às pessoas com deficiência o exercício de seus direitos e de suas liberdades fundamentais em condições de igualdade com as demais pessoas, visando sua inclusão social.

Portanto, a LBI foi criada para fazer cumprir os objetivos da CDPD, suas determinações se alinham as desta, como pode ser observada pela conceituação de pessoa com deficiência que traz em seu art. 2º, “aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições as demais pessoas”. De tal maneira, a LBI reafirma o princípio da dignidade humana, impondo a proteção e o respeito aos direitos das pessoas com deficiência como um dever do Estado, da sociedade e da família, de modo a garantir a sua emancipação e autodeterminação.

Tratando especificamente do objetivo do presente artigo, tem-se que é determinada, de modo geral, a capacidade de todas as pessoas com deficiência e a garantia de salvaguardas pelo Estado, quando necessárias. Por este motivo que coube à Lei Brasileira de Inclusão regular de forma completa esta nova garantia de capacidade às pessoas com deficiência e como se daria os institutos assistenciais a partir dos novos princípios trazidos pela CDPD.

Em seu art. 84, *caput*, a LBI determina que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igual condições com as demais pessoas”. Ademais, de modo a garantir que não haverá qualquer restrição ao direito existencial, principal preocupação quando se trata do instituto da capacidade, o art. 6º, do mesmo dispositivo, dispõe que a deficiência não afeta a capacidade civil para casar e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e ter acesso ao planejamento familiar e informações quanto a este; conservar a fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência comunitária; exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção.

Todavia, a LBI também precisou alterar algumas disposições do Código Civil (CC) para adequá-las a essa nova realidade quanto à teoria das incapacidades trazidas pela CDPD. Assim, em seu art. 114, traz todas as alterações a serem feitas no CC, a primeira, e principal, refere-se aos artigos 3º e 4º deste último dispositivo, que trazem aqueles que devem ser declarados como absoluta e relativamente incapazes, respectivamente.

De ambos os artigos foi retirada qualquer menção às pessoas com deficiência intelectual, mantendo como absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, e os relativamente incapazes agora são os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade; e os pródigos. Deste modo, o critério para aferição da incapacidade das pessoas com deficiência passa a ser a impossibilidade de expressarem sua vontade, não mais a mera presença de deficiência intelectual ou mental.

Apesar de tais alterações estarem de acordo com a CDPD, há juristas que as criticam, pois elas impactam diversos campos do direito, assim, há aqueles que afirmam que tais disposições deixam as pessoas com deficiência intelectual desprotegidas, argumentando que a LBI “reveste-se de um tom solidarista que em nada garante efetivos direitos às pessoas com deficiência” (BORGARELLI, 2018).

Outros, todavia, defendem as alterações realizadas pela LBI, pois representam um grande avanço, quando anteriormente a declaração de incapacidade absoluta era a regra geral e as pessoas com deficiência intelectual tinham o exercício de seus direitos existenciais completamente restringidos, suas opiniões e vontades não eram ouvidas, em resumo, sua dignidade não era respeitada.

Deste modo, esta lei traz ao ordenamento brasileiro o modelo de apoio na tomada de decisão, em contrapartida ao modelo substituição da vontade antes existente (MENEZES; TEIXEIRA, 2016, p. 568), mostrando que as pessoas, pelo antigo modelo, tinham a sua autodeterminação, nos âmbitos patrimonial e existencial, prejudicada, “perdiam a condição de sujeito para configurarem meros objetos de proteção” (MENEZES; TEIXEIRA, 2016, p. 584).

Portanto, houve uma revolução na teoria das incapacidades, que objetivou a plena inclusão da pessoa com deficiência e o respeito à sua dignidade humana, deste modo tem-se que o sistema atualmente passa a ser regido pela dignidade-liberdade, substituindo a dignidade-vulnerabilidade (TARTUCE, 2016, p. 84), de modo que tais pessoas não são mais vistas como vulneráveis.

Assim, entre outras alterações que a Lei Brasileira de Inclusão realizou no Código Civil, tem-se a revogação do inciso I, do art. 1.548, o qual trazia que era considerado nulo o matrimônio do “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”, o que é em

total respeito à garantia do exercício dos direitos existenciais determinada pelo art. 6º da LBI. No mesmo sentido, adicionou-se ao art. 1.550 (o qual trata das situações de anulabilidade do casamento) o §2º, o qual dispõe que “A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente por meio de seu responsável ou curador”.

Com as alterações em relação à teoria das incapacidades, não pôde faltar aquelas quanto aos institutos assistenciais. Anteriormente à LBI, tinha-se que a interdição podia se dar de modo total ou parcial (neste último caso chamada de curatela), a depender da declaração de incapacidade, se absoluta ou relativa, respectivamente. Tal procedimento tornou-se há tempos algo insensível, mecânico e genérico, não era realizada “a análise pormenorizada das vicissitudes circundantes à história de vida e às preferências de cada pessoa. Observa-se apenas deficiência enquanto uma patologia e não o sujeito de carne” (MENEZES; TEIXEIRA, 2016, p. 585).

A LBI, então, com a perspectiva de apoio, reformou tal instituto, renomeando-o como “curatela” ou “processo que define os termos da curatela”. Esta passou a ter caráter protetivo extraordinário, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, durando o menor tempo possível, deste modo, passou a ocorrer somente para os atos de natureza patrimonial e negocial, não atingindo direitos existenciais, conforme os arts. 84 e 85 da LBI.

Ademais, a LBI foi clara em trazer que a determinação da curatela não afeta de qualquer modo a capacidade da pessoa com deficiência, é apenas um apoio a ela. Assim, tem-se o completo oposto de como o instituto assistencial se dava anteriormente, de modo contrário ao princípio da dignidade humana, pois retirava a capacidade civil da pessoa e até mesmo a expropriava de sua cidadania (DIAS, 2017, p. 708).

Quanto às mudanças realizadas pela Lei Brasileira de Inclusão em relação ao instituto da curatela/interdição no Código Civil, tem-se que, entre estas, adicionou, no art. 1.768, a possibilidade de a própria pessoa requerer sua curatela, o que se passou a chamar de autocuratela; ampliou os casos em que o Ministério Público (MP) possui legitimidade para propor a ação de curatela; tornou obrigatória a análise de equipe multidisciplinar e sua consideração pelo magistrado ao determinar os termos da curatela e trouxe maior protagonismo para o curatelado.

Por fim, a Lei Brasileira de Inclusão criou um novo instituto assistencial, a Tomada de Decisão Apoiada (TDA), a qual se encontra

positivada no art. 1.783-A do Código Civil e é um modelo jurídico protetivo para as pessoas com qualquer forma de deficiência, seguindo a tendência da CDPD de se criar um completo sistema de apoio, em que se busca retirar do ordenamento o antigo modelo de substituição de vontade (MENEZES, 2016, p. 35).

A TDA não é um instituto obrigatório, mas, sim, uma faculdade da pessoa, e tem como foco as questões existenciais em que a pessoa com deficiência demonstre algum tipo de limitação na execução, como nos negócios, na expressão de suas ideias e vontades, e até mesmo em relação à sua mobilidade e dificuldade de se locomover entre locais, principalmente em razão das barreiras urbanísticas e arquitetônicas ainda existentes em grande escala e que impedem a plena acessibilidade. O objetivo, assim, não é restringir, mesmo que parcial, a prática de qualquer ato pela pessoa, mas garantir que ela tenha o auxílio para realizar qualquer ação que deseja, mas que pelas diversas barreiras impostas pela sociedade não consegue realizar sozinha.

Passando-se a tratar do procedimento, previsto no art. 1.783-A e seus parágrafos do Código Civil, tem-se que a pessoa com deficiência é a única legitimada a realizar o requerimento por meio de petição escrita, apresentando este em juízo por meio de advogado ou defensor público, e no qual deve constar a nomeação, de maneira expressa, de dois apoiadores, os quais devem ser pessoas idôneas e de confiança daquele que está buscando o apoio, além de trazer os limites que deseja que a tomada de decisão apoiada tenha, com os atos tendo que estar delimitados neste pedido inicial.

A existência do instituto da tomada de decisão apoiada privilegia o espaço de escolha da pessoa com deficiência “que pode construir em torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles tem, para lhe auxiliar nos atos da vida” (REQUIÃO, 2016, p. 46), não há o cerceamento da autonomia, mas, sim, sua promoção. Este instituto diferenciando-se da curatela por ser mais flexível, em que tudo pode ser definido pela própria pessoa com deficiência, ser uma rede de apoio mais ampla e ter como alvo pessoas que apresentam condições de expressar sua vontade e aptidão para tomar suas decisões em todos os âmbitos.

3.2 A antinomia entre a Lei Brasileira de Inclusão e o Código de Processo Civil de 2015

Entretanto, algumas das alterações e determinações da Lei Brasileira de Inclusão passaram a ter sua validade questionada com o

advento do Código de Processo Civil de 2015, que mesmo sendo publicado antes da LBI acabou por entrar em vigor após esta. Ocorre que o legislador buscou juntar todas as disposições referentes ao instituto da curatela no dispositivo processual, contudo acabou por trazer determinações contrárias àquelas da LBI e até mesmo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência, assim, por falta de atenção legislativa, surgiu uma antinomia, um conflito entre normas, que necessita de solução para que as relações que envolvam a incapacidade e a curatela não sejam rodeadas de insegurança jurídica.

Entre os elementos que se encontram em conflito, tem-se que o primeiro é o uso do termo “interdição”, pois a LBI o excluiu de seu texto e buscou fazer o mesmo no Código Civil, em razão dele ser tido como contrário aos preceitos dignificantes presentes no Estatuto, pois estigmatiza e prolonga a ideia de incapacidade, carregando um “espectro de repressão” (ALMEIDA, 2016, p. 176), em realidade só se utiliza deste termo em dois dispositivos do CC, provavelmente, em razão de falta de atenção pelo legislador.

Deste modo, substituiu tal termo pela expressão “o processo que define os termos da curatela”, rompendo com a premissa de vulnerabilidade incapacitante que sempre esteve vinculada à pessoa com deficiência. Todavia o CPC traz em seu texto de modo constante o termo “interdição”, o que confunde e dificulta as nomenclaturas utilizadas pelos doutrinadores quando forem tratar deste tipo de ação, além de que, conforme traz Rosendal (2018, p. 120), a modificação de *interdição* para *curatela* não é somente em razão de ser o politicamente correto, ela demonstra alteração de uma legislação punitiva e excludente do indivíduo incapaz para uma ordem comprometida com a inserção social da pessoa com deficiência.

Outro ponto, sendo um dos mais importantes, é o fato de a Lei Brasileira de Inclusão, em seu art. 85, delimitar que a curatela só irá ocorrer em relação aos atos de caráter patrimonial e negocial, não atingindo os direitos individuais e de caráter existencial, como visto. Enquanto o CPC não apresenta tal restrição, aparentando que ela não existe, aliás, ao trazer a possibilidade de a curatela ser apenas parcial, leva ao entendimento que essa possa ser total.

