Fábio da Silva Veiga
Rodrigo Vitorino Souza Alves
Maria Hemilia Fonseca
Coords.

DIÁLOGOS DOS DIREITOS HUMANOS

IBEROJUR
LabDH

DIÁLOGOS DOS DIREITOS HUMANOS

Fábio da Silva Veiga

Rodrigo Vitorino Souza Alves

Maria Hemília Fonseca

(Diretores)

Porto 2022

O editor não é responsável pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão académico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité Científico. O editor se opõe expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrónica sem fins comerciais, fazendo- se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados o editor e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

O procedimento de seleção de originais ajusta-se aos critérios específicos de investigação, no que se indica que as admissões dos trabalhos publicados respondem a critérios de qualidade equiparáveis aos exigidos pelas revistas científicas, nomeadamente avaliação doble-blind review do Comité Científico composto por doutores em conformidade com a especialização da matéria.

Citação:

VEIGA, Fábio da Silva; Alves, Rodrigo Vitorino Souza; Fonseca, Maria Hemília. Diálogos dos Direitos Humanos, Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, 2022, 682 págs. ISBN: 978-989-53281-4-7

Ficha Técnica

© 2022 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR

Título: Diálogos dos direitos humanos

Coordenadores: Fábio da Silva Veiga, Maria Hemília Fonseca e Rodrigo Vitorino Souza Alves

Diagramação: Talita Corrêa Gomes Cardim

© [Autores vários]

Suporte: Eletrónico; Formato: PDF

ISBN: 978-989-53281-4-7

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal.

4460-282.

Março, 2022

Depósito Legal - Bibioteca Nacional de Portugal

497122/22

Comité Científico

Adriano Godinho (UFPB, Brasil)

Alexandre Pereira Bonna (UFPA, Brasil)

Ana Campina (UPT, Portugal)

André Copetti Santos (UNIJUÍ, Brasil)

Antonio Tirso Ester Sánchez (ULPGC, Espanha)

Arthur Pinheiro Basan (UNIRV, Brasil)

Augusto Jobim do Amaral (PUCRS, Brasil)

Bárbara Dayana Brasil (Faculdade Mater Dei, Brasil)

Catherine Maia (ULP, Portugal)

Cleide Calgaro (UCS, Brasil)

Denise Fincato (PUCRS, Brasil)

Doglas Lucas (UNIJUÍ, Brasil)

Fábio da Silva Veiga (UAH, Espanha)

Flávia Trentini (USP, Brasil)

Frederico de Oliveira (UNAMA, Brasil)

Gabriel Martín Rodríguez (URJC, Espanha)

Guilherme Magalhães Martins (UFRJ, Brasil)

Gustavo Silveira Borges (Universidade do Extremo Sul Catarinense, Brasil)

Jeferson Bacelar (UNAMA, Brasil)

João Proença Xavier (USAL, Espanha)

Karina Nunes Fritz (PUC-RJ, Brasil)

Laura Miraut Martín ((ULPGC, Espanha))

Marco Aurélio Gumieri Valério (USP, Brasil)

Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua (USP, Brasil)

Maria Hemília Fonseca (USP, Brasil)

Melina Fachin (UFPR, Brasil)

Olívia Figueiredo Pasqualeto (FGV, Brasil)

Paulo de Brito (I2J/ULP, Portugal)

Olívia Figueiredo Pasqualeto (FGV, Brasil)

Rodrigo Vitorino Souza Alves (UFU, Brasil)

Romualdo Baptista Dos Santos (EPD/ESPGE, Brasil)

Rui Zeferino Ferreira (ISVOUGA, Portugal)

Thami Covatti Piaia (URI, Brasil)

Victor Hugo de Almeida (UNESP)

Wilson Engelmann (Unisinos, Brasil)

APRESENTAÇÃO

Acompanhando um momento sem precedentes, em função da Pandemia de COVID-19, iniciou-se um momento de renovação nas interpretações e abordagens dos direitos humanos. O I CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE OS NOVOS DESAFIOS DOS DIREITOS HUMANOS (I CINDHU), realizado pelo Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR) e o Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Uberlândia (LabDH UFU), nos dias 23 e 24 de julho de 2021, reuniu pesquisadores e pesquisadoras cujos trabalhos se relacionavam, sobretudo, às interpelações entre (i) direitos humanos, empresas e sustentabilidade, (ii) direitos humanos e tecnologia e (iii) direitos humanos, cidadania e desenvolvimento.

Tais interpelações e abordagens dos direitos humanos no cenário do século XXI foram apresentadas em diversos painéis de debates, nos quais, diversos assuntos, dentre eles, a proteção de dados pessoais e a concretização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), assumiram o destaque que tanto necessitam.

Essa obra, que se concretiza, reúne alguns dos papers apresentados no I CINDHU que incorporaram essa renovação e enfrentaram diferentes desafios à promoção dos direitos humanos. A sua leitura é essencial para quem se propõe a olhar – com profundidade – a complexidade e os múltiplos encadeamentos da vasta gama de aplicabilidade desta temática na sociedade contemporânea.

A todos, votos de excelentes leituras.

Fábio da Silva Veiga

Professor Doutor da FDCP da Universidade Lusófona do Porto

Rodrigo Vitorino Souza Alves

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia

Maria Hemília Fonseca

Professora Associada da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Instituições organizadoras

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR – PORTUGAL.

Laboratório de Direitos Humanos (LabDH) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), BRASIL

Instituições parceiras

Universidade Lusófona do Porto – PORTUGAL

Instituto de Investigação Jurídica, I2J– PORTUGAL

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, UNIJUÍ -BRASIL

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo – BRASIL

Universidade da Amazônia, PPGDF,-BRASIL

Centro de Estudos de Bioética da Madeira– PORTUGAL

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Índice

Novidades na execução trabalhista derivadas da Reforma Laboral de 2017 17

Maira de Souza Almeida

O Medo Como Ferramenta de Controle Social e a Vulnerabilidade dos Direitos Humanos 32

Daniele Messias Corrêa Luiz

A utilização de Dados Sensíveis Médicos sob a ótica dos Direitos Humanos em tempos de Pandemia 44

Débora Manke Vieira

Fabrizio Bon Vecchio

O direito ao labor na economia de compartilhamento: uma análise do modelo trabalho verde para o Brasil 58

Helíssia Coimbra de Souza

O juiz das garantias como mecanismo de proteção aos direitos humanos e a poluição cognitiva do juiz 73

Lina Martins Rezende

Danilo Marques Borges

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

A importância da proibição da pesca de arrasto industrial nas 12 milhas náuticas no Brasil 87

Felipe Franz Wienke

Kariza Dias Lopes

O instituto da curatela como proteção à pessoa com deficiência: uma análise comparada entre a legislação brasileira e espanhola, à luz da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência 101

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges

Carolina de Moraes Vieira Silva

A Reforma Trabalhista e a Regulamentação do Dano Extrapatrimonial 114

Helena Lazzarin

Gilberto Stürmer

A Tutela do Consumidor Digital: Vulnerabilidade Algorítmica, Publicidade Virtual e Responsabilidade Civil 129

João Alexandre Silva Alves Guimarães

Letícia Preti Faccio

Responsabilidade Civil e Fake News 143

Almir Garcia Fernandes

Marcella Cunha Santos Rodrigues

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Refúgio e suas vulnerabilidades: Contrabando e tráfico de pessoas como formas de violação de Direitos Humanos 157

Gabriela Soldano Garcez

Karla Aparecida Vasconcelos Alves da Cruz

A superação do obstáculo do marco temporal para adoção de uma política de reparação de injustiças históricas perpetradas contra os povos indígenas brasileiros 172

Edson Ferreira de Carvalho

Fernanda Martins Amorim

Prisons in Brazil are unconstitutional, says the Federal Supreme Court. Now What? 186

Ana Beatriz Guimarães Passos

Guilherme Saraiva Grava

Pandemia e discurso do ódio na sociedade em rede: um debate entre dignidade humana e liberdade de expressão 198

Luciana Faria de Carvalho

Ricardo Pinha Alonso

Vigiar, reter e oprimir: uma breve análise sobre a (in)existência de assistência jurídico-social e ancoragem moral no caso das mulheres deslocadas internas 212

Guilherme Vieira Barbosa

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Projeto de Lei 490 de 2007 e seus impactos para os direitos dos povos indígenas ao território 227

Clara Raquel Nascimento Silva

Princípios Consumeristas e Ético-Profissionais Aplicáveis aos Médicos Digital Influencers 241

Camille C. Bianchi Dos Santos

Yasmin A. Folha Machado

Precarização das relações de trabalho: análise sob a ótica da horizontalidade dos direitos fundamentais e dos precedentes 255

Stanlei Ernesto Prause Fontana

Violência contra as mulheres no mundo: políticas de prevenção como estratégia de enfrentamento e promoção dos direitos humanos 269

Adriane Medianeira Toaldo

COVID-19: é possível garantir o direito fundamental à educação no ensino fundamental público no Brasil, em situações de exceção, por meio da educação à distância? 284

Carolina Piovesan Alfier

Lei Geral de Proteção de Dados e relações de trabalho: análise jurisprudencial no âmbito do Tribunal Regional da 2ª Região (Brasil) 296

Maria Hemília Fonseca

Ana Carla Bliacheriene

Catharina Lopes Scodro

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

A informalidade mediada pela tecnologia e a necessidade de observância dos direitos sociais 311

Nathália Eugênia Nascimento e Silva

A teoria dos sistemas sociais e a necessária adequação do direito à educação em contexto pandêmico 327

Yasmin Sales Silva Cardoso 327

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar

Cidadania ativa: um conceito do tipo retrô, vintage, réplica ou antiguidade? 341

Laurence T. C. P. Sardagna

A sobredeterminação da punição 355

Bruno de Oliveira Favero

Overshareting: existe o consentimento da criança e adolescente? 367

João Alexandre Silva Alves Guimarães

Ana Júlia Silva Alves Guimarães

As habitantes da fronteira: o silenciamento das mulheres refugiadas 383

Ana Victória Klovrza Diogo

O desafio da responsabilidade socioambiental e o papel das micro e pequenas empresas 398

Kênia Cristina Pontes Maia

Isabela B. Torreira Lema

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

O impacto de normas não cogentes do direito internacional dos direitos humanos: reflexos dos Princípios de Yogyakarta no Supremo Tribunal Federal brasileiro 412

Andreia Cadore Tolfo

Yazidis e covid-19: (re) colocando a fragilidade no centro da reflexão 425

Marcela Bittencourt Brey

Da necessidade de um reconhecimento simbólico da violência obstétrica no ordenamento jurídico português 440

Vânia Alexandra dos Santos Simões

O que sobrou dos direitos humanos nas ruínas do neoliberalismo 452

Leonardo Luiz de Souza Rezio

Desafios da aposentadoria no século XXI 467

Mariana Carolina Lemes

Daniel Roxo de Paula Chiesse

Discurso do Caos como ferramenta de erosão da Democracia e a Banalização do Ódio 482

Leonardo Antônio Dresch

Cinthia Obladen De Almendra Freitas

Direito de morrer: Análise sob a luz dos Direitos Humanos 497

Ketrini Guimarães Sousa

Danilo Marques Borges

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Violência Contra Mulheres Idosas em Portugal 509

Ana Sofia de Magalhães e Carvalho

Isabel Restier Poças

El derecho a la nacionalidad bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 522

Daniel Urias Pereira Feitoza

Tatiana Cardoso Squeff

Um Direito para as comunidades ou um Direito comum para toda comunidade? 536

Anastásio Miguel Ndapassoa

Jurisdição constitucional e direitos humanos: intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro 548

Jânio Pereira da Cunha

João Matheus Amaro de Sousa

A iniciativa de cidadania europeia na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia 563

Dora Resende Alves

Mário Simões Barata

O melhor interesse de crianças e adolescentes e os efeitos jurídicos da perfilização (profiling) no ambiente digital 578

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Responsabilidade civil e fake news 593

Almir Garcia Fernandes

Marcella Cunha Santos Rodrigues

A concretização do Direito Humano-Fundamental de Acesso à Água como pressuposto para a implementação do Direito à Saúde: Análise da questão do dever de fornecimento de água para os indígenas na pandemia de Covid-19 607

Emerson Affonso da Costa Moura

André de Vasconcelos

A Possibilidade de Responsabilização das Autoridades Brasileiras perante o Tribunal Penal Internacional pela política de enfrentamento da Covid-19 no Brasil 621

Ricardo Cotrim Chaccur

Marco Aurélio Moura dos Santos

Direitos Fundamentais: O aborto no Brasil, face á consolidada posição na Europa. 636

João Proença Xavier

Giovana De Morais Figueiredo Cruz

O Atual Ensino Jurídico no Brasil 650

Maria Cláudia Trajano Marques de Souza Santos

A Emergência dos Direitos Humanos de segunda geração em tempos de Pandemia COVID 19 661

Maria do Rosário Anjos

Mariana Cardoso Henriques Martins

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Novidades na execução trabalhista derivadas da Reforma Laboral de 2017

News on labor execution derived from the Labor Reform of 2017

Maira de Souza Almeida[1]

Sumário: Introdução; 1. Da aplicação da prescrição trabalhista; 2. Da diminuição do impulso oficial na execução trabalhista; Conclusão; Referências.

Resumo: O presente artigo tem por intuito avaliar as mudanças provocadas pela Reforma Trabalhista realizada no Estado brasileiro em 2017 na execução promovida pela Justiça do Trabalho, mais precisamente nos institutos da prescrição intercorrente e do impulso oficial e suas possíveis consequências para com o direito de acesso à Justiça. Para tanto, realizou-se uma definição conceitual dos referidos institutos e, posteriormente, definiu-se a utilidade prática deles e um interpretação que pudesse ser adequada para não prejudicar o direito do trabalhador de obter uma tutela judicial efetiva. O estudo visa, primordialmente, tentar encontrar uma interpretação aos dispositivos legais em análise que não comprometa o acesso efetivo à Justiça do Trabalho pelo ser humano trabalhador. A metodologia utilizada para a feitura desta pesquisa acadêmica foi a revisão literária dos assuntos relacionados ao direito do trabalho, ao processo do trabalho, ao direito civil, aos direitos humanos e ao direito constitucional. Também buscou-se avaliar a posição jurisprudencial acerca das temáticas em análise antes e depois da Reforma Trabalhista. E, por fim, tentou-se encontrar um posicionamento jurídico que não perdesse de vista o princípio da proteção ao trabalhador que também se aplica ao processo do trabalho e visa preservar a dignidade humana do empregado promovendo uma superioridade jurídica para compensar a desigualdade econômica existente na realidade da relação laboral.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista; Prescrição; Impulso oficial.