A restrição da curatela, de modo que não atinja os direitos existenciais, decorre dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação e da isonomia, além dos princípios da

inclusão social e da cidadania, presentes tanto no Estatuto como na CDPD (SILVESTRE; GUSELLA; NEVES, 2017, p. 38).

O terceiro elemento em desarmonia é a possibilidade da autocuratela, qual foi criada pela LBI, ao adicionar o inciso IV ao art. 1.768 do Código Civil, mas que não encontra instituto compatível no CPC, que também traz uma lista de legitimados a propor a ação de interdição, em seu art. 747. A autocuratela é um modo da pessoa garantir sua proteção no caso de, por algum motivo se tornar incapaz, deste modo ela tem uma participação mais ativa na determinação de seu curador, garantindo que suas escolhas sejam respeitadas.

O Código de Processo Civil diz que o juiz na avaliação pode escolher utilizar de equipe multidisciplinar, ou seja, é uma faculdade, com base na conveniência e oportunidade constatadas pelo juízo, enquanto a LBI, ao alterar o art. 1.711 do Código Civil, determina a obrigatoriedade da presença de equipe multidisciplinar na avaliação. Tem-se que a participação de tal equipe é de extrema importância, principalmente no auxílio que fornecerá ao juiz para que este determine os limites da curatela, pois não é apenas a deficiência que interfere nas potencialidades e habilidades da pessoa, mas também o seu sistema de apoio e suas condições socioeconômicas.

Tal questão possui importância principalmente pelo fato de a CDPD ter abandonado o modelo médico pelo modelo social, como já analisado em tópico anterior, assim, pela deficiência deixar de ser analisada apenas pelo ponto de vista médico, é necessária uma análise biopsicossocial que considere todas as questões que cercam a pessoa e suas potencialidades.

Outro ponto em desarmonia envolve as situações em que o Ministério Público apresenta legitimidade para propor a ação requerendo a curatela, pois de acordo com o CPC este órgão só está legitimado a promover a ação de interdição nos casos de doença grave se os outros legitimados não a promoverem ou forem incapazes, ou seja, somente de modo subsidiário e extraordinário, enquanto que de acordo com as alterações realizadas pela LBI no Código Civil, o *parquet* é legitimado a promover o processo que define os termos da curatela nos casos de doença mental grave; de deficiência mental ou intelectual; se as outras pessoas legitimadas não existirem ou não promoverem; ou se estas forem incapazes.

Assim, a LBI confere “legitimidade irrestrita para a deflagração da ação de interdição sempre que o membro do Ministério Público se deparar com hipótese de tutela de direitos de pessoa com deficiência mental ou intelectual” (ALMEIDA, 2016, p. 186), não apenas no caso de

doença grave ou inanição ou impossibilidade dos demais legitimidades. A determinação da LBI ao mesmo tempo que confere maiores poderes ao MP também lhe dá maior possibilidade de atuar na proteção dos direitos da pessoa com deficiência intelectual.

Por fim, o último elemento sobre o qual se apresenta divergência é o protagonismo do curatelando, em que a LBI, na maioria de suas determinações e alterações realizadas, preza por uma maior presença da própria pessoa em seu processo de curatela, com a sua opinião e vontades sendo ouvidas e, sempre que possível, acolhidas.

O princípio do protagonismo da pessoa com deficiência já havia sido trazido pelo Enunciado n. 138 da III Jornada de Direito Civil, “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”, entretanto não se faz presente no Código de Processo Civil atual, o que pode prejudicar o princípio da vida independente, também, trazido pelo Estatuto, que em todos os momentos busca prezar pela a possibilidade de autodeterminação pela pessoa com deficiência.

Assim, tem-se diversas questões que são levantadas quando verificada a presença da antinomia e dúvidas quanto à segurança jurídica das pessoas a serem submetidas à curatela. Por estes motivos que é essencial uma solução concreta para essa antinomia, ou seja, que haja alterações em ambas as leis, não apenas para resolver as divergências, mas, também, para garantir o respeito à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Para finalizar a discussão do presente tópico, antes de passar a tratar do Projeto de Lei, realiza-se curto comentário sobre a tomada de decisão apoiada, que não é um ponto de divergência, mas em razão das críticas feitas quanto à falta da sua presença no Código de Processo Civil, pois é considerada uma ação de jurisdição voluntária, assim, seria algo a ser repensado quando de uma alteração legislativa.

4 A ANÁLISE DO PL N.º 757/2015 FRENTE À CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Diversas críticas envolvem as alterações da Lei Brasileira de Inclusão realizadas no regime da capacidade de exercício e no instituto da curatela, uma das principais se refere à garantia de plena capacidade,

ou apenas incapacidade relativa, às pessoas com deficiência intelectual, principalmente aquelas com alto grau e que em razão disso não conseguem exprimir sua vontade, pois, conforme Borgarelli e Kumpel (2015), o sistema de incapacidades foi criado pelo Direito com o objetivo de proteger as pessoas que “não conseguem agir na sociedade com discernimento e de forma totalmente livre”, assim, para eles, a LBI acabou por retirar essa proteção.

Não se retira o fundamento dessas críticas, até porque se mostra irreal garantir uma curatela parcial, de assistência, para aqueles que não conseguem exprimir sua vontade, isso beira à desproteção, além de não ser realmente prático. Portanto, defende-se que não se pode continuar como anteriormente, em que era regra geral a pessoa com deficiência intelectual ser considerada incapaz, mas as alterações devem ocorrer de modo que haja uma gradação de proteção e que tal seja respeitada, para que as pessoas com deficiência intelectual sejam protegidas, mas não restringidas.

Ademais, a realização de alterações legislativas também é necessária, como já observado, para se resolver a antinomia que acabou por surgir entre a Lei Brasileira de Inclusão e o Código de Processo Civil de 2015, pois esta gera grande insegurança jurídica, afinal está se falando de institutos jurídicos referentes ao estado da pessoa. Com base nesses motivos e discussões é que foi criado o Projeto de Lei do Senado n.º 757/2015, quando a LBI não tinha ainda entrado em vigor, pois se percebeu alguns problemas que esta trazia.

O PL ainda se encontra passando pelos trâmites de aprovação e já passou por duas alterações de texto desde a apresentação do seu texto original em 2015. A primeira alteração ocorreu em junho de 2016 após o texto inicial passar pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. A segunda e última alteração – por enquanto – foi realizada em junho de 2018 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

A justificativa trazida para o PL, o qual foi apresentado pelos Senadores Paulo Paim (PT-RS) e Antonio Carlos Valadares (PSB-SE), é a de que com ele se pretende ratificar gravíssima falha que “causará enormes prejuízos às pessoas que, por qualquer causa, tenham discernimento reduzido ou não tenham plena capacidade de manifestar a própria vontade” (BRASIL, 2015, p. 5). Ainda, em seu art. 1º, conforme a última alteração realizada, traz que a finalidade da Lei é alinhar dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil com a Convenção Internacional

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no que diz respeito à plena capacidade civil e aos apoios e salvaguardas para o exercício desta.

O texto inicial trazia alterações não só aos dispositivos do CC e do CPC, mas, também, aos da Lei Brasileira de Inclusão, todavia, isto se alterou nas duas emendas seguintes, em que permaneceram as disposições da LBI, primeiramente por ela já ter sido publicada quando das emendas e por sua base ser diretamente a CDPD.

A justificativa trazida pelas alterações realizadas na primeira emenda são de ordem formal, pois o texto inicial buscava revogar artigos da LBI que revogavam ou alteravam certos artigos do CC, todavia isso seria “incorrer em falha de técnica legislativa que colide com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) no §3º do seu art. 2º.” (BRASIL, 2016, p. 7).

A segunda emenda, que é como o texto se encontra até o presente, principalmente pelo fato de que a última movimentação no trâmite do PL ocorreu em novembro de 2018, traz mais concordância com as alterações da LBI do que as versões anteriores, compreende que “as alterações promovidas pelo EPD [Estatuto da Pessoa com Deficiência] não decorreram de simples opção legislativa, mas da imprescindibilidade do estrito cumprimento do disposto na CIPD. Esta, por sua vez, além de determinar a observância, no plano interno, das suas normas, em face do seu caráter de norma constitucional, obriga o Brasil perante a comunidade internacional, uma vez que foi ratificada, sem ressalvas, pelo país.” (BRASIL, 2018, p. 8)

Por este motivo, o PL não altera os arts. 3º e 4º do Código Civil, aqueles a serem declarados como incapazes, absoluta ou relativamente, foram mantidos conforme as alterações realizadas pela LBI. Entre as alterações que realizou, tem-se a garantia de proteção para as pessoas curateladas e sob a tomada de decisão apoiada em relação à anulabilidade de negócios jurídicos e prazo de decadência estendido. Tais pontos eram grande objeto de dúvidas e críticas, pois não se sabia se por não serem mais consideradas incapazes as pessoas com deficiência intelectual continuariam ou não protegidas nesses aspectos, que antes eram lhes garantidos com a declaração de incapacidade.

Neste ponto o PL não confronta em nada a determinação da CDPD de capacidade jurídica da pessoa com deficiência, essas proteções garantidas se encontram entre as salvaguardas que devem ser garantidas pelo Estado, como traz a Convenção em seu artigo 12. Ademais, uma das grandes alterações propostas por este PL se refere à tomada de decisão apoiada.

Propõe que a tomada de decisão apoiada possa ser requerida apenas pelas pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, que conseguem exprimir a sua vontade por qualquer meio. Assim, o PL tenta trazer a gradação, que foi mencionada anteriormente, quanto aos apoios a serem garantidos às pessoas com deficiência para o exercício da sua incapacidade.

Para o PL, então, a curatela passa a ser um instituto para os casos mais graves de deficiência intelectual, quando a pessoa não puder exprimir sua vontade e é declarada como relativamente incapaz e o curador terá poder de representação para os atos a serem praticados por ele, que devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa, com a limitação da curatela sendo em relação aos atos de caráter patrimonial e negocial. Enquanto a TDA será por meio de pedido judicial da própria pessoa que deverá eleger pelo menos dois apoiadores, com os limites a serem acordados pela pessoa, mas quando não praticados com os apoiadores são anuláveis, pois será obrigatória a contra-assinatura pelos apoiadores.

O ponto que se questiona sobre a constitucionalidade do PL é a determinação de que o curador representará a pessoa curatelada, pois tal representação tendia a ocorrer, na maioria dos casos, quando da declaração de incapacidade absoluta e decretação de interdição total. Todavia não é o que isso significa no presente caso, o PL manteve as determinações da LBI que a curatela deve ser apenas para os atos de caráter patrimonial e negocial, por isso já se pode retirar deste fato que não há uma interdição total.

Ademais, o que se pretende com essa determinação é a garantia de proteção daqueles que não conseguem exprimir sua vontade, o critério de incapacidade não é mais a existência de deficiência, como ocorria anteriormente à LBI, o critério passou a ser a possibilidade de expressão da vontade, deste modo, a determinação de representação pelo curador não é uma restrição à pessoa com deficiência, pois atinge a todos com ou sem deficiência, desde que não consigam expressar sua vontade. Portanto, não é inconstitucional, pois a CDPD objetiva o fim das restrições à capacidade das pessoas simplesmente por elas possuírem uma deficiência, não importando o grau, e aqui se foca na expressão da vontade, a deficiência pode ser algo que leva a essa impossibilidade, assim, como, um estado de coma.

Quanto às alterações na tomada de decisão apoiada, novamente, entende-se a necessidade de realizar uma gradação quanto aos institutos assistenciais, pois enquanto a curatela leva à representação da pessoa em relação aos atos patrimoniais, é essencial que haja um instituto de

assistência, pois há aqueles com deficiência intelectual que conseguem expressar sua vontade, mas apresentam dificuldade em tomar decisões ou compreender a melhor entre as possíveis escolhas.

Tal alteração não representa inconstitucionalidade também, pois não é contrária às normas da CDPD, a tomada de decisão apoiada nestes moldes não leva a uma declaração de incapacidade e é de acordo com os princípios da Convenção, pois ocorre conforme as vontades da pessoa, que escolhe a TDA e os seus apoiadores, além de já determinar de antemão os atos que necessita de auxílio. Em verdade, essas alterações propostas pelo PL fazem com que ela se aproxime ainda mais do instituto da *amministrazione di sostegno*, que ocorre na Itália.

A *amministrazione di sostegno* ainda é considerada como uma instituição recente italiana, teve origem na Lei n. 6/2004, antes mesmo da ratificação pela Itália da CDPD e, ainda assim, mostra-se compatível a esta. Tal administração de apoio foi criada como uma solução menos restritiva de direitos em comparação com a *interdizione* (interdição) e *inabilitazione* (incapacitação), sendo, deste modo, um instituto que busca restringir o mínimo possível da capacidade de agir da pessoa que não tem, no todo ou em parte, autonomia no desempenho de suas ações (Artigo 1, Lei n. 6/2004). É um sistema de apoio que objetiva sempre o respeito aos desejos e projetos de vida da pessoa administrada (LAROBIANA, 2013, p. 110).

De forma geral e selecionando as mais importantes, essas são as alterações relativas aos questionamentos e críticas quanto à desproteção da pessoa em relação ao novo sistema de incapacidades no ordenamento brasileiro. Agora, passa-se a analisar as alterações relativas à resolução da antinomia. O PL busca adicionar ao CPC determinações quanto à tomada de decisão apoiada, atendendo às críticas quanto à falta deste instituto no dispositivo processual; ademais, adiciona entre o rol dos legitimados a propor a ação de curatela a própria pessoa, permitindo a autocuratela.

O PL também reforça a obrigatoriedade, trazida pela LBI, quanto a realização de avaliação biopsicossocial por equipe multidisciplinar no processo de curatela e de tomada de decisão apoiada, e quanto ao protagonismo da pessoa em situação de vulnerabilidade, propondo que o juiz deva realizar a entrevista pessoal daquela, não importa a situação, tendo que ouvi-lo no local onde estiver se não puder se deslocar e utilizar de recursos variados para permitir a comunicação.

Por fim, quanto à questão da legitimidade do MP para propor a ação de curatela, o PL acabou por limitá-la, pois traz que só promoverá o

pedido de curatela mediante representação de pessoa interessada, enquanto conforme as disposições atuais, o *parquet* não precisa de tal representação, mas os casos que ele é legitimado a propor permanecem os mesmos que trazidos pela LBI, mais amplos do que aqueles que se encontram atualmente no CPC. Quanto à questão do uso do termo “interdição”, o PL em suas disposições busca garantir apenas o uso de “curatela”, comprovando que segue as disposições da LBI e seu espírito e da CDPD.

De tal maneira, o Projeto de Lei n.º 757/2015, do modo que se encontra atualmente, não incorre, em momento algum, em disposição inconstitucional, ele busca manter as determinações e objetivos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão. Todavia, caso haja mais mudanças no texto, o PL deverá passar por nova análise e caso seja verificada disposição inconstitucional quando da sua publicação deverá passar pelo controle de constitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho foi possível observar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência se encontra no ordenamento jurídico brasileiro não apenas no bloco de constitucionalidade, mas como Texto Constitucional, em razão do §3º, do art. 5º, da CF/88, o qual foi adicionado pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004. Assim, pela CDPD ter sido aprovada após tal emenda com o quórum qualificado previsto, ela passa a ter força normativa de emenda constitucional.

Apesar das divergências de entendimentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais, principalmente os de direitos humanos, neste caso não se resta dúvidas, a CDPD possui hierarquia constitucional, deste modo, todas as leis infraconstitucionais devem estar em conformidade com as suas disposições. Para os objetivos do presente trabalho, analisou-se, em específico, as determinações referentes à garantia de capacidade jurídica das pessoas com deficiência, que se resume ao artigo 12 e seus itens.

A CDPD é clara em sua determinação de que as pessoas com deficiência possuem capacidade jurídica plena, inclusive a de exercício, e que cabe aos Estados signatários garantir o exercício desta em igualdade de condições com as demais pessoas, além de salvaguardas e apoios necessários para tanto, que sejam de acordo com as vontades e desejos da pessoa com deficiência.

Assim, seguindo a tradição jurídica brasileira, criou-se uma lei, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei n.º 13.146/2015), com o objetivo de adequar o ordenamento brasileiro às disposições da Convenção acima referida.

Detalmodo, a LBI realizou diversas alterações, a principal foi retirar as pessoas com deficiência intelectual ou mental dos *róis* de incapacidade, permanecendo apenas como relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, além de reformar o instituto da curatela, que passou a ser apenas para os atos de caráter patrimonial e negocial, de forma excepcional e proporcional, com a necessidade de presença multidisciplinar durante o processo.

Todavia a LBI e suas alterações foram muito criticadas, havendo juristas que defendem que, na verdade, estas levaram a uma desproteção da pessoa com deficiência em diversas áreas do direito civil, como a questão da nulidade dos atos, prazos de prescrição e decadência, entre outras. Ademais, problemas foram amplificados com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe determinações referentes à curatela contrárias às da LBI e das alterações que realizou no CC, causando a presença de uma antinomia, um conflito de normas.

Por tais motivos há a necessidade de alterações legislativas, tanto para repensar uma melhor forma de proteção às pessoas com deficiência intelectual, como para resolver a antinomia, que acaba por levar a uma grande insegurança jurídica. Neste contexto que foi proposto o Projeto de Lei n.º 757/2015, antes mesmo da LBI entrar em vigência, o seu texto inicial e até mesmo a sua primeira emenda trouxeram questionamentos sobre sua constitucionalidade, o que levou a ao presente trabalho realizar uma análise do seu texto atual, após uma segunda emenda.

A partir de tal estudo, com base nas disposições, princípios e objetivos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi possível concluir pela constitucionalidade do texto atual do Projeto de Lei, o que realmente não se observava no texto inicial, que propunha o retorno das pessoas com deficiência intelectual ao rol dos incapazes. O PL no presente momento traz as mudanças que necessitam ser realizadas, de modo a dar fim na antinomia jurídica e para acalantar certos pontos que a LBI deixou defasados, para que se garanta a segurança jurídica das pessoas com deficiência, sem que se restrinja seus direitos e fira a sua dignidade.

Ademais, foi possível verificar a importância de se atentar para possíveis alterações no texto, que o retornem para uma situação de

inconstitucionalidade, é necessário que até o fim do processo de análise do PL e de sua aprovação o texto permaneça este, sem qualquer contrariedade aos direitos das pessoas com deficiência. Por fim, devemos nos atentar ao fato de que é mais fácil e prático alterar o texto de uma lei antes da sua publicação do que após – o que deveria ter ocorrido com a LBI e o CPC -, deve-se garantir celeridade e segurança jurídica, ou seja, é necessária análise de inconstitucionalidades em projetos de lei, discuti-las e encontrar o melhor modo para resolvê-las.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. C. C. **A interdição a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 59, jan./mar. 2016, p. 175-189.

BORGARELL, B. A.; KÜMPEL, V. F. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes**. Migalhas, ago. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em: 2 out. 2019.

BOTELHO, M. C. A pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Zênite: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, Curitiba, v. 10, n. 116, mar. 2011, p. 758-768.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015**: Texto Inicial. Brasília, 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574431&ts=1593938041020&disposition=inline>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015**: Emenda 1. Brasília, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374521&disposition=inline#Emenda1>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015**: Emenda 2. Brasília, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 17 fev. 2021.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. **General comment n° 1**. Geneva: 2014, p. 3.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FONSECA, E. R. B. O valor normativo dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional 45/2004. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, a. 16, n. 23, 2012, p. 241-267. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/view/56>. Acesso em: 10 fev. 2021.

GALERANI, K. A. Art. 1º, parágrafo único. *In* MACHADO, Costa (cord.); ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; RIBEIRO, Luciana Esteves Zumstein (org.). **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentado artigo por artigo**. Barueri: Novo Século, 2019.

GONÇALVES, C. J. M. **O art. 1.072 do novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: revogação do inciso IV do art. 1.768 do Código Civil?** IBDFAM, 21 out. 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1165/O+art.+1.072+do+novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civil+e+o+Estatu+to+da+Pessoa+com+Defici%C3%Aancia%3A+reva%C3%A%A3o+do+inciso+IV+do+art.+1.768+do+C%C3%B3digo+Civil%3F+++>. Acesso em: 15 mai. 2018.

GUSSOLI, F. K. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rinc/v6n3/2359-5639-rinc-06-03-0703.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

LAROBINA, A. L'amministrazione di sostegno tra tutela e protezione: nuova forma di prevenzione della vittimizzazione? L'applicazione della L. 6/2004 attraverso una ricerca comparata. **Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza**, v. 2, n. 3, set./dez., 2013.

MAUÉS, A. M. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 18, p. 215-235, 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2021.

MAZZUOLI, V. O. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 113-139. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MELO, T. C. O controle de convencionalidade no direito brasileiro à luz dos tratados internacionais. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, v. 18, n. 28, 2014. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/view/87>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MENEZES, J. B. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Civilística**, ano 4, n. 1, 2015, p. 1-34. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 2 out. 2019.

MENEZES, J. B. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). **RBDCivil**, v. 9, jul./set. 2016, p. 31-57. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53>. Acesso em: 2 out. 2019.

MENEZES, J. B.; TEIXEIRA, A. C. B. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 21, n. 2, 2016, p. 568-599. DOI: <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2016.v21n2p568>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5619>. Acesso em: 2 out. 2019.

PEREIRA JÚNIOR, D. G.; BARBOSA, F. L. A. O. Os tratados internacionais sobre direitos humanos e seu papel complementar no ordenamento jurídico brasileiro: a ampliação do conceito de pessoa com deficiência adotada pela Convenção de Nova Iorque e sua prevalência sobre a lei brasileira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 19, n. 31, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/seer/index.php/cadernos-ele/article/view/9/5>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PIOVESAN, F. Tratados internacionais dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2021.