The purpose of this article is to evaluate the changes brought about by the Labor Reform carried out in the brazilian state in 2017 in the execution promoted by the Labor Justice, more precisely in the institutes of intercurrent prescription and in the official impulse and its possible

1 Doutoranda em direito pela Universidade de Santiago de Compostela. Investigadora do JusGov da Universidade do Minho. Email: maiudia@hotmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

consequences for the right of access to Justice. To this end, a conceptual definition of the referred institutes was carried out and, subsequently, their practical usefulness and an interpretation that could be adequate not to undermine the right of the worker to obtain effective judicial protection were defined. The methodology used to carry out this academic research was the literary review of subjects related to labor law, the labor process, civil law, human rights and constitutional law. We also sought to assess the jurisprudential position on the issues under analysis before and after the Labor Reform. And, finally, an attempt was made to find a legal position that does not lose sight of the principle of worker protection that also applies to the work process and aims to preserve the human dignity of the employee by promoting legal superiority to compensate for the existing economic inequality in the country. reality of the employment relationship.

Keywords: Labor Reform; Prescription; Official impulse.

Introdução

A jurisdição é tida como uma das funções do Estado, entendida como a capacidade de decidir e impor o veredito imperativamente com a finalidade de solucionar os conflitos sociais com Justiça (Garcia, 2017, pp.58-63).

Nessa perspectiva, o processo deve começar por iniciativa das partes, porém se desenvolve por impulso oficial – art. 2.º, CPC – de maneira que o juiz poderá determinar diligências para o esclarecimento da lide uma vez que ele é o diretor do processo – art. 765, CLT.

Essa atuação mais incisiva do magistrado no processo tem como finalidade possibilitar a efetividade da tutela jurisdicional, por meio da entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável a quem de direito. Essa é uma das facetas do acesso à Justiça.

É preciso ter em mente que a noção da efetividade do processo guarda relação direita com o direito de acessar o Poder Judiciário, pois o acesso à justiça compreende não somente o direito de provocar o Judiciário, mas também de obter uma decisão justa num prazo razoável e com potencial de executá-la (Zavascki, 2005,

p.66).

Entretanto, a reforma trouxe novidades na execução trabalhista capazes de comprometer o acesso à tutela jurisdicional, quais sejam:

a) Possibilidade de haver prescrição intercorrente na execução
b) Limitação da iniciativa ex ofício da execução

Essas duas novas situações jurídicas expostas em (a) e (b) serão analisadas a seguir, com o propósito de verificar em que medida essas inovações podem comprometer o acesso à Justiça, por parte do trabalhador.

1. Da aplicação da prescrição trabalhista

É fato notório que a Reforma Trabalhista alterou significativamente vários dispositivos da CLT, causando uma mudança sistemática no direito material e no direito processual do trabalho, haja vista que além de ter comprometido o direito de acesso à Justiça pelo obreiro, inclusive, por meio da redução substancial da possibilidade do magistrado iniciar a realização a execução de ofício, consagrou, ainda, a prescrição intercorrente no curso da execução, normas essas que representam grave retrocesso social.

Importante esclarecer que o instituto da prescrição sempre teve por finalidade evitar a perpetuação dos conflitos, uma vez que ela atinge a exigibilidade da pretensão objeto da demanda e, desse modo, ela ajuda a manter a paz social e a ordem pública na sociedade (Martins, 2018, pp.397-398). Decorre da máxima de que “o direito não socorre aqueles que dormem”, pois o exercício do direito não pode ficar pendente de forma indefinida no tempo. Assim, a prescrição de acordo com o art. 189 do Código Civil se caracteriza pela perda da pretensão diante da inércia do titular do direito subjetivo (Tartuce, 2016, pp.309-312).

Nesse sentido, a prescrição permite que as relações jurídicas se estabilizem, garantindo a segurança jurídica que é um interesse de caráter geral; entretanto, a prescrição acaba por favorecer quem desrespeitou as normas jurídicas – sendo, por isso, um instituto, que não se revela justo (Mallet, 2019, pp.263-264).

O conflito se dá, portanto, entre Justiça e segurança, pois a prescrição permite a subsistência de atos contrários ao direito e favorece a segurança jurídica, mas é um instituto que se afasta da ideia de Justiça. Por outro lado, prazos prescricionais muitos longos reforçam a eficácia das normas jurídicas e favorecem a Justiça comprometendo, todavia, a segurança (Mallet, 2019, p.265).

No tocante à prescrição trabalhista, ela está prevista no art. 7.º, inciso XXIX, da CRFB/88 e no art. 11 da CLT. A Carta Magna prevê a prescrição trabalhista da seguinte maneira: "ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho".

Cabe aqui esclarecer que a Constituição prevê dois tipos de prazos, um de dois anos para ajuizar a ação trabalhista após a extinção do contrato de trabalho, podendo reclamar os últimos cinco anos contados do ajuizamento da ação e outro de cinco anos para reclamar direitos durante o contrato de trabalho (Schiavi, 2016, p.490).

Feitas essas breves considerações acerca do instituto da prescrição, o primeiro dispositivo após a reforma que convém ser analisado é o § 3.º do art. 11 da CLT que disciplina que " [a] interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos".

Para Delgado (2017, p.113), o legislador infraconstitucional buscou impor restrições desproporcionais na aplicação do texto celetista, de que a "... interrupção somente ocorrerá pelo

ajuizamento de reclamação trabalhista ...".

Entretanto, é sabido que o Código Civil brasileiro é detectado como a fonte matriz do instituto prescrição. Desta forma, a sua utilização como fonte complementar é permitida pelo art. 8.º da CLT, sendo esta a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do referido preceito legal, não permitindo a interpretação restritiva a ponto de não haver integração do ordenamento jurídico (Delgado, 2017, p.113).

De igual maneira, a doutrina majoritária, incluindo a explicitada em Schiavi (2016, p.491), argumenta serem as causas interruptivas e suspensivas do Código Civil de 2002 aplicáveis ao processo do trabalho.

Essa é a interpretação que vai ao encontro do fato de ser o ordenamento jurídico um todo integrado, tal como previsto na Teoria do Diálogo das Fontes. Demais disso, se coaduna com o princípio da proteção, dado que com a interrupção da prescrição trabalhista, o prazo prescricional inicia-se novamente, razão pela qual haverá um maior tempo para demandar as pretensões trabalhistas que têm caráter alimentar.

Por sua vez, no tocante à prescrição intercorrente – que é aquela que ocorre no curso do processo, mais precisamente na execução –, a jurisprudência trabalhista majoritária não admitia a sua aplicação no processo do trabalho, inclusive consagrou na súmula 114, TST esse entendimento, em razão do princípio da proteção e também porque no processo do trabalho a regra até então se valia da premissa de que a execução deveria ser promovida de ofício pelo juiz, de maneira que parcela da doutrina admitia a pronúncia da prescrição somente nos casos de atos que caberiam, exclusivamente, à parte e que não poderiam ser suprimidos de ofício pelo juiz. Essa era a posição de Schiavi (2016), por exemplo, que destaca que se o exequente intimado não cumprir a decisão judicial no curso da execução, o juiz poderá pronunciar a prescrição.

Saraiva (2018, p.452) também esclarece que a prescrição

intercorrente é a perda de um direito pelo decurso do tempo, quando o exequente deixar de praticar ato que dependa exclusivamente dele para a continuidade da execução da dívida, paralisando o processo, por mais de 2 anos.

Outras razões pelas quais era inadmitida a prescrição intercorrente no curso da execução se refere ao fato do crédito trabalhista ser de natureza alimentar e em face do princípio da irrenunciabilidade do crédito trabalhista (Schiavi, 2016, p.489). Além do fato de que a pronúncia da prescrição coloca em prejuízo o trabalhador que pode ganhar e não levar (Waldraff, 2017, p.36).

Esse entendimento acerca da não admissão da pronúncia da prescrição intercorrente era consagrado na jurisprudência trabalhista, como se pode constatar do acórdão do TST, feito em 2018, exposto abaixo:

> TST – Recurso Ordinário Trabalhista – RO1782620165230000
>
> Julgamento: 26 de julho de 2018
>
> Prescrição Intercorrente. Inaplicabilidade na execução trabalhista antes da vigência da Lei 13.467/17. Violação do art. 5.º, XXXVI da Constituição Federal.
>
> A jurisprudência da SBDI -2 segue no sentido de que a pronúncia da prescrição intercorrente, antes da vigência da Lei n.º 13.467/17, com a consequente extinção da execução, implica em violação do art. 5.º, XXXVI da Constituição Federal, porque retira a eficácia da decisão judicial transitada em julgado materializada no título Executivo. Na hipótese dos autos, foi pronunciada a prescrição intercorrente e declarada extinta a execução, ao fundamento de que os autos ficaram arquivados por inércia do Exequente. A Súmula 114 dispõe que: É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente. Desta forma não há que se falar em inércia da parte que ocasione a prescrição intercorrente na ação trabalhista originária da decisão rescindenda. Recurso ordinário conhecido e não provido[2].

Com a reforma o novo entendimento parece que já está sendo incorporado na jurisprudência dos Tribunais Regionais, como se verifica na decisão do TRT1:

2 Decisão do TST disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595903671/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1782620165230000. Acesso em: 12 setembro 2020.

> TRT-1 – Agravo de Petição AP 02686006120025010521 RJ
>
> Julgamento: 4 de julho de 2018
>
> Agravo de Petição. Prescrição. Intercorrente. Execução Trabalhista. Inaplicabilidade.
>
> Conquanto estribada na letra do art. 11-A da CLT, inclusão pela Lei n.º 13.467/17 (Reforma Trabalhista) o respeitável entendimento de que a prescrição intercorrente se aplica ao processo do trabalho, em fase de execução, de ofício ou a requerimento do interessado, em qualquer grau de jurisdição, no caso, não houve inércia do exequente, pois não foi intimado para promover a execução, antes da decisão da prescrição intercorrente[3].

Nesse sentido, assim como em outros casos, a Reforma Trabalhista ignorou entendimentos jurisprudenciais consagrados pelo TST, como o da súmula 114 do TST, que ao invés de serem incorporados pela lei, foram repelidos com a criação de norma em sentido diametralmente oposto (Horta, 2018, p. 135).

Assim, o novo dispositivo legal da CLT admite que a prescrição seja aplicada às execuções trabalhistas. Por se tratar de mudança em prejuízo ao trabalhador, é preciso que sua interpretação seja restritiva, de maneira que se trate de determinação relativa a ato estritamente pessoal do exequente, sem cuja atuação o fluxo do processo se torne inviável. Se não for essa hipótese, será ato de interesse do Estado e caberá ao magistrado agir em decorrência do princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional (Delgado, 2018, p.115).

Essa também é a posição de Jorge Luís Souto Maior, para quem o instituto da prescrição intercorrente merece interpretação restritiva para que não se interrompa o projeto de sociedade que tem bases firmadas na Constituição de 1988 e que visa à realização e não à negação de direitos sociais fundamentais, porque a prescrição acaba constituindo um prêmio ao mau pagador e incentivando o descumprimento da legislação laboral (Souto Maior, 2017, pp.75-76).

3 Decisão do TRT da 1ª Região ver: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=prescri%C3%A7%C3%A3o%20intercorrente%20trabalhista. Acesso em: 12 setembro de 2020.

Tal previsão legal, repisa-se, além de desconsiderar a previsão jurisprudencial a respeito da matéria, representa grave retrocesso social. Portanto, essa é a interpretação que vai ao encontro do que já era admitido por parcela da doutrina.

Esse também é o posicionamento do TST que na Instrução Normativa n.º 41 estabelece em seu art. 2.º que a prescrição intercorrente, nova modalidade prescricional prevista pela lei, contará a partir do descumprimento da decisão judicial, desde que feita após 11 de novembro. Data essa em que a lei entrou em vigor no Brasil. Tal situação evidencia que o Tribunal já reconhece a referida prescrição e superou a sua súmula.

De igual maneira a nova lei autorizou expressamente a declaração da prescrição de ofício. Isso não era admitido pela jurisprudência e doutrinas majoritárias em razão de ser o crédito trabalhista alimentar.

Nestas circunstâncias, tal entendimento deverá também ter interpretação restritiva apenas para o processo de execução, tendo em vista o princípio da proteção. Ressalte-se, anteriormente à previsão legal, que a doutrina majoritária não admitia a prescrição de ofício no processo do trabalho (Delgado, 2018, p.115).

Schiavi (2016, pp. 508-509) também reviu sua posição e passou a não admitir a prescrição de ofício no processo do trabalho, porque tal instituto tem natureza híbrida de direito processual e material, razão pela qual os princípios de direito material devem ser respeitados, como é o caso do princípio da proteção e da irrenunciabilidade de direitos. Tendo o Judiciário trabalhista papel de efetivar direitos trabalhistas e garantir o acesso à Justiça pelo trabalhador, esses fatores também impediriam a pronúncia da prescrição de ofício pelo magistrado. Essa conduta pelo juiz, segundo o doutrinador, afrontaria a melhoria da condição pessoal do trabalhador prevista na Constituição.

Cabe ainda destacar que esse entendimento era pacífico no âmbito do TST:

> TST – RECURSO DE REVISTA RR 9747620165120047
>
> Publicação: 18/08/2017
>
> Recurso de Revista. Prescrição. Pronunciamento de ofício.
>
> A jurisprudência perfilhada nesta Corte Superior é pacífica no sentido da impossibilidade da declaração, de ofício, da prescrição no processo do trabalho[4].

Todavia, com a reforma a prescrição intercorrente e sua pronúncia de ofício estão previstas em lei, o que além de representar retrocesso social, afronta os princípios da proteção e da irrenunciabilidade do crédito trabalhista, assim como, mais grave, compromete o acesso à Justiça pelo trabalhador na medida em que ele poderá não ter efetivados seus direitos no curso da execução, devido a retira da eficácia da decisão judicial transitada em julgado materializada no título executivo. Isso porque pode-se falar em efetividade na execução quando ela consegue atingir sua finalidade, que é a entrega no menor prazo possível da prestação ao credor (Schiavi, 2016, p.1044).

Todavia, a fim de compatibilizar o texto legal com a Carta Magna e com o princípio da proteção, a prescrição intercorrente requer interpretação restritiva para que seja aplicada apenas em casos de omissão de ato que caiba exclusivamente à parte após efetiva notificação e somente ao processo de execução. Conforme Miessa (2017, pp.54-57), antes de declarar a prescrição de ofício, o magistrado deve dar oportunidade da parte se manifestar para que não haja surpresa.

2. Da diminuição do impulso oficial na execução trabalhista

Reforçando o que já foi dito acima, primeiramente, é preciso ter em mente que a noção da efetividade do processo guarda

4 Decisão do TST disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=prescri%C3%A7%C3%A3o+de+of%C3%ADcio+TST. Acesso em: 12 setembro de 2020.

relação direta com o acesso à Justiça, que compreende não somente o direito de provocar o Judiciário, mas também de obter uma decisão justa num prazo razoável e com potencial de executá-la (Zavascki, 2005, p.66).

De outro lado, é fato notório que pessoas ou organizações que possuem maior capacidade econômica têm maiores vantagens ao propor ou defender-se em um dado processo, uma vez que podem pagar para litigar e, com isso, suportam as delongas do processo. Magistrados passivos realçam esse problema por deixarem para as partes a tarefa de obter e apresentar provas, assim como desenvolver a causa (Cappelletti, 1988, pp.21-22).

Admite-se que um juiz ativo representa um apoio ao sistema de Justiça, pois ele pode maximizar a oportunidade de que o resultado do processo seja justo e não reflita somente a desigualdade presente entre as partes (Cappelletti, 1988, p.77).

Nessa perspectiva, convém esclarecer que antes da reforma a regra era que a execução trabalhista deveria ser promovida de ofício pelo magistrado do trabalho. Isso porque há um relevante aspecto social envolvendo a satisfação do crédito trabalhista, além da hipossuficiência do trabalhador e por existir no processo do trabalho o jus postulandi. Além disso, considera-se ser inerente à função jurisdicional que o magistrado dê cumprimento às suas decisões e entregue a prestação jurisdicional a quem de direito (Schiavi, 2016, p.1048).

Entretanto, pela nova disposição legal, cabe à parte requerer os atos executivos, salvo no caso de jus postulandi que é quanto a parte está desassistida de defesa técnica, sendo permitida nessa hipótese ao juiz iniciar a execução. É preciso ter em mente que tal norma deve ser interpretada em conformidade com as demais normas do ordenamento jurídico a fim de não prejudicar o direito de acesso à Justiça que tem como uma de suas facetas a efetividade da tutela executiva.

Para Pamplona Filho (2018, p.916) essa nova disciplina na

prática elimina a execução de ofício, dado que o jus postulandi é excepcional. Atualmente está em desuso, uma vez que a Justiça a cada dia mais necessita de uma defesa mais técnica. Lopes afirma que a nova redação do art. 878 da CLT acaba por desconsiderar a realidade trabalhista e o impulso oficial e que não se revela razoável exigir que os processos fiquem parados até que o autor peça algo (Lopes, 2019, p.161).

Segundo Keller (2018, p.932) a relativização da execução de ofício fere a efetividade processual prevista no art. 5.º, inciso LXXVIII da Carta Magna, na medida em que retira do magistrado o dever de promover a execução de ofício – e isso tem por consequência tornar o Poder Judiciário um mero coadjuvante numa fase de suma importância, responsável por satisfazer o crédito trabalhista. Esse também é o posicionamento de Castelo (2017, p.140), para quem o fim da execução de ofício é um retrocesso, na medida em que retira ao juiz a iniciativa do cumprimento da sentença.

Nesse sentido, embora a lei pareça querer afastar o magistrado do rol de legitimados em promover a execução trabalhista, vige também no processo do trabalho o princípio do impulso oficial – art. 2.º, CPC. Mais precisamente, o art. 765, CLT realça o papel do juiz como diretor do processo, de modo que ele pode requisitar atos e deve fazê-lo para que haja o rápido andamento da causa (Castro, 2018, p.408).

Assim, a interpretação mais adequada para o novo dispositivo legal vai no sentido de que houve uma restrição quanto à possibilidade de o juiz iniciar de ofício a execução, só se admitindo em caso de ausência de advogado, mas não com relação à possibilidade de dar andamento a ela, que cabe em qualquer situação. De maneira que requerida a execução pela parte, o magistrado está autorizado a citar, a penhorar bens, a realizar o registro da penhora e a avaliação, e a realizar os atos necessários à expropriação (Castro, 2018, pp.408-409).

Em igual sentido, Jorge Luiz Souto Maior afirma que, pese

embora a regra agora passe a ser a de que a execução deva ser promovida pelas partes, isso não retira o dever do magistrado de promover os atos de execução por meio de mecanismos de consulta e localização do patrimônio, uma vez que a finalidade do processo é a entrega da prestação jurisdicional e deixar de o fazer representa negativa a esse serviço estatal (Souto Maior, 2017, p.87).

Entretanto, há quem discorde do posicionamento referido supra. É o caso de Saraiva (2018, pp.452-453), segundo o qual, em razão de a execução não se iniciar mais de ofício, medidas para localizar o executado e seus bens (a fim de proceder à penhora) dependem do requerimento do exequente. Todavia esse entendimento não vai ao encontro do acesso à Justiça.

Nessa perspectiva, como já foi dito alhures, a Lei n.º 13.467/2017 acrescentou na CLT a prescrição intercorrente, de maneira que em decorrência de omissão culposa do exequente esta será declarada. Entretanto, não restam dúvidas de que deve o magistrado continuar assegurando eficiência e efetividade ao processo do trabalho, após decidido o título jurídico exequendo, tomando as medidas necessárias na forma dos preceitos constitucionais e legais – através da consulta, restrição, bloqueio, indisponibilidade e penhora de bens reconhecidos (Delgado, 2017, p.356).

Assim, a lei que apreciamos é de questionável constitucionalidade, na medida em que dificultou o acesso à Justiça além de quebrar a isonomia da execução entre o crédito trabalhista e previdenciário, pois para este continua a ser permitida a execução de ofício, embora seja acessório em relação ao crédito trabalhista. Mais, o crédito laboral é superprivilegiado em relação ao previdenciário e, portanto, deveria ter uma execução mais efetiva, o que já não acontece – art. 114, inciso VIII, da CRFB/88 (Castro, 2018, p.412) –, uma vez que a regra para a execução das verbas trabalhistas não é mais o início da execução de ofício (Pamplona

Filho, 2018, p.916).

Conclusão

Como pode-se notar a Reforma Trabalhista trouxe alterações significativas na execução que requerem uma interpretação adequada para que não haja comprometimento do acesso à Justiça. Constatou-se que resta superado o entendimento jurisprudencial trabalhista no sentido de que a prescrição intercorrente não se aplica ao processo do trabalho, na medida em que o principal argumento para a aplicação da prescrição intercorrente é que a execução de ofício não mais subsiste no processo do trabalho (Colnago, 2017, p.162). Possivelmente a jurisprudência trabalhista se assentará no sentido de ser inaplicável a prescrição intercorrente nas execuções em que o exequente faça uso do jus postulandi, isso porque, neste caso, permanece o dever do juiz em iniciar a execução de ofício (Barba Filho, 2017, p.153).

Todavia, enquanto espera-se a pacificação jurídica quanto ao início da execução de ofício pelo magistrado, parece ser mais razoável a interpretação no sentido de que houve limitação ao início da execução de ofício pela lei. Porém, isso não é capaz de prejudicar o impulso oficial do magistrado na execução para que não haja negação ao direito de acesso à jurisdição.

Referências

BARBA FILHO, R. D. (2017). Prescrição intercorrente e declaração de ofício da prescrição no processo do trabalho pós-reforma. Revista TRT9: Curitiba.

CAPPELLETTI, M. GARTH, B. (1988). Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre.

CASTELO, J.P. (2017). Programa Gerencial a Reforma Trabalhista – Aspectos de direito

processual/material. Revista eletrônica Reforma Trabalhista III. TRT9. V.7º: Curitiba.

CASTRO, I. M. de. (2018). A duvidosa constitucionalidade do "fim" da execução de ofício do crédito trabalhista. LTr: São Paulo.

COLNAGO, L. de M. R. (2017). A prescrição intercorrente e o direito intertemporal. Revista TRT9: Curitiba

DELGADO, M.G. DELGADO, G.N. (2017). A Reforma Trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n.º 13.467/2017. LTr: São Paulo.

DELGADO, M.G. DELGADO, G.N. (2018). A matriz da Constituição de 1988 como Parâmetro para Análise da Reforma Trabalhista. Revista TRT9: Curitiba.

GARCIA, G. F. B. (2017). Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed., rev., atual. e ampl. Forense: Rio de Janeiro.
GARCIA, G. F. B. (2017). Reforma Trabalhista: alterações na jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. Revista TRT9: Curitiba.

KELLER, W. (2018). As criptomoedas e a Reforma Trabalhista. LTr: São Paulo

MALLET, E. (2019). Crítica à proposta de redução dos prazos de prescrição trabalhista. LTr: São Paulo

MARTINS, M. R. (2018). Reforma Trabalhista (Lei 13.467 de 13.7.2017) – Prescrição e sua aplicação de ofício – Aplicação no direito e no processo do trabalho. LTr: São Paulo.

MIESSA, E. (2017). Prescrição intercorrente no processo do trabalho após a Lei 13.567/17. Revista TRT9: Curitiba.

PAMPLONA FILHO, R. FERNANDEZ, L. (2018). Direito processual intertemporal e a Instrução Normativa n.º 41/2018 do TST: a

aplicação das inovações da Reforma Trabalhista ao processo do trabalho. LTr: São Paulo.

SARAIVA, R. LINHARES, A. (2018). Processo do trabalho: concursos públicos.14ª ed. Juspodivm: Salvador.
SARAIVA, R. SOUTO. R. T. (2018). Direito do Trabalho: concursos públicos. 20ª ed. Juspodivm: Salvador

SCHIAVI, M. (2016). Manual de Direito Processual do Trabalho de acordo com o novo CPC. 10ª ed. LTr: São Paulo.

SOUTO MAIOR, J. L. (2017). Impactos do golpe trabalhista (A Lei 13.467/17). Revista TRT 9: Curitiba.
SOUTO MAIOR, J. L. SEVERO, V. S. (2017). O acesso à Justiça sob a mira da Reforma Trabalhista – ou como garantir o acesso à Justiça diante da Reforma Trabalhista. Revista TRT9: Curitiba.

TARTUCE, F. (2016). Manual de Direito Civil. Volume único. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Forense: Rio de Jaeiro.

ZAVASCKI, T. A. (2005). Antecipação da tutela. 4ª ed. Saraiva: São Paulo.

WALDRAFF, C. H. (2017). A redução do número de ações trabalhistas que não virá com a reforma laboral. Revista TRT9: Curitiba.

O Medo Como Ferramenta de Controle Social e a Vulnerabilidade dos Direitos Humanos

Fear as a Tool for Social Control and the Vulnerability of Human Rights

Daniele Messias Corrêa Luiz[1]

Sumário: Introdução – 1.O paradigma da covid 19 – 2. O medo e o controle social – 3. O discurso político: a ciência e a imposição da unicidade - 3.1 A ciência como discurso político – 3.2 O próximo passo: a imposição da unicidade – Considerações Finais.

Resumo: Este estudo se propõe em promover uma compreensão sobre a relação que existe entre o medo inerente ao ser humano e compartilhado pelo senso comum, como: o medo de morrer, o medo de ficar doente, o medo de não ter trabalho, o medo de não pertencimento a um grupo social, o medo de deixar os que amam desprotegidos; e a sua relação com as ações dos agentes de poder, ora com status de autoritarismo, no momento em que esses sentimentos são potencializados por ameaças diretas ou indiretas. E também, trazer uma reflexão mais especificamente sobre o uso de fundamentos científicos por autoridades políticas, afim de alinharem os seus discursos ideológicos a um interesse não necessariamente social que vise a tutela de direitos individuais e coletivos. E ainda, ponderar sobre a capacidade lesiva que estes instrumentos políticos possuem para influir no processo de renúncia tácita de direitos humanos reconhecidos e chancelados por entidades internacionais e pela nossa Constituição de 1988. Afim de aproximar o tema a uma realidade fática, foi abordado a epidemia do COVID 19 como paradigma deste trabalho, tendo em vista a zona de conflito entre a sociedade, seus medos, a ciência, a política e o crescimento do seu grau de vulnerabilidade dos cidadãos. Para isso, foi utilizada uma pesquisa

1 Daniele Messias Corrêa Luiz. LUIZ, D.M.C. Mestranda em Direito Público e Evolução Social – Universidade Estácio de Sá. Pesquisadora do Observatório de Políticas Públicas e Evolução Social da Universidade Estácio de Sá. Membro do Núcleo de Pesquisa de Políticas Públicas Acessibilidade e Inclusão – NEPAI- PPGD UNESA. Juíza de Paz e Professora. danielemcl@hotmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

empírica com base em documentos e fontes bibliográficas.

Palavras Chave: Medo; Direitos Humanos; Controle Social; COVID-19.

Abstract: This study aims to reflect on the relationship between the fear inherent to human beings and shared by common sense, such as the fear of dying, of becoming ill, of not having a job, of not belonging to a group and their relationship with the actions of the authorities of power, when these fears are heightened by direct or indirect threats. To understand specifically, how the political authorities use these fears to adapt their discourses and non-collective interests and their harmful capacity to the conquered rights and freedoms. For this, an empirical research based on documents and bibliographic sources was used. To bring the topic closer to a factual reality, the covid 19 epidemic was approached as a paradigm of the proposed work.