REQUIÃO, M. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 6, jan./mar. 2016, p. 37-54. Disponível em: <http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

ROSENVALD, N. A curatela como terceira margem do rio. **RBDCivil**, v. 16, 2018, p. 105-123. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/233>. Acesso em: 2 out. 2019.

SILVA, H. D. C. L.; DOMINGOS, B. Não sou deficiente: sou uma pessoa com deficiência. Uma antologia dos direitos. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 21, n. 8, p. 126-140, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5206/4239>. Acesso em: 5 fev. 2021.

SILVESTRE, G. F.; GUSELLA, G. A.; NEVES, G. V. M. O procedimento de interdição à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil de 2015. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2017, p. 35-50.

SOARES, P. S. Apresentação 2. In MACHADO, Costa (cord.); ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; RIBEIRO, Luciana Esteves Zumstein (org.). **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentado artigo por artigo**. Barueri: Novo Século, 2019.

SOARES, P. S. Capítulo II Do Reconhecimento igual perante a lei. In MACHADO, Costa (cord.); ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; RIBEIRO, Luciana Esteves Zumstein (org.). **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentado artigo por artigo**. Barueri: Novo Século, 2019.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

DESAFÍOS DE LA EDUCACIÓN Y LA INCLUSIÓN EN LA POS-PANDEMIA

CHALLENGES OF EDUCATION AND INCLUSION IN THE POST-PANDEMIC

Juan Bello Domínguez*

SUMÁRIO: 1 Introducción. 2 Reflexiones para el debate de la desigualdad en incertidumbre pandémica. 3 Globalización y políticas sociales para la inclusión. 4 La ciudadanía inclusiva de la pos-pandemia. 5 Los desafíos educativos ante la diversidad y la inclusión. 6 Conclusión.

RESUMEN: En tiempos de pos-pandemia, las sociedades se enfrentan a serios desafíos históricos para reconstruir la ruptura del tejido social, vulnerado por el distanciamiento, desconfianza, miedo y alejamiento interpersonal en el confinamiento extendido desde el llamado de la Organización Mundial de la Salud a principios del año 2020. La educación y la inclusión están inmersos en el reto sociocultural de los encuentros, vínculos y acompañamientos solidarios, entre las diferentes manifestaciones de violencia y temor expresados durante los tiempos de incertidumbre vividos en el confinamiento. La urgencia de comprender la diversidad y la inclusión educativa en pos-pandemia es propósito de este artículo y aumenta en proporción directa a la existencia de desacuerdos, tensiones y violencia sociocultural exacerbados en los últimos años, así como, al afianzamiento de las desigualdades e iniquidades que aparecen en nuestras sociedades. Trazar referentes históricos y conceptuales sobre educación, diversidad e inclusión para identificar los recursos y actitudes que permitan afrontar los significados más profundos y sus alcances para prevenir la violencia en el contexto de la pos-pandemia.

Palabras clave: educación. inclusión. pos-pandemia. desafíos.

ABSTRACT: *In post-pandemic times, societies face serious historical challenges to rebuild the rupture of the social fabric, damaged by distance, mistrust, fear and interpersonal estrangement in the confinement extended since the call of the World Health Organization at the beginning of 2020. Education and inclusion are immersed in the sociocultural challenge of encounters, links and supportive accompaniment, between the different manifestations of violence and fear expressed during times of uncertainty experienced in confinement. The urgency of understanding diversity and educational inclusion in the post-pandemic is the purpose of this article and it increases in direct proportion to the existence of disagreements, tensions and sociocultural violence exacerbated in recent years, as well as the entrenchment of inequalities and iniquities that appear in our societies. Trace historical and conceptual references on education, diversity and inclusion to identify the resources and attitudes that allow facing the deepest meanings and their scope to prevent violence in the post-pandemic context.*

Keywords: *education. inclusión. post-pandemic. challenges.*

* Doctor en Sociología por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor Investigador de la Universidad Pedagógica Nacional. Profesor de la Facultad de Estudios Superiores Aragón de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Nacional y Miembro del Sistema Nacional de Investigadores en México. www.jbello.org.

Artigo recebido em 15/02/2022 e aceito em 15/02/2022.

Como citar: DOMÍNGUEZ, Juan Bello. Desafíos de la educación y la inclusión en la pos-pandemia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 431-446, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUCCIÓN

La sociedad global impone nuevos y mayores desafíos a los sistemas educativos en el marco de la pos-pandemia. Estos retos tienen que ver con asuntos como la calidad en la educación, la exigencia de una mayor eficacia para el cumplimiento de su función social, las demandas de la inclusión de todos los individuos en sus espacios, independientemente de sus diferencias de capacidad, psicológicas, culturales, sociales, género, lingüísticas y/o étnicas al interior de los procesos escolares.

La exclusión educativa y los mejores propósitos de inclusión educativa entre los abismos generados durante la pandemia urgen a todos los integrantes de la comunidad a construir puentes de acompañamiento para reconstruir el tejido social. Los múltiples registros testimoniales de violencia, exclusión, marginación y discriminación sociocultural sitúan a los ciudadanos en zonas de vulnerabilidad y los hacen proclives a diferentes modalidades de violencia escolar y desigualdad social, además de atentar contra sus derechos humanos..

1 REFLEXIONES PARA EL DEBATE DE LA DESIGUALDAD EN INCERTIDUMBRE PANDÉMICA

La democracia en la sociedad contemporánea esta basada en la esperanza de un futuro mejor, y su desafío, constituirse entre la heterogeneidad, una conformación diversa y sus tensiones entre los que se dirimen sus relaciones sociales. La utopía de alcanzar espacios de convivencia, comunicación y desarrollo socioeconómico y cultural.

En el debate para el logro del proyecto social y cultural, se planteó indispensable un escenario plural de respeto a las diferencias y a la diversidad, pero, sobre todo, de participación con equidad que condujera a la discusión, al diálogo y a consensos que impactaran en la justicia social y derechos para todos. (Touraine, 1997)

El principio central sobre la modernización gestado por la cultura occidental fue el de concebirla como un producto interno que propiciaría la movilización y la organización social como sinónimo del desarrollo. La modernización caracterizada por su vocación universalista se manifestó por el cambio y desarrollo incesante e intentó modernizar a viejas o extrañas civilizaciones, aunque esto significara la disolución o destrucción de sus valores propios, generando tensión y conflicto en los

ámbitos socioculturales de la sociedad contemporánea concebido como un ascenso lineal y progresivo a nombre de los valores universales de la civilización occidental.

El desafío de la diversidad por construir resistencia decolonial frente a la vocación universalista y única de la modernización se reconoce históricamente, porque permite el ejercicio y lucha de los derechos humanos frente a una sociedad bien ordenada, la cuál, establece una oposición entre lo individual y lo colectivo. La diversidad tiene su base en lo colectivo, el reconocimiento de las tensiones para construir el carácter plural de la sociedad, en donde, no se puede construir como legítimo universal, cuando se excluye la particularidad.

Un Estado democrático tiene obligación política, moral e histórica, de atender también a los colectivos con características socioculturales y educativas sustentadas en la diferencia sobre dos dimensiones: una, la de lograr que los grupos mayoritarios y hegemónicos, comprendan, acepten, integren y asuman su responsabilidad de justicia y solidaridad para con ellos; otra, la de apoyar en la construcción de su identidad y/o condición, para constituirse de los mismos derechos y deberes de ciudadanía. Cuando los principios particulares se universalizan, tienden a su naturalización e influencia en el mundo del pensamiento y de las instituciones, sin embargo, hoy, las perspectivas universalistas manifiestan dificultad para construir la pluralidad de nuestras sociedades. Las tendencias generadas tras la pandemia demandan mayor atención al sector educativo y cultural, de lo contrario, se generarán condiciones para mayores contradicciones que derivan en tensiones sociales.

Las aceleradas e incesantes transformaciones de la realidad socio histórica y cultural en los últimos dos años demandan respuestas más rigurosas y originales. Los abruptos cambios fueron acompañados de un torrente de interrogantes, cuyas respuestas parecen imposibles, con el uso de los paradigmas teóricos tradicionales y sus correspondientes métodos de análisis.

La Pandemia impone nuevos y mayores desafíos al sistema social en general y a las instituciones educativas en particular. Estos retos tienen que ver con la calidad y las demandas de la inclusión de todos los individuos en sus espacios, independientemente de sus diferencias socioculturales.

Los sistemas institucionales inician procesos de reformas y transformaciones como consecuencia del agotamiento de un modelo pos-pandemia, que no es capaz de conciliar los procesos tensos,

con niveles de calidad e igualdad de la inclusión para incorporar definiciones claras de políticas, toma de decisiones y la satisfacción de las demandas socioculturales.

Los derechos humanos transitan mediante políticas que reconocen la reivindicación contra el racismo, la discriminación y la exclusión social para combatir la violencia. El desafío por generar espacios para el establecimiento de estrategias de atención para y en la diversidad hacia la construcción de escenarios solidarios incluyentes.

El proceso de la pos-pandemia exige en el ámbito de las políticas sociales, el reconocimiento y la atención de las desigualdades sociales. La orientación de las recomendaciones en el contexto de la exclusión y la marginación, emergen frente a un mundo que cambió para mantener el principio de incluir a los excluidos de siempre y a los nuevos grupos vulnerables.

La heterogeneidad estructural de la sociedad y su movimiento, están diferenciados a nivel general, la sociedad se encuentra en tensión y ajuste ante la posibilidad de cambio o conservación. En esta lógica, cada sociedad desarrolla al interior un sistema cultural, el cuál, se conforma por elementos que le permiten su organización con base en una normatividad y unos valores que los individuos adaptan a sus esquemas. Estos esquemas tienen que ver con la praxis del presente y las expectativas que se tienen acerca del futuro inmediato.

Los diferentes y las diferencias durante la pandemia fueron ignorados, silenciados, asimilados, renombrados, y asimilados en esta crisis sanitaria, exacerbándose sus condiciones de marginación y exclusión, profundizándose el contexto de las desigualdades. La pos-pandemia presenta desafíos en la relación entre desarrollo humano, educación y diversidad, para reeditar el debate de las nociones de ciudadanía, derechos humanos, acceso a la justicia y servicios básicos en contextos cultural y socialmente diversos, inclusivos y vulnerables.

La exclusión, para algunos organismos internacionales, es considerada como un nuevo fenómeno para el análisis de la dinámica social, derivado de la reorganización capitalista, del capitalismo desorganizado o de sistema de acumulación flexible que expulsa a amplios sectores de la población y propicia la marginación (De Souza, 2010), concebida como la exclusión de los individuos del circuito de la producción, la distribución y el consumo de bienes materiales y simbólicos. Así también, conlleva

una mayor explotación y limitaciones para el ejercicio de los derechos, la ciudadanía y la democracia.