Keywords: Fear; Human rights; Social Control; COVID 19.

Introdução

A concepção moderna de Estado parte da premissa de que o homem na sua condição de ser gregário já possuí uma inclinação para fazer parte de uma polis, aqui destacando quanto sociedade política. E embora o Estado não possua um conceito universal, não deixa de ser majoritariamente compreendido como uma hipótese de ordenamento político que de alguma forma está associado ao exercício de um poder, sendo ele por representação ou não.

Neste contexto, o que se desprende é que de um lado têm-se indivíduos que compartilham interesses, anseios e ideias, integrantes de uma sociedade e de outro, os agentes políticos que compõem este poder a pretexto de garantir que alguns bens jurídicos essenciais sejam tutelados, como a liberdade e a vida.

Contudo, nem sempre os interesses e anseios coletivos estão alinhados com um "querer político" e faz-se necessário um ambiente propício para a sua implementação. Com isso, o uso criativo e implícito de alguns medos naturais ao senso comum, é manobra

historicamente utilizada para criar este ambiente favorável, sem que haja a perda das características de governo democrático.

Segundo Hobbes, (1.651. 38.p.), “A opinião, ligada à crença de dano proveniente do objeto, chama-se medo.” Nesse sentido, o medo das armas, das doenças, da punição, da rejeição, da exclusão, da pobreza, do deixar de ter, do deixar de ser, do deixar de existir...qualquer que seja ele, tem sido munição para a conquista de mais espaços políticos, para a fragilização de direitos conquistados a sangue e suor e para a relativização das liberdades e individualidades.

O medo é notoriamente um sentimento capaz de despertar os mais profundos instintos do ser humano e através dele ou por causa dele, as histórias de nações por todo mundo foram construídas. Muitas delas, hodiernamente, conduzidas por suposta governabilidade nada democrática, de alguns líderes que se baseiam nesta mesma ideia, ainda que subliminarmente.

1. O paradigma do COVID 19

Importante destacar que o que se busca neste tópico é uma reflexão sobre a correlação do medo com a fragilização de alguns direitos humanos e o exercício da cidadania em tempos de pandemia. Portanto, não se pretende levantar ou responsabilizar a causa e a consequência a um destinatário específico.

A Constituição de 1988, no seu preâmbulo, traz como finalidade do Estado Democrático, “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça [...]”, (BRASIL, 1988).

E em seguida, em seu artigo 1º aponta dentre outros fundamentos deste Estado, a dignidade humana, que por sua vez, é a expressão máxima dos direitos à personalidade que têm como um dos signos a própria individualidade.

Ainda nesta esteira, a Declaração Universal dos Direitos

Humanos assegura proteção a vida privada e a liberdade de locomoção.

> Art. XII. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.
>
> Art. XIII. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

Todavia, desde o registro da primeira morte por COVID-19, a população brasileira vem vivenciando previsões apocalípticas sobre estimativa de mortes, curvas de contaminação, formas de propagação e contágio.

O terror pelo desconhecido, mobilizou grande parte dos cidadãos que munidos de um sentimento altruísta e também, da necessidade de preservação da própria vida, aderiram majoritariamente a causa “fica em casa”.

O medo de morrer por causa de um vírus desconhecido, pode ser observado massivamente em diversas nações pelo mundo e a pressão política vinda de órgãos internacionais por soluções de contenção da propagação do vírus trouxe holofotes aos problemas pré-existentes nas redes de saúde pública, fazendo com que os chefes dos governos estaduais e municipais, mediante decretos proibitivos, restringissem o direito de ir e vir, tendo como ressalva apenas àqueles indivíduos envolvidos em algum serviço essencial.

Portanto, sendo a vida um bem jurídico inegociável, subverteu-se todos os demais direitos por conta do isolamento social, como o direito à liberdade de locomoção, o direito ao trabalho, o direito à educação, o direito de gerir sobre o que é melhor para a própria vida, como tomar ou não um determinado medicamento, por exemplo, colocando-os em escalas hierárquicas, como se não houvesse a intercessão entre eles.

Neste período em que se compartilha o medo de contaminação,

o instinto de sobrevivência aderiu-se às ideias coletivistas e, ainda que essas possam abrir espaços para ameaças a direitos fundamentais, a proteção à vida sujeitou todos os demais direitos com anuência passiva dos cidadãos.

Ainda que se possa questionar o possível vício de consentimento desta supressão de direitos, o fato concreto é que a pandemia do coronavírus no Brasil, traz uma reflexão sobre até que ponto alguns medos naturais do indivíduo podem ter uma potencialidade lesiva e pior, autorizativa de interrupção de direitos.

Igualmente, o medo de perder a vida é historicamente um portal para a disseminação do caos e este é o estopim para o crescimento e o fortalecimento de governos totalitários que promovem a promessa de defender o interesse coletivo e a pretexto deste, ganha adeptos fervorosos face aparente causa humanista.

Então, a celeuma no que diz respeito aos Direitos Humanos e o exercício da cidadania é sobre qual legado jurídico será deixado por este precedente, em especial em relação aqueles direitos que através de sua interrupção foram tacitamente relativizados. Talvez seja preciso um olhar mais cauteloso quanto à "solidariedade negativa baseada no temor à destruição global" (ARENDT, 2008, 92. p), que se prega em períodos como esses.

2. O medo e o controle social

Como escrito, quando os agentes políticos, aqui considerados aqueles que agem como representantes do povo precisam se articular através de condições que viabilizem suas ações, que legitimem o discurso e que ganhe o maior número de adesão possível, sem perderem o status de atores sociais promotores da vontade coletiva e da democracia, o medo comum age em favor do controle social.

O sentir-se desamparado diante do caos, mormente quando sequer é permitido utilizar-se do modelo de adesão de ideias e

reivindicações com um agir coletivo, por conseguinte trazendo um desespero hábil a tornar as impotências individuais em um "cheque em branco".

> Não há virtude, não há amor à igualdade de poder, que não tenha de superar essa ansiedade do desamparo, pois não existe vida humana que não seja vulnerável ao profundo desamparo, à incapacidade de agir, quando menos diante da morte. O medo, como princípio de ação é, em certo sentido, uma contradição em termos, porque o medo, precisamente, é o desespero pela impossibilidade de ação. O medo, distinguindo-se dos princípios da virtude e da honra, não tem nenhum poder auto transcendente e, portanto, é verdadeiramente antipolítico. (ARENDT, 2011, 356. p.).

O objetivo das revoluções liberais foi a criação de ferramentas de controle do poder e do sistema de freios e contrapesos. Havia uma preocupação na preservação de direitos e sua inviolabilidade. Porém, a história também é a principal testemunha de que a sensação de desfavoreço e impotência de um grupo, pode leva-lo a entregar de forma consentida, esses mesmos direitos a indivíduos que estão no poder, através de um aceite duvidoso, de um não fazer aquilo que até então era essencial para a sua própria existência.

Há algumas formas de se fundamentar um discurso de supressão de liberdades e outros direitos, com base no medo. Destaca-se aqui, por conta da pertinência com o estudo, os medos relacionados à saúde e à vida.

3. O discurso político: a ciência e a imposição da unicidade

Quando a saúde é o bem jurídico a ser preservado e a ameaça a este bem está diretamente ligada a propagação de uma doença contagiosa ou a outro tipo de disseminação em massa deste dano, a ciência passa a ser a bússola condutora e que chancela atos normativos independente de sua constitucionalidade.

E com base em um posicionamento científico, ainda que prematuro, como será tratado mais adiante, surge o próximo passo,

que é a ideia de que uma vontade fundamentada em um protocolo científico prevalecerá sobre as demais, partindo-se da premissa de que alguém irá concentrar a execução desta e por obvio, isto decorre de atos centralizados de agentes políticos.

3.1 A ciência como discurso político

A função primordial da ciência é buscar produzir conhecimento e respostas acerca de uma demanda e segundo conceitua Cleber Cristiano Prodanov (2013, 20.p) etimologicamente, o termo ciência provém do verbo em latim Scire, que significa aprender, conhecer.

Já para Trujillo Ferrari (1974, 8.p), ciência é todo um conjunto de atitudes e de atividades racionais, dirigida ao sistemático conhecimento com objetivo limitado, capaz de ser submetido à verificação.

E Lakatos e Marconi (2007, 22. p) acrescenta que, além der ser uma sistematização de conhecimentos, ciência é um conjunto de proposições logicamente correlacionadas sobre o comportamento de certos fenômenos que se deseja estudar.

É patente a importância da ciência para o desenvolvimento de métodos e instrumentalização no processo decisório através da indicação de meios necessários para se atingir um resultado que se busca.

Observa-se nos conceitos sobre a ciência, alguns apontamentos em comuns, como a sistematização e o método. Ambos requerem estudo, clareza, experimentos dentre outras ações para comprovação do que se pretende afirmar. Porém, como usar este filtro para todos as demandas em que foi atribuída à ciência como o único meio seguro numa situação que exige respostas rápidas?

E se, “o conhecimento científico não produz certezas, mas fragilidades mais controladas”, (DEMO, 2000, p. 25), como se manter refém de uma ciência que é falível em uma situação de

urgência? Neste caso, a supressão de direitos fundamentais pode ser justificada por um protocolo ainda inexato? como por exemplo, o isolamento social reduzindo o direito de ir e vir ou mesmo a restrição da autonomia da vontade, limitando a decisão de um indivíduo quanto ao uso ou não um determinado medicamento.

Apesar de alguns momentos em que a ciência não entrega certezas, mas hipóteses a serem consideradas, não se pode negar o peso e a relevância que a sua resposta representa para os indivíduos, mormente, em um quadro em que a opção parece ser "ceder ou morrer".

No entanto, essas condições são ideais para legitimar ações políticas desvirtuadas do bem comum que paradoxalmente são aderidas pelos destinatários delas sem qualquer resistência. É quase que um quadro de "miopia da sobrevivência"

Igualmente, o uso da ciência para justificar ações políticas racistas, discriminatórias e usurpadoras de direitos não é uma novidade. Em nome da pesquisa científica, os alemães usavam métodos repugnantes e sádicos. Porém, não por leigos, mas por pessoas formadas em escolas tradicionais reconhecidas no mundo, que concordavam com as ideias nazistas.

Logo, se fundavam no pensamento de que "o povo alemão é um só corpo, mas sua integralidade está ameaçada. Para manter a saúde do corpo é preciso curar o corpo infestado de parasitas," (HITLER, 1925).

No Brasil, havia entre parlamentares profissionais da saúde, o discurso livre em defesa da educação eugênica.

> No que tange a educação eugênica, e a sua importância na saúde da raça, é o bastante, para demonstrar a sua magnitude, citar uma das proposições da Sociedade Alemã de Higiene Racial. A condição imprescindível para a consecução dos fins da higiene racial é a instrução e a educação eugênicas. Todas as escolas frequentadas pela mocidade devem ter cursos suficientes de Biologia e Eugenia. Todas as escolas superiores devem ser dotadas de cadeiras especiais para o estudo da hereditariedade humana e higiene racial (Eugenia), com possibilidades de pesquisas. A Eugenia deve constituir tema de ensino e de exame para os médicos e para as outras

> profissões, as quais assiste o dever de esclarecer o povo. (...) como complemento da educação eugênica, cumpre também aos poderes públicos cuidar da educação sexual. (Pacheco e Silva, 1934).

E este posicionamento com base na ciência, foi recepcionado pela Constituição de 1934, cujo art. 138 narra que "Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, estimular a educação eugênica [...] grifei. (BRASIL, 1934).

Ainda assim, não obstante a utilização de humanos como cobaias para a obtenção de respostas nos experimentos realizados por médicos e por cientistas alemães, nos tempos atuais permanece o debate dentro do contexto da ética científica, sobre a utilização ou não das respostas obtidas nestes trabalhos desumanos, especialmente àquelas em que não há literatura a respeito.

Isso demonstra que a se a própria ética científica pode ser relativizada a pretexto de trazer soluções para um bem comum, aproximado discurso tem a autoridade no poder para ignorar normas de Direitos Humanos, pela suposta proteção da coletividade. E é neste contexto que mora o perigo.

3.2. O próximo passo: a imposição da unicidade.

Após uma hipótese científica como solução para um problema nasce o fundamento necessário para a propagação de uma solução política e com ela a indagação: esta solução representa a vontade de todos? Acreditar numa resposta afirmativa é compreender a sociedade como um corpo composto por uma ideia final. Como se os indivíduos partícipes dela fossem setas lançadas a uma mesma direção com objetivo a um único alvo.

Ainda que fosse possível esta unicidade de ideias, ter-se-ia que ignorar as complexidades inerentes ao meio e às próprias características individuais da pessoa. E naturalmente, alterar o próprio conceito da palavra indivíduo.

Afastada esta suposição, como é possível entregar para uma pequena parte da população a prerrogativa de decidir por todos, sobretudo, falar em nome do bem comum? Na prática, quando se entrega esta missão a esta fatia de personagens políticos, cultiva-se o encolhimento das liberdades individuais, enquadrando diferentes cidadãos, de diferentes realidades, em um mesmo contexto, que de fato só atende a interesses políticos.

Entretanto, os medos que compunham o processo decisório fazem com que as pessoas não se sintam violadas em seus direitos e cria um sentimento de generalidade acompanhada de uma pressão popular em relação aqueles que ainda não aderiram às soluções políticas propostas, já que estas foram fundamentadas em contextos científicos, seguros ou não.

O resultado é que esta permissividade de que liberdades e direitos possam ser ignorados pelo poder hoje, em razão de uma suposta causa maior, abrirá precedentes para que o mesmo aconteça, em oportunidade futura, sendo que por motivos diferentes, que podem não ter a mesma concordância, representando grande ameaça à democracia e a manutenção das garantias que sustentam a dignidade do ser humano.

Considerações Finais

O estudo constatou que além dos obstáculos já existentes na garantia plena e isonômica dos Direitos Humanos, sendo algumas afrontas a eles públicas e notórias, esses estão sujeitos a um inimigo oculto que pode ser motivador, ainda que inconsciente, da supressão daqueles, o medo.

Neste contexto, percebeu-se que os indivíduos destinatários desses direitos e liberdades individuais, garantidos por tratados internacionais e pela Constituição de 1988 podem, ao sentir que um desses direitos estão sob ameaça, como o risco de morte, a pretexto de se protegerem, aderir às restrições de direitos

igualmente essenciais, sem que necessariamente se sintam de alguma forma violados.

E ainda, observou-se através do paradigma do momento - pandemia da covid 19, com fulcro de trazer as indagações para uma realidade fática, que quando esta ameaça envolve o risco à saúde, há uma tendência de mobilização genérica, um sentimento coletivista da qual presume-se ser o mais seguro a todos os cidadãos, desconsiderando as realidades e complexidades de cada comunidade e seus atores sociais.

Igualmente, que as autoridades do poder, através de discursos científicos, endossam e potencializam esses medos criando um ambiente adequado para a implantação de seus interesses, ainda que bem intencionados e constitucionalmente questionáveis.

Assim, concluiu-se por ora, o grande potencial lesivo aos Direitos Humanos quando esses são sujeitos a situações de medo e terror, provocadas por fatores externos ou não. Sobretudo, do risco de inaugurar-se precedentes irreversíveis que legitimem a supressão deles. Por isso, faz-se necessário que os cidadãos tenham uma noção real dos perigos dos quais estão sujeitos ao se convencionar, ainda que tacitamente, junto aos poderes, a flexibilização de direitos essenciais para o exercício da cidadania.

Referências

ARENDT, H. Homens em tempos sombrios. São Paulo, Companhia das Letras, 2008.

_____. Compreender. Formação, exílio e totalitarismo. São Paulo, Companhia das Letras,

2011.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. DF: Presidência da República, [2016].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 15 Mai. 2020.

BRASIL. [Constituição de (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 Mai. 2020.

DEMO, P. Metodologia do conhecimento científico. São Paulo: Atlas, 2000.

ESTADOS UNIDOS. ONU. Declaração dos Direitos Humanos de 10 de Dezembro de 1948. Proclamou a declaração universal dos direitos humanos. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: Abr. 2020.

FERRARI, Alfonso Trujillo. Metodologia da ciência, 2. ed. Rio de Janeiro: Kennedy, 1974. 8.p.

HITLER, Adolf. Mein Kampf - A Minha Luta. Precedido por uma história da ascensão, poder e crime do nazismo de Adolf Hitler. Tradução de Manuel S. Fonseca. São Paulo: Guerra & Paz, 2016. 87 p.

HOBBES, Thomas. Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Col. Os Pensadores. 1651. 38.p.

LAKATOS, Eva Maria e MARCONI, Marina de Andrade, Metodologia científica. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. 22.p.

PACHECO E SILVA, Antônio Carlos. Anais da Assembleia nacional Constituinte (1934). Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8228. Acesso em: 18 Mai. 2020.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. Metodologia do Trabalho Cientifico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico. 2 ed. Novo Hamburgo: FEEVALE, 2013. 20.p.

A utilização de Dados Sensíveis Médicos sob a ótica dos Direitos Humanos em tempos de Pandemia

The use of Sensitive Data from the Human Rights point of view in Pandemic Times

Débora Manke Vieira[1]

1 Pesquisadora. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Instituto de Estudos Tributários (PUCRS/ IET). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Membra-Associada Fundadora do Instituto Ibero-americano de Compliance. Membra Consultora da Associação Brasileira de Advogados (ABA). Membra do Comitê Público da Associação Nacional dos Profissionais de Proteção de Dados. Integrante do grupo de estudos "O compliance e as atuais práticas de gestão de riscos, mitigação e prevenção de crises" do Instituto Ibero-americano de Compliance. Revisora do Periódico científico na J2 - Jornal Jurídico e e3 - Revista de Economia, Empresas e Empreendedores na CPLP (Portugal). E-mail: deboramanke@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Fabrizio Bon Vecchio[2]

Sumário: 1. Os dados pessoais sensíveis e o setor médico; 2. Compartilhamento de dados sensíveis e o consentimento por escrito: serviços médicos digitais; 3. A proteção de dados sensíveis durante a pandemia de COVID-19; Considerações Finais.

Resumo: O ritmo da inovação tecnológica está superando gradativamente a velocidade da regulamentação legal, mas tal fato não isenta o ordenamento jurídico de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos quando o tema se refere à saúde, especialmente em período tão conturbado e marcado por violações legais e éticas, como estes tempos da pandemia do Coronavírus. Este estudo tem por objetivo analisar o fluxo de dados sensíveis na cadeia do tratamento de dados por médicos, agentes de saúde, clínicas médicas, operadoras de

2 Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidad Católica Argentina (UCA-AR). É Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-BR) e em Cumplimiento Normativo en Materia Penal pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM-ES). Possui Especialização em Direito Tributário pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE-BR)/ Universidade de Caxias do Sul (UCS-BR), Pós-graduação em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Maastricht-Campus Bruxelas (UM-NL), Especialização em União Bancária e Regulação Financeira em Portugal e na União Europeia pela Associação de Estudos Europeus de Coimbra da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (AEEC/UC-PT)/ Instituto de Direito Bancário da Bolsa e dos Seguros (BBS-PT), Especialização em Compliance e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu da Universidade de Coimbra (IDPEE/UC-PT) e Aperfeiçoamento em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa (UNL-PT). É Presidente do Instituto Ibero-americano de Compliance (IACC), Vice-presidente da Comissão de Direito Tributário Associação Brasileira de Advogados-ABA/SUL, Membro da Comissão Nacional de Compliance da Associação Brasileira de Advogados(ABA), Membro da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas dos Advogados-CDAP-OAB/RS, Membro da Comissão Especial de Compliance-CECOM-OAB/RS, Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/RS (subseção Canoas) e Membro da Comissão Especial de Proteção de Dados e privacidade da OAB/RS. Jornalista, é Membro do Conselho Editorial e Revisor do Periódico científico Jornal Jurídico-J2 (PT) e Membro do Conselho Editorial da Revista de Economia, Empresas e Empreendedores na CPLP-E3 (PT). É Membro Acadêmico Associado da Academia Brasileira e Associado ao Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos (INPPDH-BR). É professor convidado do LLM em Direito dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), do Pós LLM em Lei Geral de Proteção de Dados da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) , da Especialização em Direito dos Contratos e da Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), da Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e da graduação em Direito e da Graduação em Relações Internacionais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Também é professor convidado da Escola Superior de Tecnologias e Gestão da Universidade da Madeira (UMA) e da Comex Escola de Negócios. É titular da Vecchio Sociedade de Advocacia. E-mail: fbvecchio@hotmail.com

planos de saúde, hospitais, agências nacionais de proteção à saúde e demais profissionais relacionados a estes processos. Durante o ensaio, trataremos do consentimento por escrito do paciente e analisaremos os novos serviços médicos digitais que foram regulamentados no correr da crise sanitária. Eventual inviabilidade de garantia de neutralidade no processo de consentimento livre, para fins de cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados e demais questões éticas, ocorrências que devem ser reprimidas de imediato. O que precisamos perseguir é a segurança das plataformas responsáveis pelo armazenamento e tratamento dos dados pessoais da saúde, assim como garantia a privacidade e a não violação dos direitos básicos constitucionalmente garantidos ao todo ser humano. Por fim, podemos destacar que os agentes de tratamento desses dados, via de regra, são profissionais da medicina que seguem um rigoroso código de ética em suas atividades que os obrigam a manter sigilo sobre as informações dos pacientes, porém não podemos ignorar que os demais profissionais que tem acesso à base de dados, não possuem o mesmo dever legal, e são muitas vezes, nestes casos, em que ocorrem as violações legais.

Palavras-chave: Pandemia; Saúde; Proteção de Dados Pessoais; Direitos Humanos; Privacidade dos Pacientes.

Abstract: The pace of technological innovation is gradually outpacing the speed of legal regulation, but this fact does not exempt the legal system from protecting the fundamental rights of individuals when the subject refers to health, especially in such a troubled period and marked by legal and ethical violations, like these times of the Coronavirus pandemic. This study aims to analyze the flow of sensitive data in the data processing chain by physicians, health agents, medical clinics, health plan operators, hospitals, national health protection agencies and other professionals related to these processes. During the trial, we will address the patient's written consent and review the new digital medical services that have been regulated in the course of the health crisis. Possible impossibility of guaranteeing neutrality in the free consent process, for the purpose of complying with the General Data Protection Law and other ethical issues, occurrences that must be repressed immediately. What we need to pursue is the security of the platforms responsible for storing and processing personal health data, as well as guaranteeing privacy and non-violation of the basic rights constitutionally guaranteed to every human being. Finally, we can highlight that the agents processing this data, as a rule, are medical professionals who follow a strict code of ethics in their activities that oblige them to keep patient information confidential, but we cannot

ignore the fact that the others professionals who have access to the database do not have the same legal duty, and it is often in these cases that legal violations occur.

Keywords: Pandemic; Health; Personal Data Protection; Human rights; Patient Privacy.

1. Os dados pessoais sensíveis e os setores médicos

Dados pessoais sensíveis podem ser compreendidos como informações que, quando conhecidas, podem oferecer uma vulnerabilidade de forma discriminatória ou lesiva para o indivíduo ou para uma coletividade, com relação a origem racial ou étnica, opinião política, filiação ou sindicato, convicção religiosa e até mesmo os dados referentes à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico de uma pessoa natural. Nem sempre esses dados são claramente de saúde, mas qualquer informação que[3] permita a identificação de aspectos relacionados à saúde dessa pessoa – uma refeição especial por conta de alguma alergia ou restrição alimentar ou a fotografia acamado em leito hospitalar.

Quando envolvem dados de saúde, a interconexão com possíveis agentes[4] que não possuem natureza jurídica de prestadores de serviços de saúde podem acarretar em diversas violações ao núcleo duro do direito à privacidade e expor não apenas a situações constrangedoras o indivíduo, mas receber tratamento humilhante por alguma condição médica; apenas com a simples leitura do prontuário médico eletrônico. Esse aspecto

3 MALDONADO, Viviane Nóbrega. A Lei Geral de Proteção de Dados: objeto, âmbito de aplicação, requisitos, segurança e a necessidade de sua correta implementação. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Manual de Implementação. MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coord.). 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 16

4 Os agentes autenticados a acessar os dados pessoais sensíveis do paciente podem ser: (a) os médicos e demais profissionais de saúde que atuam na assistência ao paciente; (b) a Operadora de Plano de Saúde (OPS); (c) os prestadores de serviços e (d) as Agências Reguladoras, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

peculiar "(...) por representar informações e características muito próprias da pessoa do titular, reclama, nos sistemas legais, regras mais rigorosas relativas a seu próprio processamento e tratamento".

A própria Lei Geral de Proteção de Dados incentivou o legislador a inserir, de forma específica na Constituição Federal - tal como ocorre na União Europeia -, o direito fundamental a privacidade em relação à proteção de dados pessoais, ao propor a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/2019 que "acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria."[5]

Os dados constantes em diagnósticos, históricos médicos, prontuários, exames e consultas devem estar protegidos pela Lei Geral de Proteção de Dados, mas com o avanço digital, tais informações se tornaram de difícil acompanhamento quando o assunto é evitar que circulem entre diversos agentes. Podemos tomar como exemplo, o paciente que comparece à uma clínica médica para realizar uma consulta médica, mas recebe uma prescrição de exame laboratorial para investigação das concausas de determinada doença. Neste momento, todas as informações coletadas sob o sigilo do consultório médico são compartilhadas com outros profissionais especializados em análise de exames laboratoriais ou até mesmo com terceiros (clínicas médicas, operadoras de saúde, seguradoras, etc...).

Com base nesses fatores, é importante que seja realizado o mapeamento do fluxo de dados dessa rotina médica, devendo identificar a cadeia de interações para a coleta e o armazenamento seguro dos dados sensíveis em cada uma das etapas de atendimento. O receptador deve assegurar o compartilhamento legítimo e verificar, com cautela, o nível de segurança das

5 BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC 17/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757. Acesso em: 01 junho 2021.

plataformas onde esses dados estão sendo partilhados e se há criptografia e certificações digitais que mantenham a segurança destas informações sensíveis.

2. Compartilhamento de dados sensíveis e o consentimento por escrito: serviços médicos digitais

Em se tratando de tratamento de dados pessoais sensíveis, o processo deve ser feito de forma determinada e destacada, de maneira que sempre devem ser indicadas as finalidades de maneira expressa ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular (artigo 7º, da Lei Geral de Proteção de Dados). O consentimento será entendido como específico, desde que seja manifestado em relação a propósitos claramente determinados pelo controlador e isso, "para que o consentimento seja entendido como destacado, é importante que o titular dos dados tenha, de fato, pleno e efetivo acesso ao documento que esclarecerá todos os fatos relevantes sobre o tratamento dos seus dados pessoais".[6]

Isso porque, a natureza dos seus conteúdos demanda maior cautela, em especial os dados médicos, genéticos e sexuais por estarem intrinsecamente ligados aos direitos personalíssimos protegidos constitucionalmente.

Por isso, à medida que os prestadores de serviços de saúde e outras entidades envolvidas nos processos migram para opções digitais, como o PEP (Prontuário Eletrônico do Paciente) e RES (Registro Eletrônico de Saúde), a necessidade de meios que assegurem a proteção de dados dos pacientes aumenta. Consequentemente, o que precisa ficar claro é que os dados de saúde podem ser acessados desde que de forma sigilosa e segura, "seja para liberar um reembolso, seja para autorizar um pagamento, ou até mesmo para evitar a exposição desnecessária à radiação

6 LIMA, Caio César Carvalho. Capítulo II – Do Tratamento de Dados Pessoais. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada. MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 210.