El concepto de exclusión implica definir una frontera interior que determina el adentro y el afuera, identificar ¿quiénes son los excluidos?, y desde qué mirada. La conceptualización de la exclusión, homogeneiza dentro de cada grupo lo que no es homogéneo y supone una frontera que separa dos sectores de la sociedad por pertenecer o no (De Souza, 2012), desde adentro se delimita el espacio y defiende el acceso; afuera, la frontera es un concepto permeable que genera la expectativa no sólo de estar próximo, sino de llegar a estar adentro que no reconoce la emergencia de nuevas identidades y de otras formas de participación y representación social (De Souza, 2010), en contraparte, lo cultural conlleva a la construcción de una esfera diferenciada de la vida social, esto es, cada grupo social manifiesta su particularidad al interior de la sociedad y esta distinción, segmenta a la sociedad y excluye la diversidad sociocultural.

El fundamento de los principios de justicia se establece en una sociedad con instituciones y un marco normativo que garantiza la libertad y la igualdad social, mediante la aproximación a principios de justicia social que significa tener libertades básicas e igualdad de condiciones y oportunidades en el marco del concepto de la justicia distributiva. Esta consideración reduce al plano coyuntural y de la inmediatez el acceso a las condiciones materiales mínimas para la subsistencia, asimismo, es la base de la concepción del desarrollo humano, ambas alejadas de lo humano en una perspectiva integral, volcada hacia la atención de la pobreza y de la inclusión.

El vínculo entre diversidad y justicia social abre espacios de participación social desde una mirada diferente a la del ámbito institucional que ha sido definido como democracia, más allá de la perspectiva de la democracia procedimental que hoy día se exalta, hacia la consideración de la ética de mínimos y máximos, que establece la diferencias entre una ética de máximos, que se refieren a la autorrealización individual; y, una ética de mínimos, que considera la aplicación de las normas universalizables y el ejercicio de los derechos hacia la autonomía del sujeto, en este sentido, la ética es una orientación para la convivencia con base en el respeto y relaciones dialógicas que contribuyen a buen vivir. Frente al reto de instaurar un régimen de justicia social solidario y humano, distintos análisis han reducido a la diversidad al marco del concepto relativista de cultura y

con la mirada puesta en los elementos problemáticos, desestabilizadores y “viejos” por excelencia: los excluidos.

En este contexto la cultura del SER sustantivo da paso a lo cultural, para adjetivar los procesos sociales, o bien a un instrumento del juego competitivo favorecido por la estrategia de la ingeniería social: la inclusión. Otros se han volcado hacia una perspectiva primordialista y otros más en la concepción del otro como esencialmente diferente, esto ha llevado a la legitimación del multiculturalismo como una salida a los problemas que plantea la diversidad cultural asociada con la desigualdad. (Kymlicka, 1996)

La elaboración conceptual y la percepción de estos fenómenos inciden en la mirada sobre las alteridades (Levinas, 2001a) como un problema frente a los que se establecen pactos sociales y tratados internacionales en un marco de confrontación, en donde a los niveles de tensión y conflicto se les da cauce con el propósito de mantener permeable la estructura del tejido social, la politización de estos fenómenos permite la intervención del Estado en el asunto de carácter público que representa un “peligro” para la estabilidad social.

Kymlicka (2003), señala que el multiculturalismo rompe la regla de la igualdad porque ésta tiene que ver con cierta ideología ligada a un consenso económico; la codificación de la igualdad ante la ley para crear homogeneidad es la “igualación” de todos los individuos considerada como homogeneidad.

La diversidad cultural visibilizada y reconocida en la normativa internacional, no ha dejado de ser un eje de tensiones, desencuentros y dominación que, desde la visión relativista, estrecha y esencialista, no cesa en su afán de homogeneizar, una forma es la noción de excluidos.

Bajo las concepciones multiculturalistas, que prosperaron en las últimas décadas del siglo XX, se admite la diversidad de culturas, subrayando la diferencia y proponiendo políticas relativistas de respeto que a veces refuerzan la segregación.

2 GLOBALIZACIÓN Y POLÍTICAS SOCIALES PARA LA INCLUSIÓN

Es notable como en los últimos años, se mostró un creciente interés en la salud y la educación por parte de los gobiernos y grupos sociales relacionados con la vida productiva y social de los países en desarrollo.

Sin embargo, sus logros se desvanecieron por la inesperada pandemia, al evidenciar los resultados maquillados que fueron desbordados por el colapso de los servicios hospitalarios y las carencias de los servicios educativos.

Los sistemas de salud y educativo representaban en las políticas públicas, prioridades de los gobiernos, por lo que los Estados, no dejaban de planear y organizarlos, con una constante reducción presupuestal en el esquema de los servicios sociales. Estos sistemas sufrieron una serie de cambios estructurales con el fin de adecuarlos a la dinámica económica, social y política que prevalecía, tanto a nivel nacional, como internacional.

El proceso de globalización modificó la institucionalidad económica, social y cultural y educativa de la sociedad, para atender las necesidades de los grupos menos favorecidos y en procesos de exclusión sociocultural y educativa. A consecuencia de todo ello, en muchos países las normas establecidas de la vida justa y digna, se vieron cuestionadas por lo intempestivo de COVID. De hecho, después de dos años de distanciamiento social, las reivindicaciones de los diferentes grupos sociales han pasado al primer plano de la vida sociopolítica, cultural y educativa, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional.

3 LA CIUDADANÍA INCLUSIVA DE LA POS-PANDEMIA

En el marco internacional, desde la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, se daría un motivo para atender aquellas demandas vinculadas a las necesidades socioculturales, como: los derechos y libertades sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, etc. (ONU, 1948) La denuncia permanente de los grupos marginados y excluidos en forma general y las agresiones socioculturales y educativas a los grupos vulnerables, en particular, se fueron dando en forma creciente en diversos foros internacionales que retomaban, modificaban y actualizaban algunos acuerdos surgidos en años anteriores.

Se desarrollaron políticas específicas para atender las necesidades sociales y educativas de la población (UNESCO, 1990, 1994). Las características de estas políticas mostraron una amplia diversidad en sus formas concretas en el diseño y su instrumentación, cuyo propósito era dar cuenta de las características de los diseños y acciones llevadas a cabo por la política social y educativa, en el contexto de la diversidad y las características socioeducativas y lingüísticas de la población, las cuales, manifiestan grados de marginación, exclusión y desigualdad.

Logros de las últimas décadas en la lucha política y social de estos grupos, como el reconocimiento, integración e inclusión en el seno de las comunidades y sus proyectos. La constatación de que existe una multiplicidad de grupos sociales diferentes, cada uno de los cuales, es portador de una cultura y diferencia distintiva; ya no se ve como un lastre que debe eliminarse, ni como un obstáculo a vencer, sino, por el contrario, se reconoce que la diversidad étnica, lingüística, sexual, genero, enfermedad, edad y cultural, es un recurso potencial en la conformación de la sociedad contemporánea.

Lo que aquí conviene destacar con la memoria histórica de la resistencia en la construcción de la diversidad, es que ya no se plantea solamente tomar en cuenta la opinión y las aspiraciones de los grupos sociales excluidos y admitir su participación, sino afirmar que, son ellos quienes deben tomar en sus manos las riendas de su proyecto social y cultural. Se les reconoce como sociedades culturalmente diferenciadas y en consecuencia, legítimamente capaces de construir proyectos autónomos de los que forman parte.

En la misma lógica de los cambios derivados que trajo consigo COVID, tuvo implicaciones en todos los ámbitos, como en la redefinición de las relaciones y las expectativas sociales, los distanciamientos y restricciones de las instituciones.

La impresión de un mundo de nuevas normalidades es, no obstante, engañosa. El concepto de desarrollo humano es la base para el diseño de las políticas sociales, que se insertan en el marco de los derechos sociales y en la perspectiva de mejorar la vida de las personas. La alineación del desarrollo humano con las políticas de salud y educativas, se encuentra en la noción nuevas normalidades y pone especial énfasis en las Necesidades Básicas.

Es importante destacar cómo La Declaración Mundial de Educación para Todos (UNESCO, 1990) representó sin duda alguna un hito importante en el diálogo sobre el lugar que ocupa la política de desarrollo humano. Además suscitó un esfuerzo importante en el ámbito internacional para atender de manera directa, las diferentes acciones y tensiones socioculturales de exclusión y desigualdad que se manifestaban en diferentes países del mundo derivadas por los conflictos por discriminación étnica, lingüística, sexual, genero, etc., con vistas a impulsar la atención de esta problemática por parte de las instituciones educativas del nivel básico

y a dar con los medios más “eficaces” y de bajo costo, para satisfacer las necesidades básicas de aprendizaje de diversos grupos desasistidos.

Las políticas de inclusión establecen que, los grupos sociales diferentes y/o vulnerables no pueden permanecer al margen del desarrollo educativo, es el momento de generar mecanismos, que permitan la inclusión convivencia entre todos los grupos que conforman la sociedad, teniendo como base el reconocimiento, integración y respeto a su diferencia. Una de las principales reivindicaciones en las últimas décadas, se orienta al reconocimiento de sus derechos sociales, culturales, salud y educativos en el plano nacional e internacional. Así, en cuanto a estos sector y grupos sociales se refiere, es patente una mayor presencia y participación en organismos internacionales, entre otros aspectos, en una creciente atención a sus demandas y en una más visible participación en la elaboración de normas, acciones y recomendaciones a ello dirigidas. Las reivindicaciones, contienen una demanda social, cultural, salud y educativa.

La atención de las necesidades pos-pandemia implica ampliar las oportunidades para la formación de las capacidades humanas en los aspectos que considera el desarrollo humano: a) mejorar el estado de los conocimientos y las destrezas, así como, b) el uso que se hace de ellos para el acceso al bienestar social generado por el desarrollo. Se reconoce la educación y la salud como un derecho para todos y establece tres acciones prioritarias, congruentes con esta perspectiva: la universalización de los servicios de educación y salud, el abatimiento de la falta de infraestructura y la mejora de los servicios, en un contexto de respeto por los valores y de los derechos humanos a la herencia cultural, lingüística y espiritual, la justicia social, la protección del ambiente y la tolerancia con los sistemas sociales, políticos y religiosos que difieren de los propios, la paz y la solidaridad.

El proceso de globalización modificó la institucionalidad económica, social, cultural, de salud y educativa de la sociedad, para atender las necesidades de los grupos menos favorecidos y en procesos de exclusión sociocultural y educativa. La pandemia desnudó las relaciones globales y puso en jaque las economías mundiales en la era de la migración, porque la itinerancia de las fronteras y la permanente movilidad de los grupos sociales permea a todos los países y su diversidad, con diferentes manifestaciones sociales, culturales de salud y educativas.

El impulso de la cultura por parte de los organismos supranacionales, la perspectiva del reconocimiento y la atención de la diversidad en el marco de las políticas para la inclusión de los sectores marginados y vulnerables

de la población: los excluidos, propiciaran grandes transformaciones, que impactaron en las formas de vida y relaciones entre las personas.