(...), sem que, para isso, seja necessário coletar o consentimento inequívoco do dele".[7] Se houver mudança da finalidade de tratamento desses dados, o controlador deverá informar o detentor das informações acerca das novas finalidades, para uma tomada de decisão livre de vícios (simulação, fraudes ou erros), reservando-se ao titular a revogação de consentimento, caso não concorde com a mudança de finalidade.

As principais preocupações da Lei Geral de Proteção de Dados referentes à saúde dizem respeito aos dados utilizados pela consecução de sua finalidade, ou seja, exige-se coerência entre a natureza do dado e o respectivo emprego dele, não devendo sujeitar o seu titular a práticas discriminatórias. Isso porque os dados sensíveis devem ser primados por sua segurança em bases legais distintas justamente para permitir o anonimato do titular. Além disso, o consentimento é apenas uma das bases legais que legitimam o tratamento de dados pessoais, mas não podem ser deixado de lado que "os dados pessoais também não devem ser coletados apenas por precaução e oportunidade do controlador em 'enriquecer' os seus bancos de dados, sem que se tenha uma necessidade clara sobre onde, como, para que e até quando eles podem ser utilizados".[8]

A Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde define o instrumento de manifestação de vontade, que se refere basicamente a um documento ético-jurídico, como sendo o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), onde deve conter de forma compreensível e objetiva, em linguagem clara os esclarecimentos sobre os dados que o paciente precisa autorizar. A própria Lei Geral de Proteção de Dados evidencia as exceções

7 DALLARI, Analluza Bolivar; MARTINS, Amanda Cunha e Mello Smith. Proteção e compartilhamento de dados entre profissionais e estabelecimentos. LGPD na Saúde. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coord). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 117-139, 2021, p. 121.

8 GIOVANNINI JUNIOR, Josmar Lenine. Fase 4: governança de dados pessoais. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Manual de Implementação. MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coord.). 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 184-185.

(estão expressas no Art. 11, II da legis) sobre essa regra, onde há uma dispensa de consentimento, podendo ocorrer exclusivamente para tutelar a proteção de vida ou incolumidade física do titular ou, até mesmo de terceiros – aqui podemos exemplificar a coleta de dados por autoridades de sanitárias, assistência farmacêutica e prevenção de fraudes para proteção de segurança do titular para cadastros em sistemas eletrônicos - sendo vedada a prática de seleção de riscos para contratação de seguros médicos e aumento no valor da mensalidade dos mesmos, além de qualquer objetivo que persiga a obtenção de vantagens econômicas pela área privada.[9]

A utilização de big data, informações que podem ser organizadas com base em algoritmos matemáticos, estão sendo manejadas de forma promissora nos setores da saúde; são prontuários eletrônicos, medicina de precisão e telemedicina[10] - este último, é regulamentado pela Resolução n. 1.643/2002 do Conselho Federal de Medicina e, durante a propagação da pandemia de COVID-19 foi editada a Lei n. 13.989/2020 reconhecendo a eticidade de uso enquanto perdurar o combate a pandemia.

A preocupação com a segurança de dados é imperiosa para a credibilidade do empreendimento e a proteção aos direitos fundamentais básicos do indivíduo/paciente, o que obriga esses agentes médicos a detalhar de forma bastante explícita que não armazenam os dados pessoais de saúde em dispositivos móveis, optando por armazenar informações sobre diagnósticos, medicamentos e informações de cartão de crédito ou débito em

9 "Com efeito, o que o legislador quis evitar com a vedação ao compartilhamento dos dados de saúde foi, especialmente, a compra e venda mascarada de bases de dados com essas informações sensíveis e a discriminação na formação de preços de planos de saúde em razão dos conhecimentos obtidos por meio desses dados." (PALHARES, Felipe. Vantagem econômica no compartilhamento de dados de saúde: interpretação do artigo 11, § 4º, da LGPD. LGPD na Saúde. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 309).

10 Pode ser conceituada como a realização de videoconferência entre médicos para discussão de casos e troca de opiniões, permitindo que esses profissionais realizem remotamente a orientação e encaminhamento de pacientes em isolamento para auxílio diagnóstico ou terapêutico.

servidores seguros de acordo com a privacy policy para tentar impedir o acesso não autorizado.[11]

Essa movimentação digital traz benefícios que podem identificar as causas de doenças e moléstias previamente, mitigando riscos e definindo com maior precisão os tratamentos. Logo, o desenvolvimento eficiente de mapeamentos de riscos dentro de unidades prestadoras de serviços médicos é indispensável para manter a confidencialidade e seguranças das informações que circulam no estabelecimento. À título de ilustração, podemos citar empresas terceirizadas que efetuam o agendamento online de consultas, o médico que compartilha os dados de saúde de seus pacientes com o objetivo de obter uma segunda opinião. Mas esse trânsito de dados ocorre em plataformas não seguras, como o Whatsapp e e-mail, sem qualquer sistema de criptografia avançada que poderia garantir uma maior segurança aos tráfegos destas informações.

3. A proteção de dados sensíveis durante a pandemia de COVID-19

Durante a severa crise pandêmica, no Brasil, por meio de uma nova Estratégia de Saúde Digital para o Brasil 2020-2028 (ESD28) foi pactuado que o acesso as informações em saúde já

11 LEME, Renata Salgado; BLANK, Marcelo. Jurisprudência e legislação sanitária comentadas: Lei Geral de Proteção de Dados e segurança da informação na área da saúde. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, jul./set. 2020, p. 220.

cadastradas por meio do Sistema Único de Saúde (SUS)[12], poderão ser acessadas por meio da Rede Nacional de Dados em Saúde (RNDS) – reconhecida como uma plataforma digital de informação e integração de serviços de saúde em todo o território nacional que "(...) utiliza computação em nuvem e tecnologias emergentes para criar um repositório de documentos de saúde dos cidadãos".[13] Com o agravamento da crise sanitária, o objetivo da plataforma foram ajustados para objetivar medidas informativas de combate ao vírus, como por exemplo, número de leitos disponíveis na rede hospitalar, resultados de exames, notificações epidemiológicas em determinada localidade e cobertura vacinal.

Vale lembrar que na realização de estudos em saúde, os órgãos de pesquisa podem ter livre acesso a bancos de dados sensíveis, para investigações cientificas e estudos, desde que sejam armazenados em ambientes controlados e seja possível a anonimização destes, ou seja, em qualquer hipótese não deve revelar dados pessoais que sejam possíveis identificar o ser humano. No entanto, medidas de urgência que não encontram respaldo legislativo, ainda que sejam em prol da saúde pública e de contenção sanitária, precisam salvaguardar os direitos básicos e isso não pode ser utilizado como um "passe livre" para violações

12 "Em 1988, por ocasião da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, foi instituído no país o Sistema Único de Saúde (SUS), que passou a oferecer a todo cidadão brasileiro acesso integral, universal e gratuito a serviços de saúde. Considerado um dos maiores e melhores sistemas de saúde públicos do mundo, o SUS beneficia cerca de 180 milhões de brasileiros e realiza por ano cerca de 2,8 bilhões de atendimentos, desde procedimentos ambulatoriais simples a atendimentos de alta complexidade, como transplantes de órgãos. Os desafios, no entanto, são muitos, cabendo ao Governo e à sociedade civil a atenção para estratégias de solução de problemas diversos, identificados, por exemplo, na gestão do sistema e também no subfinancimento da saúde (falta de recursos). Paralelamente à realização de consultas, exames e internações, o SUS também promove campanhas de vacinação e ações de prevenção de vigilância sanitária, como fiscalização de alimentos e registro de medicamentos (...)" (FIOCRUZ. Pense SUS. Disponível em: https://pensesus.fiocruz.br/sus. Acesso em 31 maio 2021).

13 OLIVEIRA, Thais Lucena de; NEVES, Gabriella Nunes; ALMEIDA, Jackline Neves de; SOUZA-ZINADER, Juliana Pereira de; BARROS, Jacson Venancio de. LGPD e Saúde Pública: a Rede Nacional de Dados em Saúde e a proteção de dados pessoais. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Org.). LGPD na Saúde. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 163.

de direitos individuais. Como destaca a doutrina:

> "É de interesse coletivo a utilização da tecnologia como estratégia de contenção do vírus, afinal, as pandemias mundiais mais letais ocorreram em períodos em que não se contava com a internet como aliada. Como toda tecnologia expõe seus riscos e, em meio a uma situação anômala e de urgência, não poderia ser diferente. O que precisamos levar como lição desse período é que não devemos acreditar que apenas o legislador seja responsável pela integração de todas as situações de coleta indevida de dados pessoais: devemos abandonar os discursos prontos e contribuir para que medidas desesperadas não se tornem violadoras de direitos fundamentais."[14]

Todas essas medidas que visem a imediata proteção da saúde coletiva precisam ser repensadas em tal nível que seja possível verificar o exato momento em que estão sendo coletados os dados pessoais (justificando a coleta de forma pormenorizada), com quais agentes serão compartilhados, quais agentes estão autorizados a acessar esses dados, quais bases serão armazenados (e se esses locais oferecem segurança) e, por fim, quando esses dados serão descartados.

Ao contrário do que se possa imaginar, as tecnologias podem ser grandes aliadas neste momento, sobretudo porque protege o paciente de exposições desnecessárias com idas presenciais a unidades de saúde, que podem ser evitadas quando utilizados os recursos de tecnologia interativa que possibilitam que o atendimento médico seja prestado de forma remota. Atualmente diagnósticos, orientações de saúde, tratamentos e, até mesmo, a redução da ocorrência de exames invasivos, quando desnecessários, poupando os pacientes do sofrimento e riscos de serem expostos à outras doenças infecciosas são alguns benéficos práticos do uso da realidade digital médica. Mas cabe a Lei Geral de Proteção de Dados determinar as diretrizes éticas em relação aos aprofundamentos de casos que envolvem a saúde, de modo a trazer maior segurança jurídica aos cidadãos e garantir que

14 VIEIRA, Débora Manke; VECCHIO, Fabrizio Bon. Tratamento de Dados em uma perspectiva da Lei Geral de Proteção de Dados durante a pandemia de COVID-19. Revista Ilustração. Cruz Alta, v.1, n. 1, jan./abr. 2020, p. 12.

nenhuma violação será admitida.

Considerações Finais

A Lei Geral de Proteção de Dados teve o início da sua vigência durante a pandemia de Coronavírus (SARS-CoV-2) e, com isso, alguns princípios e preceitos legais não foram regulados de forma a compreender todas as particularidades que uma crise sanitária necessita. No Brasil, a regulamentação da Telemedicina, como um exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões, ganhou destaque com o elevado aumento das consultas medicas realizadas de forma remota e também com o aumento exponencial do tráfego de compartilhamento de dados pessoais sensíveis.

Para o futuro, esperamos que a Ética e o Direito consigam nortear e delimitar com exatidão um caminho seguro a ser percorrido, sobretudo em relação à privacidade dos indivíduos, a segurança da informação e também com relação ao sigilo profissional quanto ao tratamento e armazenamento seguro desses dados, cujo acesso não autorizado, pode em situações acidentais, ou não, causar prejuízos sem precedentes ao paciente e titular de dados por conta do conteúdo divulgado; com premissas de sofrer tratamento discriminatório e preconceituoso diante de quadros clínicos que porventura existam.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Câmara dos Deputados. PEC 17/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757. Acesso em 01 junho 2021.

DALLARI, Analluza Bolivar; MARTINS, Amanda Cunha e Mello

Smith. Proteção e compartilhamento de dados entre profissionais e estabelecimentos. LGPD na Saúde. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 117-139, 2021.

FIOCRUZ. Pense SUS. Disponível em: https://pensesus.fiocruz.br/sus. Acesso em 31 maio 2021.

GIOVANNINI JUNIOR, Josmar Lenine. Fase 4: governança de dados pessoais. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Manual de Implementação. MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coord.). 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 177-202, 2021.

LEME, Renata Salgado; BLANK, Marcelo. Jurisprudência e legislação sanitária comentadas: Lei Geral de Proteção de Dados e segurança da informação na área da saúde. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, p. 210- 224, jul./set. 2020.

LIMA, Caio César Carvalho. Capítulo II – Do Tratamento de Dados Pessoais. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada. MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. A Lei Geral de Proteção de Dados: objeto, âmbito de aplicação, requisitos, segurança e a necessidade de sua correta implementação. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Manual de Implementação. MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coord.). 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 11-34, 2021.

OLIVEIRA, Thais Lucena de; NEVES, Gabriella Nunes; ALMEIDA, Jackline Neves de; SOUZA-ZINADER, Juliana Pereira de; BARROS, Jacson Venancio de. LGPD e Saúde Pública: a Rede Nacional de Dados em Saúde e a proteção de dados pessoais. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coord.). LGPD na Saúde. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 159-170, 2021.

PALHARES, Felipe. Vantagem econômica no compartilhamento de dados de saúde: interpretação do artigo 11, § 4º, da LGPD. LGPD

na Saúde. DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

VIEIRA, Débora Manke; VECCHIO, Fabrizio Bon. Tratamento de Dados em uma perspectiva da Lei Geral de Proteção de Dados durante a pandemia de COVID-19. Revista Ilustração. Cruz Alta, v.1, n. 1, p. 7-17, jan./abr. 2020.

O direito ao labor na economia de compartilhamento: uma análise do modelo trabalho verde para o Brasil

The right to work in the sharing economy: an analysis of the green work model for Brazil

Helíssia Coimbra de Souza[1]

Sumário: 1. Desenvolvimento das relações de trabalho; 2. A economia de compartilhamento para o novo capitalismo; 3. As perspectivas sustentáveis do trabalho verde; Conclusão.