La desigualdad visibilizada, exacerbada y reconocida durante la en tiempos de pos-pandemia, no ha dejado de ser un eje de tensiones, desencuentros y dominación, no cesa en su afán de homogeneizar. La estandarización de las desigualdades sumadas a las diferencias tiene implicaciones en la atención de la diversidad y a las acciones para la inclusión que se implementan en el ámbito de la salud y los sistemas educativos.

Las categorías exclusión e inclusión, en el marco de las políticas sociales, se establecen en la perspectiva de las medidas compensatorias y focalizadas para los grupos marginados y vulnerables. En las acciones afirmativas que implementan en la política pública, se observa el tránsito de la atención a la diversidad hacia la desigualdad. Las acciones afirmativas se orientan a rubros asociados con la atención de la pobreza y la inclusión, en la actualidad, la definición de algunos indicadores, en la percepción de diversos grupos y sectores sociales documentan que la atención en los servicios médicos y la escolarización se insertan en los indicadores de la inclusión social.

Se promueven las equivalencias, se buscan simetrías, se buscan nuevos nombres o eufemismos. En las escuelas se incorporarán los amplios sectores de la población alejados, distanciados, golpeados por la miseria, por el dolor y pérdida de sus seres queridos, con el propósito de administrar las desigualdades sociales y mantener cautiva una población que, por medio de la acción institucionalizada, permita disminuir la tensión social.

A la institucionalidad escolar le preocupa más la estabilidad y armonía social, que la oportunidad que se le pueda brindar a cada sujeto social de construir su individuación (Touraine, 1997), Las instituciones educativas se convierten en un factor de desigualdades crecientes, pues rehúsan tomar en consideración las particularidades psicológicas, sociales y culturales de cada individuo, omisión que perjudica mas a los vulnerables en tiempos de la pos-pandemia.

4 LOS DESAFÍOS EDUCATIVOS ANTE LA DIVERSIDAD Y LA INCLUSIÓN

La apertura de la educación y el derecho para el reconocimiento y la atención de la diversidad, la interculturalidad y la convivencia en el contexto de la inclusión, permitió la entrada no sólo de la diversidad, sino de la alteridad. (Levinas, 2001b) El reconocimiento de la diversidad

conllevo a su atención mediante protocolos interculturales e inclusivos para la convivencialidad, en el sentido técnico y práctico, en tanto la educación plantea promover relaciones dialógicas entre los actores educativos desde sus diferencias en un espacio institucional con una normativa determinada.

El ejercicio de la ciudadanía es un proceso complejo, pero no imposible, implica establecer relaciones y prácticas sociales diferentes a las que hoy existen, tendientes a generar mecanismos que permitan la convivencia entre todos los grupos que conforman la sociedad, más allá del reconocimiento y respeto a su diferencia. Hoy, el respeto y la aceptación son insuficientes para promover relaciones dialógicas orientadas a la interculturalidad, que conlleven a la construcción de una ciudadanía democrática y permita la coexistencia, la convergencia mediante encuentros en una visión de totalidad.

La ciudadanía tiene como base el respeto a la diversidad cultural vista como posibilidad, no como problema, tiene como punto de partida la cultura propia para la interacción en un marco de diversidad cultural, en condiciones de respeto e igualdad frente a los otros, entre diferentes. Implica poner en diálogo la cultura propia con otras culturas, al reconocer las diferencias y valorar su enriquecimiento. (Morin, 1999)

El enfoque funcional de la interculturalidad reconoce y acepta la diversidad sociocultural, incorpora derechos sobre el particular en la legislación e implementa acciones, desde las políticas públicas focalizadas para los desiguales y los diferentes. En cambio, el enfoque crítico la concibe como proyecto político en un contexto de relaciones horizontales, “desde abajo”, desde la subalternidad para toda la sociedad.

En el ámbito educativo resulta insoslayable poner las tensiones sociales en primer plano, para que el contacto entre los diferentes permita la comunicación entre las diferencias y el diálogo en la perspectiva de establecer relaciones de reconocimiento y respeto; esto implica, pensar la participación democrática y la ciudadana con una mirada diferente a lo que hoy está definido en los complejos sistemas que las democracias representativas han desarrollado. Los actores emergentes apelan a diseñar desde abajo y desde sus particularidades, alternativas educativas en las que prevalezca una nueva forma de concebir y convivir en la diversidad; la educación es un ámbito que genera experiencias muy importantes al respecto; ya sea desde proyectos oficiales, institucionales, vinculados con la academia, asociaciones civiles y organizaciones no gubernamentales.

La validación teórica de la educación inclusiva no deja de afirmarse, y su práctica, de extenderse por todo el mundo. Para llegar hasta aquí, esta modalidad educativa ha tenido que vencer no pocos obstáculos, empezando por la opinión francamente hostil. Sin embargo, respecto a la atención de las diferencias y a las desigualdades, es cierto que la mayoría de los programas escolares que se practican hoy día, son de transición, es decir, orientados al cambio de las relaciones.

Una vez asumido el carácter global e integrador de la sociedad, la inclusión trasciende el sistema escolar y también el ámbito educativo, sin poder reducirse sólo a él y sin responsabilizar únicamente a las comunidades y grupos sociales, sino que ha de involucrar a toda la sociedad, para poder así fortalecer la igualdad, inclusión y democracia.

Se colocaría al ser humano como centro, sujeto y actor del desarrollo, con la finalidad de lograr un desarrollo integral, que conduzca a la realización plena de la capacidad creativa y productiva, elevando su calidad de vida, con la pretensión de superar la pobreza y teniendo presente el respeto a los derechos civiles y humanos, por lo tanto, a la vida en todas sus manifestaciones. Así, el desarrollo debe considerar no sólo la calidad de vida, sino también el respeto a los distintos estilos de vida. (UNESCO, 1997)

Cada una de estas medidas ha tenido importancia en la lucha por el reconocimiento de los derechos culturales y educativos de las poblaciones diferentes y vulnerables, medidas que cobran mayor significación con el documento histórico relacionado con los derechos humanos y aprobado por las Naciones Unidas hace más de cincuenta años: la Declaración Universal de Derechos Humanos, al reconocer la dignidad inherente a todo ser humano y establecer en detalle los derechos de que deben disfrutar todos.

Por último, se pondrían relieve a la tolerancia y el respeto por la diversidad, así como la necesidad de encontrar elementos comunes en el seno de las comunidades a fin de hacer frente a los desafíos comunes de la sociedad que amenazan los valores compartidos, los derechos humanos y la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia mediante la cooperación, la colaboración y la inclusión.

En el contexto de la “nueva normalidad” y de la diversidad, es importante señalar las tensiones que se derivan del contacto entre los modelos de su atención y los derivados por la exacerbación de la desigualdad en tiempos de pos-pandemia.

La crisis de la pandemia rompería la regla de la igualdad, porque evidenció su vínculo ideológico; la codificación de la igualdad ante la ley para crear homogeneidad es la igualación de todos los individuos considerada como igualdad ante la ley. La idea de establecer el pluralismo en el marco del desarrollo deriva en ordenamientos jurídicos parciales como una especie de ordenamiento hacia derechos departamentalizados.

En el período pos-pandemia seguirán las distintas preguntas y encontraremos distintas respuestas, pero representarán la oportunidad de reflexionar sobre el quehacer de las políticas públicas de salud y educación y las diferentes manifestaciones de distanciamiento, miedo, desconfianza y violencia. En esta reflexión, es importante señalar que se corre el riesgo de quedarse en la retórica del retorno a la normalidad o a la nueva normalidad o bien sentar las bases para promover redes de acompañamiento, apoyo y solidaridad, así como extender sus resultados hacia afuera, mediante la edificación de relaciones socialmente equitativas, humanizantes para y en la convivencia.

El marco socioeconómico cultural y educativo, frente a los desafíos que plantea el momento actual, da cuenta de su fragilidad e insuficiencia ante el desarrollo sociocultural global. La multiculturalidad y la interculturalidad se asocian para este fin, sin embargo, son diferentes en cuanto a su concepción e implicaciones sociales y jurídicas. El primero, refiere una situación de hecho: la coexistencia de grupos sociales con diferentes culturas en el contexto de las sociedades nacionales, este paradigma reconoce a la diversidad como un elemento que caracteriza a todas las sociedades y que tiene implicaciones en las relaciones entre los grupos sociales con culturas distintas. El segundo, con base en el plantea el desafío que enfrentan las sociedades para establecer relaciones sociales en contextos multiculturales.

Si la multiculturalidad es un hecho, la diversidad y la inclusión es un factor inherente a todas las sociedades, la presencia de lo particular es algo que siempre ha estado presente y a lo largo de la historia se ha documentado cómo, los grupos hegemónicos han desarrollado proyectos para hacer sociedades culturalmente homogéneas, mediante estrategias de dominación cultural, la cual, presenta sus propios límites para explicar los fenómenos sociales actuales, sin aportar pistas para la discusión sobre el cómo nombrar y sobre todo preguntar y preguntarnos sobre la realidad que vivimos situada en espacio y tiempo, acerca de ¿cómo nombrar nuevos fenómenos y viejos problemas en el contexto global?

No es una cuestión menor la discriminación, xenofobia y exclusión, el reconocimiento de la diversidad, la positivización de los derechos y la apertura de espacios para su visibilización, pero hoy día resultan limitados aún en el contexto del espacio público, que se ha convertido en una frontera interior, receptáculo y espacio de contención en el que se resuelven los problemas que aquejan a la sociedad.

La igualdad pública y las diferencias concebidas en una perspectiva individual y privada se gestionan en la escuela, ámbito público por definición, la institución escolar es el escenario para no sólo visibilizar, sino también manifestar las relaciones y diferencias que fuera de ésta, son sancionadas. En la perspectiva de una construcción de la realidad social que se reproduce sobre sí misma, con base en un principio organizador que se recrea para poner en marcha nuevas formas de resolución de problemas y conflictos, con el propósito de sentar la bases para la convivencia, en las que subyace la transferencia del conflicto sobre el individuo.

La lógica de esa transferencia de la tensión sobre el individuo tiene implicaciones sobre la formación, la práctica y las competencias que habrán de desarrollar los sujetos que intervienen. La capacidad de comprender las condiciones socioculturales del contexto, el propósito de contribuir a la construcción de un nuevo modelo de sociedad y la construcción de las competencias básicas para establecer relaciones interculturales y multiculturales, potenciaran el redescubrimiento de su identidad, la valoración de las particularidades, los espacios de relación, aprendizaje y socialización de conocimientos, valores y prácticas culturales en el diálogo intercultural.

El sustento se encuentra en la concepción de la educación en una perspectiva holística y situada, con un referente contextualizado en el tiempo espacio del cotidiano escolar, el cuál, permite atribuir nuevos significados a la atención en y para la diversidad, como práctica intencionada en la orientación de la pedagogía de la convivencia.

Se insiste en impactar todas las instituciones en un ambiente incierto, en donde los normales se empezaría a sentir cercanos a aquellos que no lo eran. Se insiste en la búsqueda de modelos centrados en la integración y/o la inclusión, apegados y orientados por las políticas, mas que a enfoques centrados en las identidades, la convivencia y el fortalecimiento de las diferencias.

La coexistencia de las diferencias sociales, culturales y educativas, evidenciaron la proliferación, el recrudecimiento y la exacerbación de las tensiones. Al paso del tiempo, esos modelos centrados en la integración

y/o inclusión, muestran argumentos debatibles y débiles desde su fundamentación, que insiste en la coexistencia y la tolerancia, mas que en la convivencia y el Diálogo. Nuestra mirada hacia la atención de la diversidad impulsada desde los espacios institucionales supone que, las actuales prácticas sociales, no pueden seguir como están y que se necesita un cambio.

CONCLUSIÓN

La conformación de identidades y organizaciones en el marco de la pos-pandemia exige la idea que el desarrollo debiera estar estrechamente relacionado con los niveles de bienestar. (UNESCO, 1997) Se hace indispensable un escenario que pueda generar el diálogo cultural y educativo, crear vínculos entre sujetos, manifestar diferencias, solidaridades, resistencias, discrepancias; pero sobre todo, que sea un marco en donde la inclusión sea el principio organizador que propicie el contacto entre culturas, para la reelaboración constante de las mismas y la negociación de las diferencias en el marco de la construcción de las identidades.

El reconocimiento de las diferencias y su coexistencia, mostraron que no son suficientes como políticas culturales y educativas, porque hay matices entre ellas por el ámbito que les compete y a su interior, se gestan otras que provocan mayores contradicciones. Es cierto que el proceso de reconocimiento histórico de los diferentes manifestó avances sociales, culturales y educativos y contribuyó a que emergiera la necesidad del Diálogo entre éstos. Sin embargo, también encubrió y legitimó procesos de discriminación y exclusión.

Los problemas de identidad y conformación del imaginario colectivo en la pos-pandemia conllevan a dirimir sobre las posibilidades y los límites del papel de la cultura y la educación en las relaciones interpersonales, los movimientos sociales y su condición de marginación y exclusión. En el discurso, se reconocen los derechos a ser diferentes, a la libre determinación y a la autonomía de las comunidades, pero no existe voluntad política para llevar a cabo las transformaciones en la sociedad y la escuela, para la alteridad, la otredad y la diversidad.

REFERÊNCIAS

CEPAL/UNESCO. **Educación y conocimiento**: eje de la transformación productiva con equidad. Santiago de Chile: ONU/CEPAL, 1992.

DE SOUSA, B. **Descolonizar el saber, reinventar el poder.** Uruguay: Ediciones Trilce-Extensión Universitaria. Universidad de la República, 2010.

DE SOUSA, B. **De las dualidades a las ecologías.** La Paz Bolivia: Ed. Red Boliviana de Mujeres Transformando la Economía, 2012.

KYMLICKA, W. **La política vernácula.** Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. Barcelona, España: Ed. Paidós, 2003.

KYMLICKA, W. **Ciudadanía Multicultural:** Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona, España: Ed. Paidós, 1996.

LEVINAS, E. **La huella del otro.** México: Taurus, 2001a.

LEVINAS, E. **Entre nosotros. Ensayos para pensar en otros.** Valencia, España: Ed. Pre-Textos, 2001b.

MORIN, E. **Los siete saberes necesarios para la educación del futuro.** Francia: Ed. UNESCO, 1999.

ONU. **Declaración Universal de los Derechos Humanos.** Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acceso en: 10 fev. 2022.

TOURAINÉ, A. **¿Podremos vivir juntos?.** México: Ed. FCE, 1997.

TOURAINÉ, A. **Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia.** México: Ed. FCE, 1998.

UNESCO. **Declaración Mundial sobre Educación para Todos. Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje.** Jomtiem, Tailandia. 5 a 9 de marzo. México: UNESCO/Correo de la UNESCO, 1990.

UNESCO. **Declaración de Salamanca.** Salamanca, España. México: UNESCO/Correo de la UNESCO, 1994.

UNESCO. **Nuestra diversidad creativa.** Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo. México: UNESCO/Correo de la UNESCO, 1997.

RESENHA DA OBRA: “LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM (1810-2010). THE ENGINE ROOM OF THE CONSTITUTION” DE ROBERTO GARGARELLA

REVIEW OF ROBERTO GARGARELLA’S “LATIN AMERICAN CONSTITUCIONALISM (1810-2010). THE ENGINE ROOM OF THE CONSTITUTION”

José Duarte Neto*

Rudson Coutinho da Silva**

RESUMO: A segunda década do século XXI assiste uma disputa de que há muito se pensava resolvida: a oposição entre regimes constitucionais democráticos e autocráticos enquanto possibilidades para a solução dos dilemas econômicos e sociais do Ocidente. Com nova tessitura institucional e política, diferente da que existira antes, o fenômeno desafia estudiosos para sua compreensão e mesmo denominação. Constitucionalismo abusivo, Democracias iliberais ou Populismos são alguns desses rótulos que exprimem o vivenciado. Em um dos quadrantes do mundo ocidental, as organizações constitucionais da América Latina se deparam com a mesma convergência desafiadora, ainda que ambientada a partir de suas idiossincrasias: fruto de um empreendimento passado de tradição europeia que se lançou sobre povos autóctones com propósito colonizador; projeto de construção soberana de nações politicamente marginalizadas; desafio de integração global e de superação de economias marcadamente dependentes; dilema de inclusão social e de superação de desigualdades internas históricas. A obra de Roberto Gargarella, trazida ao prelo em 2013, mas ainda não traduzida para o português, mesmo que não enfrente diretamente a questão da “deterioração interna” das Democracias, é um útil instrumento hermenêutico para a

*Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Doutor de Direito Constitucional II e III da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) - UNESP - Câmpus de Franca. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNESP - Câmpus de Franca. Chefe do Departamento de Direito Público da FCHS-UNESP - Câmpus de Franca (mandato 2013/2014 e 2015/2016). Coordenador do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (Doutorado/Mestrado) – UNESP – FRANCA (mandato 2017/2020). Diretor Científico e Editorial da Revista de Estudos Jurídicos UNESP. Coordenador do NEPECC - “Núcleo de Estudos, Pesquisa e Extensão ‘Constituição e Cidadania’”.

** Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho – UNESP – Câmpus de Franca. Especialista (Pós-Graduação lato sensu) em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR (2003). Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho - UNESP (1993). Professor da Universidade de Araraquara - UNIARA. Ex-Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia. Procurador da República.

Resenha recebida em 22/04/2022 e aceita em 22/04/2022.

Como citar: DUARTE NETO, José; SILVA, Rudson Coutinho da. Resenha da Obra: “Latin American Constitutionalism (1810-2010). The Engine Room of the Constitution” de Roberto Gargarella. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 447-454, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

reflexão sobre as organizações constitucionais construídas em 200 (duzentos) anos de historicidade latino-americana. Sobretudo para o enfrentamento dos graves perigos às Democracias, em especial, para as que se constroem no continente, dada a gama de outras dificuldades enunciadas acima e que devem ser identicamente enfrentadas.

Palavras-chave: constitucionalismo. América Latina. Roberto Gargarella.

RESENHA

“*Latin American Constitutionalism (1810-2010). The Engine Room of the Constitution*” é uma obra lançada em 2013 e de autoria do jurista argentino Roberto Gargarella. O autor dispensa apresentação e se encontra entre aqueles intelectuais latino-americanos que alçaram importância internacional pela agudeza e perenidade de suas reflexões e categorias. É obra seminal para o estudo do constitucionalismo latino-americano e que persiste sem uma tradução para o português, a despeito da importância de seu criador. O texto de natureza analítica (descritiva), explicativa e normativa (propositiva) nasceu de um ambicioso projeto de pesquisa. Investiga a hipótese de que a desigualdade no continente decorre dos projetos constitucionais que controlam e obstaculizam a participação popular. Para a execução da investigação, Roberto Gargarella esquadriña em uma visão comparativa as ideias que impactaram a construção do constitucionalismo da independência das colônias ibéricas até o ingresso no século XXI. Acaba sendo uma continuação de obra anterior, *Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1775-1860)*, na qual há uma arqueologia das ideias fundantes de igualdade, de participação popular e de autodeterminação, que acabam sendo obscurecidas pelo choque e conflito de concepções na engenharia constitucional. Mais do que uma obra histórica, ela recoloca a solução para a questão das desigualdades e da efetivação de direitos, que positivados não ganharam concretização, problemas recorrentes da teoria constitucional. Daí a tese de que as reformas desde a independência se concentraram no núcleo dos direitos, mas pouco se inovou no que se refere à parte orgânica das Constituições. A persistência das desigualdades está atrelada à disfuncionalidade e à centralização do sistema de governo presidencial. A resposta está na retomada pela participação popular do núcleo institucional e decisório da Constituição, chamado pelo autor de “Casa das Máquinas”.

O texto está dividido em 10 (dez) capítulos, que traçam um paralelo comparativo em cinco períodos históricos: a) o primeiro proveniente da

independência até 1850; b) o segundo que parte da metade do século XIX e que alcança o início do XX; c) o terceiro identificado como crise do “constitucionalismo pós-colonial”; d) o quarto período que corresponde à positivação de direitos sociais e que nasceu na década de 30 (trinta) avança até o meio do século passado; e) o último período que cobre a segunda metade do século XX até o início do século XXI.

No primeiro tempo histórico, nas origens, duas ideias básicas predominaram e se confrontaram: a autonomia individual e o autogoverno coletivo. Os dois ideais, por sua vez, construíram-se por meio de modelos de engenharia constitucional. O modelo radical/republicano, com origens na independência, priorizava o coletivo majoritário à autonomia individual. O autogoverno majoritário, a separação estrita de poderes, o mandato imperativo e a intervenção estatal eram os cânones institucionais de sua organização política, enquanto no campo dos direitos se vaticinava uma maior proteção social e um engajamento cívico-político amplo. Contrariamente, o modelo conservador se inspirava na crença de valores superiores a orientar a obra política, uma verdade moral, quase sempre católica, conhecida somente de alguns. Este último aspecto faz o modelo ser elitista por essência. Politicamente o centralismo autoritário seria necessário para manter a ordem, o que implicava o presidencialismo e excluía tanto a separação de poderes como a abertura à participação política. Foi construção erigida em defesa aos direitos de propriedade e contrariamente a direitos sociais e de participação política. Por fim, o modelo liberal, que pressupunha a existência de uma esfera moral privada na qual o Estado e o coletivo não poderiam ingressar. Contrários ao perfeccionismo moral dos conservadores e à prevalência da vontade geral (coletiva) dos republicanos radicais, os liberais preconizavam a autonomia individual enquanto expressão de uma neutralidade moral. A autonomia individual não atrelada ao autogoverno, mas expressão da realização de direitos incondicionais e garantidos por um sistema de separação de poderes de freios e contrapesos.