Resumo: As dinâmicas laborais têm o papel de suma importância quanto a garantia do sustento individual, e consequentemente, os onze dos índices de desenvolvimento da nação. As evoluções humanísticas e tecnológicas serão evidenciadas ao longo desta pesquisa com base metodológica nas bibliografias pertinentes ao tema. O estado da arte sistêmico acompanhado o tom reflexivo que permeia o meio ambiente sustentável de trabalho e as formas colaborativas de produção. As dinâmicas contemporâneas do modelo verde trazem hipóteses inovadoras e compassivas que serão pontuadas em conformidade com as condições jurídicas-sociais do Brasil. As despesas propostas pela pesquisa trazem como resultado uma organização compartilhada de trabalho, voltadas para um futuro no qual os produtos e serviços estão a cada vez mais integrados aos bens e valores comuns. O presente artigo contempla a visão de governança colaborativa na qual a administração pública coloca-se como plataforma de serviços, que juntamente com a sociedade e os organismos empresariais fomenta a implementação da cultura do trabalho decente. A tese de um trabalho orgânico para as presentes e futuras gerações, possibilitando a inclusão do Brasil em um cenário globalizado que prima pelo atingimento dos objetivos de

1 Bacharela em Direito pelo Centro-universitário FIBRA. Pós-graduada lato sensu em Direito Digital pela Faculdade CERS. Pós-graduanda em Novo Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade CERS. Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. Pesquisadora em Inteligência Artificial e Direitos Fundamentais pela LADE. E-mail: helissiacoimbra@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

desenvolvimento sustentável, está desenvolta na presente pesquisa com visão crítica aos pontos que essenciais de maior atenção, ao mesmo tempo que são expostas como reflexões quanto às perspectivas prósperas de um futuro com empregabilidade, geração de renda e valores aos seres humanos.

Palavras-chave: Direito ao labor; Economia compartilhada; Trabalho verde.

Abstract: Labor dynamics play an extremely important role in ensuring individual livelihood, and consequently, rank eleven of the nation's development indices. The humanistic and technological evolutions will be evidenced throughout this research with a methodological basis in the relevant bibliographies to the subject. The systemic state of the art accompanied the reflective tone that permeates the sustainable work environment and collaborative forms of production. The contemporary dynamics of the green model bring innovative and compassionate hypotheses that will be scored in accordance with the legal-social conditions in Brazil. The expenses proposed by the research result in a shared organization of work, aimed at a future in which products and services are increasingly integrated with common goods and values. This article contemplates the vision of collaborative governance in which the public administration positions itself as a service platform, which, together with society and business bodies, fosters the implementation of a decent work culture. The thesis of an organic work for present and future generations, enabling the inclusion of Brazil in a globalized scenario that strives to reach the goals of sustainable development, is developed in this research with a critical view to the essential points of greater attention, to the same time that are exposed as reflections on the prosperous prospects of a future with employability, income generation and values for human beings.

Keywords: Right to work; Shared economy; Green work.

1. Desenvolvimento das relações de trabalho

As comunidades rupestres observavam o trabalho como meio de garantir a subsistência das suas necessidades, e consequentemente, firmar a estabilidade das relações sem os conflitos instintivos de luta pelo mínimo existencial. As formações

nos ambientes rurais fora um segundo estágio da autonomia e independência dos seres, sendo este marcado pelo modelo de agricultura familiar e pequenas trocas locais. O terceiro período aclara o ânimo pelo desenvolvimento presente no íntimo dos povos, sendo a revolução industrial iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII, tendo o marco histórico das fábricas no Brasil impulsionamento a partir de 1785. Na era moderna até a contemporaneidade, observam-se as múltiplas tecnologias como facilitadoras das etapas de produção e entrega de resultados, sendo estas iniciadas em território nacional pela união de acadêmicos e docentes no ano de 1988. As revoluções atemporais mostram a capacidade humana de se relacionar interpessoalmente, bem como, a criação para inovar no cotidiano laboral e nas comunidades inseridas.

O transpor das formas de integração nos meios ambientes de trabalho possibilita discussões quanto a harmonização dos obreiros com as inteligências artificiais existentes, havendo a máxima atual de que “brigar com o presente não traz modificações positivas, sendo a sustentabilidade do trabalho realizada com o entendimento de que inovar é um processo, importando a forma como se estruturam os princípios e elementos relacionados a essas ações” (FERREIRA, V.; FILHO, J, C.; GARCIA, A, M.; 2019, p.128). A dignidade humana, assim, não se considera perdida para a mecanização das tecnologias, mas elevada pelas funcionalidades que as atividades laborais ganham com a inclusão das capacidades lógicas que são mais bem gerenciadas pelos algoritmos específicos de programação as necessidades de cada setor.

A escalada de inovação na atualidade está caracterizada como a quarta revolução industrial, tendo a globalização perpassada pelas fases de interação relacional além-fronteiras, atividades transnacionais para estabelecer a casa comum, seguido da governança aberta e colaborativa que se expande para dar respostas conjuntas aos desafios comuns para o bom

funcionamento do ciclo da vida. As fraturas sociais observadas em países que se encontram em desenvolvimento, como o Brasil, são vistas como impulsos aos pesquisadores que direcionam as múltiplas tecnologias a serviço das políticas de redução das desigualdades. Os organismos públicos são posicionados como grandes plataformas de serviços que auxiliam na observância de estratégias políticas ao desenvolvimento de um estado formado por todos que nele residem, sendo os gestores corresponsáveis de modo simétrico as esferas privadas de geração do emprego e renda.

O futuro das relações laborais está sendo construído no cotidiano que funde as conexões humanas com as habilidades das máquinas, o orgânico das relações físicas com a grande rede inorgânica de computadores. Os mercados tradicionalmente consolidados têm o desafio de acompanhar as possibilidades de atuação em ambientes virtuais concomitantemente aos físicos, e para a flexibilização própria das relações contemporâneas, agregar no desenvolvimento corporativo interno com a contratação de especialistas que não desempenhem funções que demandam o deslocamento diário. O cenário laboral que a humanidade perpassa está sendo redesenhado conforme as exigências globais relativas à pandemia do COVID-19, sendo o direito a continuidade das relações de emprego observado como oportunidade de garantir a dignidade em tempos de escassez sanitária, mas indo além, propiciar o alinhamento de diversos setores produtivos com as exigências tecnológicas, elevando o futuro a partir de contextos que provam as capacidades de adaptação dos seres vivos.

A natureza do trabalho fora estabelecida pela necessidade de sobrevida individual, sendo posteriormente engajada pela motivação humana de elevar sua dignidade pessoal através das contribuições geradas a sua comunidade. No sentir atual de crises sociais e lida com os riscos tecnológicos quanto a manutenção do emprego e renda, faz-se palpitante a revisão das estruturas

legais que estavam apoiadas em uma relação de dependência entre empregados e líderes dos ambientes de atuação. A visão de trabalho para o futuro sustentável das relações integradas as esferas físicas e digitais, acabou pelo firmamento jurídico do modelo home office, assim como o Marco Legal das Startups foi um projeto de lei motivado pelas habilidades extraídas dos ecossistemas de inovação para somar as capacidades de impulsionamento econômico dos setores de produção já consolidados. O sentir de encontrar um propósito transcendeu a filosofia humanista para abarcar o direito ao trabalho como "base construtora do universo particular de cada indivíduo que transpõe fronteiras e muda aspirações, não visando apenas a estabilidade, mas preocupando-se com uma integração profissional harmoniosa" (SCHWAB, 2016, p. 56).

Os contrastes evidenciados no cenário nacional quanto a expansão do meio ambiente de trabalho instiga nos gestores públicos o olhar para as atuações em organismos públicos de modo físico e digital, sendo a presença em todos os contextos nos quais os usuários estejam inseridos como um firmamento da simetria relacional. A elaboração conjunta de basilares legais e obras públicas "possibilita a compreensão de que as questões com afetação global necessitam de respostas a partir de equipes de trabalho igualmente integradas" (JÚNIOR, 2029, p. 67). As conexões democráticas em rede são facilitadoras da percepção do que mais afeta a cada grupo envolvido, além da possibilidade de reunião dos recursos regionais quando for evidenciada a necessidade de um plano harmônico para um setor que agregue a toda nação. O desenvolvimento das relações não ocorre com a clareza e precisão de alguns períodos históricos, ainda assim, o dinamismo das integrações torna-se um incentivo apara o acompanhar das tecnologias e ambientes virtuais igualmente disruptivos.

> Artigo 23
>
> 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à

proteção contra o desemprego.

Os cenários disruptivos de trabalho, inicialmente apresentam contrastes com as fraturas sociais dos países em desenvolvimento, mas com a integração das ambiências físicas e digitais torna-se possível a elaboração de políticas que incentivam a tecnologia de modo proporcional a capacidade dos indivíduos e respeitoso as singularidades de cada nação. O Brasil tem como objetivo o cumprimento das metas da Agenda Digital até 2022, sendo a base do documento medidas estratégicas para tornar o setor público uma grande plataforma de serviços. O setor privado que já possuía em seu cotidiano a sensível conexão entre as habilidades dos trabalhadores e a otimização de inteligências artificiais programadas para atender demandas específicas, com o advento do modelo de governo tecnológico tem-se a possibilidade de firmar parcerias multisetoriais e além-fronteiras para a consecução de políticas públicas ligadas a direitos sociais.

As inserções em demasia das múltiplas inteligências artificiais, contudo, trouxe o lado obscuro das exclusões para os não nativos digitais ou devidamente atualizados para a lida com as novas demandas. Os ecossistemas internos de trabalho precisaram demitir ou realocar colaboradores, sendo evidentes os desafios quanto a preservação de salários e garantia da continuidade das relações laborais. A realidade dos organismos privados teve reflexo na administração pública a partir dos programas de modernização dos serviços prestados, tornando os processos seletivos a nível de concurso com exigências que dificultavam a inclusão efetiva e correspondente dos não nativos digitais. A percepção importante na atualidade não reside no dualismo entre a economia de capital e a sociedade, os avanços tecnológicos e a dignidade humana. A era de fusão entre orgânico e inorgânico mostra que estas vivências são constantes e não permitem retrocessos, mas trazem consigo reflexões profundas em tom sistemático quanto a responsabilidade

de todos os atores envolvidos no Estado para redesenharem o futuro a partir de políticas públicas visando o ciclo sustentável das relações humanistas e disruptivas no trabalho.

2. A economia de compartilhamento para o novo capitalismo

Os movimentos na atualidade refletem a transposição da economia de renda básica mensal para a criação de um fundo básico universal, o conceito de capitalismo restrito as capacidades da máquina pública de um país para o dinheiro como forma de realização dos propósitos pessoais, e consequentemente, a promoção do desenvolvimento social da nação. O advento da globalização na modernidade possibilitou as relações interpessoais para além do cotidiano, sendo discutidos os problemas globais como ensejadores de respostas comuns. O novo capitalismo tem fomento na inclusão de bens e valores ao longo de toda trajetória dos produtos e serviços, juntamente a gerência inovadora do capital, está sendo observada de modo crescente a cultura de compartilhamento dos resultados, objetivando a finalidade de proveito comum dos objetivos laborais.

As bases em políticas públicas não desmerecem as singularidades regionais, apenas abarcam a compreensão da governança global "onde a casa comum visa cuidar de questões que apresentam variantes locais, mas os impactos chave tem afetação sobre toda humanidade, sendo imprescindível o estabelecimento de princípios preventivos e penas comumente acordados." (MORIN, Edgar; GOLDMAN, Sacha, 2014, p. 23). As medidas de empresas e organismos públicos estão cada dia mais alinhadas com os processos sociais de benefício mútuo das atividades, sendo evidente as parcerias público-privadas em setores emergenciais nos quais a gerência administrativa não tem apresentado alcance adequado. O ideal contemporâneo de sustentabilidade do ciclo da

vida tem início nas estratégias de capacitação para cuidado com os núcleos de convivência comunitários, firmando que o dinamismo transnacional ocorre quando povos apresentam estabilidade nas suas nações.

A extensão territorial de nações com dimensão continental vem preocupando gestores quanto ao direito social ao trabalho, sendo observados desafios que não se restringem a garantia da dignidade humana nos meios ambientes laborais, abarcando as possibilidades de elaboração de atividades que integrem as comunidades distantes e tradicionais. A sustentabilidade do ciclo da vida não tem mais o firmamento clássico da preservação natural, se entendendo na atualidade que os seres humanos são elementos conectados, e assim como cada ecossistema tem o seu próprio funcionamento, vale a pena o investimento preventivo em reconhecer "o papel dos diferentes grupos comunitários para o funcionamento da engrenagem da vida, a importância do respeito as diferenças para trabalhos integrativos, saindo do modelo mecanicista da adequação" (OLIVEIRA, 2011, p. 43).

Os ecossistemas naturais estão sendo fusionados aos ambientes de inovação das startups, sendo as tecnologias inicialmente vistas como disruptivas as atividades laborais, no modelo contemporâneo de governança aberta se observa a preocupação quanto ao reconhecimento do porquê inovar e quais os sujeitos impactados pela atuação dos desenvolvedores. O papel social das tecnologias é desenvolvido através de startups estrategicamente projetadas para alcançar o que ainda não fora articulado em políticas públicas, tendo o direito ao trabalho relevância máxima na consecução das novas frentes de carreira, projetos para incluir digitalmente os cidadãos menos favorecidos, além do firmamento de parcerias entre organismos públicos e empresas inovadoras com bens e valores que se sobrepõem aos interesses cotidianos de atuação.

> Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.
>
> § 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

A sustentabilidade do ciclo da vida fora inicialmente projetada para amenizar o sofrimento de comunidades vulneráveis, sendo a estratégia administrativa de promoção da renda básica a partir de projetos assistenciais, concomitantemente a uma parcela da iniciativa privada que destinava como responsabilidade cidadã alguns donativos a grupos necessitados de auxílio econômico. O projeto de alcance sistemático que tem se estabelecido ao redor do globo na atualidade está centrado na finitude dos recursos, ou seja, compreende-se a importância da mínima dependência de atores externos a partir da emancipação respeitosa frente as condições atuais e identidade geracional das comunidades abarcadas por tais projetos. O ânimo intersetorial não está contrário as iniciativas que destinam um valor fixo mensal aos indivíduos com insuficiência comprovada. O entendimento atual apenas abarca que esta quantia deve estar inserida em um contexto conjunto a formação educacional para os processos laborais, gerando uma renda alinhada ao futuro de emprego e contribuição dos grupos para com a sociedade.