Apesar das diferenças que marcavam cada um dos modelos ideológicos, foi-lhes possível uma plasticidade para que em vários momentos estabelecessem pactos estratégicos. Conservadores e radicais/republicanos se uniram para impedir as pretensões liberais de estabelecer freios ao Estado para preservar as autonomias individuais. Também se conheceram pactos entre liberais e radicais/republicanos como forma de coibir governos vinculados a uma única religião (católica). Mas o pacto

que teve mais sucesso e permanência, mormente pela estrutura política criada, foi a firmada entre conservadores e liberais. Ambos eram contrários ao alargamento da participação política para os grupos indígenas e favoráveis à manutenção exclusiva para os ricos e bem-nascidos (restrição da cidadania política). Expressavam uma preocupação com a salvaguarda de direitos civis, firmados na liberdade e na propriedade, e um descaso para com os direitos sociais, econômicos e culturais. A união entre liberais e conservadores - firmada no medo das revoluções que sacudiram a Europa em 1848 - consistiu em um arranjo de freios e contrapesos, ainda que com propensão ao robustecimento do executivo, com certa tolerância religiosa, mas com restrição à participação política e insensibilidade para a questão social. As Constituições argentina de 1853 e brasileira de 1891 são exemplos deste modelo.

O final do século XIX foi também um momento de confronto de soluções para a superação das injustiças sociais compreendidas como herança de um passado colonial. De um lado liberais e conservadores, firmados na opinião de que sendo o homem egoísta por essência, com interesses pessoais, incapaz de interesses coletivos, a organização constitucional deveria resguardar os interesses particulares, pois se cria que uma vez resguardados, encarregar-se-iam de socialmente se autolimitarem em um esquema de freios e contrapesos; de outro, radicais/republicanos insistiam na construção de um espaço político horizontal pela pressão de aportes institucionais externos por meio de organizações sociais e mecanismos de participação política diferentes do sufrágio. Divergia-se, igualmente, sobre o padrão institucional mais adequado: o importado do constitucionalismo estrangeiro ou o construído a partir da experiência local; a continuidade com as instituições recebidas ou a ruptura para a construção de outras e que fossem originais.

Com esse quadro, o crescimento econômico do final do século XIX não foi acompanhado de uma diminuição das desigualdades ou das injustiças sociais, o que produziu conflitos e movimentos pela inclusão. Para fazer frente ao desafio, o esquema liberal conservador, inspirado no positivismo, respondeu com os regimes da ordem e do progresso, caracterizados pelo autoritarismo e pela concentração de poderes. Foi a forma de manutenção da paz social pela forte intervenção do Estado, o que não significou a ausência de contestação. A partir da segunda metade do século XIX e do início do século XX sobrevieram as manifestações agrárias, socialistas e marxistas, surgidas especialmente na Argentina, no

Chile e no México. A revolução mexicana, no caso, fora “a expressão mais significativa de descontentamento diante do sistema dominante de ‘ordem e progresso’ e produziu a Constituição de 1917. O texto positivado conjugou avanço social e hiperpresidencialismo e serviria como modelo para as constituições do século XX. Ainda seria uma estrutura em que convergiria o avanço social, ainda que com a participação popular obstaculizada. O centralismo presidencial deixava a “Sala das Máquinas” fechada.

A classe trabalhadora, contudo, desponta como novo elemento no constitucionalismo. A partir da crise de 1929 se incorpora definitivamente pela abertura do sufrágio e pela inserção de direitos sociais. As constituições passam a ser socialmente comprometidas, muito embora o sistema político não seja o bastante aberto a possibilitar efetivamente a ascensão da vontade popular. As constituições do período que medeia a década de 30 (trinta) do século passado ao início dos anos 80 (oitenta), em regra, alternam-se em regimes autocráticos, ora ocupados por militares, ora por populistas (Vargas e Perón), ora por socialistas (Nicarágua e Cuba). A experiência autoritária pretoriana da década de 70 (setenta), de um lado, exigiu do constitucionalismo que se seguiu, a partir dos anos 80 (oitenta), uma preocupação com barreiras e instituições que impedissem o retorno das ditaduras. De outro lado, no âmbito dos direitos sociais e econômicos, planos de estruturação econômica, liberalizantes, produziram desigualdade e geraram a reação de movimentos sociais como o MST no Brasil e os *piqueteros* na Argentina. Para uns, consistia em uma resistência legítima na defesa de direitos, para outros, mostravam-se necessárias a ordem e a centralização política para combatê-los. Este embate resultou em uma resposta paradoxal: o fortalecimento de direitos sociais e, em contraste, o aumento dos poderes do executivo.

O cenário de dois séculos de constitucionalismo latino-americano permite a Roberto Gargarella contrapor em análise duas partes das constituições. Uma parte correspondente ao reconhecimento de direitos, a que chama de dogmática, outra pertinente aos mecanismos de tomada de decisão, parte orgânica, chamada “Sala das Máquinas”. Em assim sendo, qualquer reforma ou mudança em um padrão constitucional tem impactos de diferentes ordens, pois desequilibra as partes que o compõe. A inserção de novos direitos tem por resultado uma mudança no arranjo de direitos fundamentais. É um impacto interno e que ocorre, por exemplo, quando direitos de minorias, direitos sociais ou direitos de povos nativos modificam a concepção e o âmbito dos direitos de propriedade. Um impacto

interno. A repercussão, por sua vez, não se restringe a parte dogmática em que estão inseridos os direitos, mas tensiona a “Casa das Máquinas”, como também a alteração nesta parte implica naquela. Um impacto cruzado. Os pais fundadores do constitucionalismo latino-americano tinham um exato diagnóstico dessas implicações e, por isso, sabiam que a salvaguarda do direito de propriedade exigia uma determinada estrutura e dinâmica na “Casa das Máquinas”. Esse conhecimento originário perdeu-se com o passar do tempo e, por esse motivo, reformas sociais em um constitucionalismo alicerçado no pacto liberal-conservador tem enorme dificuldade de ser efetivo.

A partir desses pressupostos, o autor refuta a hipótese de que a implementação de direitos sociais exige um hiperpresidencialismo. Um sistema presidencialista tende a não transigir com a ampliação dos poderes de participação popular, mas a fortalecer os seus. A centralização da parte orgânica das Constituições impede o avanço das políticas públicas constitucionalmente positivadas, pois interfere na estrutura funcional-burocrática necessária para sua concretização. Ao contrário do que comumente se insiste, um presidencialismo forte é sempre um estímulo para que se bloqueie qualquer tentativa de empoderamento dos cidadãos ou mesmo de outros poderes, ou seja, de que novas instituições ocupem as “Salas das Máquinas” na consecução de direitos.

Conclui, logo, que o maior drama enfrentado pelos Estados da América Latina é o da desigualdade. Mesmo que desde o fim do período colonial houvesse uma proposta conjugada de igualdade, autogoverno coletivo e autonomia individual, esses ideais se desencontraram e foram tratados como excludentes ou em oposição pelos séculos seguintes. A solução para o autor é o retorno às propostas colocadas logo após as independências, nas quais se mostravam possíveis um autogoverno coletivo e a proteção das autonomias individuais. Para tanto, para que as mudanças sejam efetivas, há necessidade de compreender que sua inserção acontecerá em um contexto normativo e institucional preenchido (não em um vácuo). As reformas devem não se limitar ao incremento de direitos sociais ou mesmo ao avanço da participação política, mas “significativas o suficiente para atingir o inalcançável, qual seja, a sala de controle da Constituição” (GARGARELLA, 2013, p. 204).

A obra não foi, contudo, livre de críticas. Uma primeira é de que a ambiciosa investigação exigia um também maior esforço de conhecimento da história latino-americana. A pesquisa expõe poucos cuidados com

uma rigorosa historiografia factual, desconsidera a produção teórica mais recente e as fontes primárias. Suas correntes teóricas ostentam uma frágil base contextual. Algumas interpretações sobre os movimentos identificados são exageradas e outras minimizadas sem a correspondente exposição das razões. Correntes de pensamento são atribuídas a um ou a outro autor de forma monolítica e se desconsidera que foram construídas ou se modificaram no correr da vida daqueles (RIVERA, 2015). E, por fim, a crítica mais certa é de que não há uma homogeneidade de pensamento ou ideias no continente como o texto sugere. Não existe na América Latina espanhola e dificilmente entre esta e o Brasil fruto da colonização portuguesa.

Muito embora o autor faça afirmações de natureza empírica, como por exemplo a constatação de que as constituições foram elaboradas a partir da mistura de modelos, não traz nenhum dado a confirmar o afirmado. O mesmo para a relação entre as casas legislativas e os executivos locais. Um segundo problema é o viés ideológico do texto. Há um esforço em analisar e classificar as ideias constitucionais, mas não em solucionar os problemas estruturantes de nascimento, morte e recriações constitucionais. Deliberadamente o texto omite a crença falsa (ideologia) presente em diversas sociedades latino-americanas de que as constituições por elas mesmas promulgadas têm potencialidades de modificar a realidade (RIVERA, 2015).

Mesmo com as críticas, o texto resiste pelo próprio problema desnudado: a falta ou baixa efetividade de direitos constitucionalmente implantados e a presença de um sistema de governo presidencialista disfuncional tendente à autocracia ou à ruptura. É sintomática a existência quantitativamente relevante de uma literatura atual sobre a efetividade de direitos e a constatação de que, apesar dela, a desigualdade persiste e os textos constitucionais não logram resolvê-la. E com esta última, convive também um cânone persistente de resistência às críticas ao sistema presidencialista de governo. Uma presença forte e em alguns aspectos de cunho dogmático, de que os dilemas sociais da América Latina somente são possíveis de superação por instituições presidenciais fortes, o que refreia qualquer iniciativa de pesquisa sobre reengenharia institucional. Nesse sentido, é aguda e atual a crítica de Roberto Gargarella. Crítica, por sua vez, que ganha atualidade a partir de sua mais recente investigação, *La Derrota de Del Derecho em América Latina — Siete Tesis*, que retoma os problemas levantados no texto aqui resenhado, mas diante das questões

atuais do constitucionalismo abusivo, que assola todo o globo. Será objeto, contudo, de resenha futura.

REFERÊNCIAS

GARGARELLA, R. **Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1775-1860)**. Madrid: Sec. XXI de Espana Editores, 2005.

GARGARELLA, R. **Latin American Constitutionalism (1810-2010). The Engine Room of the Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GARGARELLA, R. **La derrota del derecho em América Latina**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2020. [E-book]

RIVERA, J. A. A. Reviewed Work(s): Latin American Constitutionalism, 1810–2010: The Engine Room of the Constitution by Roberto Gargarella. **Journal of Latin American Studies**, Cambridge, v. 47, n. 1, p. 180-182, fev. 2015. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24544253>. Acesso em: 14 abr. 2022.