O íntimo de cada ser humano tem a busca atemporal e palpitante para transpor os estágios primitivos de luta ou fuga, primando por um trabalho que se alinhe ao propósito de encontro com suas potencialidades. A importância administrativa de uma governança aberta reside no ideal de propósito para além da filosofia, oportunizando aos indivíduos que possam ser incluídos na demanda tecnológica sem a perda da construção cultural que estes tiveram, incentivando-os a direcionarem as programações

artificiais das inteligências mecanicistas para o serviço aos bens comumente acordados, almejando o desenvolvimento sustentável do país. O multiculturalismo inserido nos contextos laborais é uma forma propulsora de exercício da tolerância, haja vista que o desejo para gerar renda básica e produzir resultados com impacto social permite a harmonização dos interesses anteriormente difusos pelas diferenças de grupo inicialmente evidenciadas.

O novo capitalismo perpassa o direito econômico e trabalhista de modo coeso as bases atemporais de Michael Walzer, sendo este o formador do conceito de pluralismo, e além, estrategista no propósito da criação de bases comunitárias que integrem os indivíduos. A concepção de tolerância, assim, não objetiva a exclusão das características próprias do regionalismo, mas traz o convite a reflexão na qual "cada comunidade permanecerá com seu universo paralelo, apenas mudando atuações rígidas pelo convencimento de que não existe uma receita sobre viver, mas caminhos diversos que levam a colaboração mútua" (DROIT, 2017, p. 66). As reformulações estruturais de políticas públicas para elevar a empregabilidade e reduzir os contrastes sociais existentes não indicam um modelo de estado provinciano, mas inicial no sentido de conceber a administração pública como não mais centralizada em suas atuações internas, estando aberta as possibilidades de governo simétrico no qual o poder vem de todos e para todos retorna, afirmando diariamente o modelo de estado cidadão e democrático.

O capitalismo do futuro não pode ser rigidamente definido pela multiplicidade das transformações sociais e tecnológicas existentes, contudo, o fortalecimento dos laços humanos consegue sobrepor os interesses íntimos das comunidades em detrimento dos trabalhos puramente mecanicistas e estruturados que caracterizam as redes artificiais de algoritmos. A união dos ecossistemas de startups com as esferas administrativas no Brasil atingiu um modelo laboral flexível as possibilidades de

escalonamento da empregabilidade juvenil, sendo prospectivo para inciativas futuras de governança aberta o atual regime licitatório aberto aos meios de colaboração privada. A sustentabilidade das relações público-empresariais estaria respaldada no cumprimento da responsabilidade cidadã, ocorrendo essa com a contratação de jovens nos quadros de carreira, garantindo-lhes cursos profissionalizantes já alinhados com os objetivos cotidianos dos ambientes corporativos. No tocante a realidade das empresas, dada a comprovação educacional e trabalhista dos juniores, reverte a administração pública o pagamento acordado contratualmente, além da boa reputação que os organismos privados passam a manter, se tornando referências para futuros processos licitatórios.

3. As perspectivas sustentáveis do trabalho verde

Os pilares sustentáveis do trabalho verde apresentam conexão com as perspectivas em governança solidária global, sendo esta colaboração além-fronteiras caracterizada pelo estímulo as inovações, elaboração de programas que reduzam custos a partir do direcionamento ético dos recursos disponíveis, além da base de dados em todas as etapas administrativas estarem dispostas com linguagem acessível. Na visão de sustentabilidade das relações em ecossistemas laborais, observam-se que as preocupações não mais se restringem a garantia da continuidade do emprego frente as automações existentes, abarcando o princípio do trabalho decente como base para a arquitetura dos ambientes corporativos. Apesar de não haver um modelo uno de estruturação, os Objetivos Globais de Desenvolvimento Sustentáveis firmam pontos comuns que devem ser prioridades nos países comprometidos com o direito humano a nível sistemático.

A escassez de recursos não está mais restrita a dignidade dos trabalhadores quanto a renda mensal por eles obtida, abrangendo na atualidade os valores humanos que perpassam os

ambientes laborais e estão inseridos em cada etapa de produção. A preocupação ambiental que já vinha sendo redesenhada desde a arquitetura dos organismos públicos e privados, na era do trabalho verde abrange não só o que o ecossistema interno estrutural demanda, possibilitando a elaboração de normas de conduta em que todos elegem quais as prioridades técnicas e padrões comportamentais aceitáveis. O entendimento dos resultados não está mais alinhado somente as questões jurídicas de consumo, mas compreende-se os impactos sociais que determinado produto ou serviço causará para o ambiente, natural e da vida dos usuários. O pensar da nova economia no meio ambiente de trabalho tem como centro políticas internas e de estado nas quais "a geração de renda é observada na proporcionalidade que cada pessoa tem de escolher entre os meios que a levarão atingir seus sonhos, o ser humano se torna parte do todo, ao invés de produto do meio" (BOUDREAUX, 2018, p. 51).

O meio ambiente laboral que prima pela sustentabilidade da obra e de todos os atores envolvidos no espaço concebe um aspecto muito sensível a seara jurídica, qual seja, a segurança e saúde dos obreiros e parceiros que interferem no dinamismo da produção. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Conselho Superior da Justiça do Trabalhador (CSJT) promovem o impulsionamento do Programa Trabalho Seguro, voltado este para a revisão de medidas internas de gestão e formulação das novas possibilidades de engajamento dos líderes e colaboradores para harmonização dos interesses. As atuações massivas que poderiam gerar desgastes físicos e emocionais aos trabalhadores passam a ser otimizadas através de tecnologias aplicadas que alcancem o fim correspondente a demanda, além da promoção de estudos e pesquisas que aufiram os índices arquitetônicos e interpessoais que possam negativar a produção efetiva e sustentável dos gestores e empregados.

Os diálogos institucionais e sociais interferem intensamente nas atuações dos servidores, sendo os organismos que

tradicionalmente eram observados como espaços de atendimento ao público, na era tecnológica passam funcionar como plataformas integradas de serviços. A eficiência jurisdicional dos órgãos administrativos tem início com a educação para incluir os gestores nas redes democráticas que promovem simetria relacional com as comunidades, além de medidas preventivas para manter a reputação ilibada dos servidores e todo corpo administrativo que forma o organismo. As contribuições para a sustentabilidade do ciclo da vida também podem ser observadas com a análise sistemática da contratação dos colaboradores nos processos corporativos de seleção, assim como os processos licitatórios da administração pública primam por organizações privadas que compreendem suas responsabilidades públicas para com a manutenção da cidadania.

O direito ao trabalho para a sustentabilidade dos novos ecossistemas e relações dinamizadas tem a máxima da diversidade, sendo a economia do compartilhamento caracterizada por serviços fusionados em âmbito físico e digital que servem as pessoas enquanto meio para otimizar o cotidiano. A base da ciência jurídica sobre igualdade para o alcance da justiça vem sendo reformulada para que a esfera trabalhista inclua medidas legais e incentivos a contratação equânime de gênero, assim como processos seletivos a nível de concurso com respaldo as singularidades de candidatos com deficiência, origem racial e idade sênior. A tese em constante escalonamento no Brasil sobre o trabalho decente não é alinhada a sustentabilidade de modo linear para a construção de ambientes ecologicamente corretos, envolvendo a formação horizontal e pluralista das relações, reconhecendo o papel das diferenças para a ampliação dos produtos e serviços ofertados a coletividade.

Conclusão

As relações laborais são observadas de modo atemporal como meios eficientes para o alcance da dignidade humana, sendo

os ecossistemas de inovação que crescem sem precedentes no Brasil grandes dinamizadores para abarcar as necessidades coletivas não sentidas pelos organismos públicos. A visão rígida e segregada que permeou os estágios iniciais de trabalho está sendo transposta para modelos relacionais no sistema de capitalismo consciente, a economia voltada para atender os anseios da máquina pública está sendo sistematizada com o alvo de gerenciamento das crises e apoio as comunidades mais vulneráveis. O artigo permeia o tripé de direito, inovação e tecnologia para o futuro laboral marcado por produções híbridas e serviços que fundem o ambiente físico e digital. No pensar que busca o desenvolvimento nacional a partir da sustentabilidade dos interesses, o capital perde o centro para ser meio de consecução dos propósitos individuais e elaboração de estratégias para a colaboração simétrica entre sistemas públicos e privados.

Os resultados observados no cotidiano que fusiona as expressões físicas e digitais, concebendo o trabalho não restrito a sobrevida individual e obrigatoriedade de grupo, são pontuados ao longo deste artigo com foco de promover reflexões acerca do sentido jurídico-social que os novos sistemas de produtos e serviços entregam. A visão informatizada que se tem sobre as múltiplas inteligências artificiais passa a ser equilibrada e permear esta pesquisa em um tom reflexivo para a preservação da dignidade dos atores envolvidos nas etapas laborais, sendo concluso que as habilidades humanas de conexão interpessoal são singulares, tendo as máquinas papeis desempenhados a partir de programações pré-estabelecidas. O modelo de trabalho verde calcado na sustentabilidade da vida agrega as fraturas sociais que marcam o histórico de países em desenvolvimento como o Brasil, sendo a máxima desta visão colaborativa e aclarada no presente artigo um caminho possível para redução do distanciamento entre classes e setores, uniformizando um Estado construído por todos os que nele residem.

Referências Bibliográficas

BOUDREAUX, Donald Joseph. Menos estado e mais liberdade: o essencial do pensamento de Friedrich August von Hayek. 1ª ed. São Paulo: Faro Editorial, 2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 23 abr. 2021.

DROIT, Roger. Tolerância. 1ª ed. São Paulo: Contexto, 2017.

FERREIRA, V.; FILHO, J, C.; GARCIA, A, M. Direito ao trabalho: reforma trabalhista e temas afins. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2019.

JÚNIOR, Francisco. Gig economy e contrato de trabalho: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia. 1ª ed. São Paulo: LTr.

KLAUS, Schwab. A quarta revolução industrial. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

MORIN, Edgar; GOLDMAN, Sacha (coord). O mundo não tem mais tempo a perder: apelo por uma governança mundial solidária e responsável. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

OLIVEIRA, Wanderley. Diferenças não são defeitos: a riqueza da diversidade nas relações humanas. 1ª ed. Minas Gerais: Dufaux, 2011.

O juiz das garantias como mecanismo de proteção aos direitos humanos e a poluição cognitiva do juiz

The Judge of guarantees as a mechanism for the protection of human rights and the cognitive pollution of the judge

Lina Martins Rezende[1]

Danilo Marques Borges[2]

Sumário: 1. Introdução. 2. Juiz das Garantias e Direitos Humanos: entre proteção e violação; 3. A poluição cognitiva do juiz: das medidas que poluem. 4. Considerações Finais.

Resumo: Analisando o Pacote Anticrime, Lei nº. 13.964 promulgado em 2019, o qual se instituiu a figura do juiz das garantias e a necessidade de democratização e proteção de direitos fundamentais inerentes ao processo penal, o objetivo deste trabalho se pauta em averiguar o seguinte problema: Como a instituição do juiz das garantias no sistema processual brasileiro irá contribuir para que haja um processo penal democrático, baseado nos direitos humanos e também, na proteção da cognição do juiz, para compreender as mudanças sobre os aspectos psicológicos e comportamentais do juiz das garantias dentro do processo penal? A metodologia utilizada será a revisão de literatura em analisar o juiz das garantias no contexto de proteção dos direitos humanos relativos à investigados dentro do processo penal, vinculado ainda à psicologia, a partir da cognição e possível poluição do magistrado para compreender as consequências intrínsecas da poluição cognitiva do juiz nas fases inquisitoriais e instrutórias. A hipótese é em impedir que haja uma poluição comportamental e um pré-julgamento já inicialmente estruturado na fase instrutória, ao analisar e decidir sobre os fatos e atos

1 Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás. Bacharela em Direito pela Universidade de Rio Verde. Advogada. E-mail: linarezende@discente.ufg.br.

2 Doutorando em Direito pela Unisinos/RS. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Professor da Universidade de Rio Verde/GO. E-mail: danilomarquesborges@gmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

processuais anteriores à instrução. O juiz das garantias busca dirimir um possível cruzamento de ideias por parte do juiz, uma vez que, mesmo que coberto pelo princípio da imparcialidade, em tese, – pelo menos assim deveria ser – é passível ocorrer um juízo de valor moral de forma antecipada em relação ao caso concreto e ao próprio réu, por ter contato direto com aspectos especificamente punitivistas e inquisitoriais.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Garantismo Penal. Direitos Humanos. Processo Penal.

Abstract: Analyzing the Anticrime Package, Law no. 13,964 enacted in 2019, which instituted the figure of the judge of guarantees and the need for democratization and protection of fundamental rights inherent to the criminal process, the objective of this work is based on investigating the following problem: How the institution of the judge of guarantees in the Brazilian procedural system will contribute to a democratic criminal process, based on the human rights and also, in the protection of the judge's cognition, to understanding the changes on the psychological and behavioral aspects of the judge of guarantees within the criminal process? The methodology used will be the literature review to analyze the judge of the guarantees in the context of the protection of human rights related to the investigated within the criminal process, also linked to psychology, from the cognition and possible pollution of the magistrate to understand the intrinsic consequences of the cognitive pollution of the judge in the inquisitorial and instructional phases. The hypothesis is to prevent the existence of a behavioral pollution and a pre-judgment that is already initially structured in the instructional phase, when analyzing and deciding on the facts and procedural acts prior to the investigation. The judge of the guarantees seeks to prevent a possible crossing of ideas by the judge, since, even if covered by the principle of impartiality, in theory - at least so it should be - a moral value judgment may occur in advance in relation to the concrete case and to the defendant himself, for having direct contact with specifically punitive and inquisitorial aspects.

Keywords: Judge of Guarantees. Criminal Guaranteeism. Human Rights. Processo Penal.

1. Introdução

O processo penal brasileiro tem se transformado com o decorrer do tempo, com diversas alterações legislativas, "costuras

doutrinárias" e uma intensa atuação judicial em ações penais. O novo Código de Processo Penal, em discussão nos dias de hoje diante das urgências diversas as quais o Brasil necessita, se transformou em lenda para os juristas e um sonho de primavera para os estudantes do direito.

Com tudo isso, especificamente no âmbito da Operação Lava Jato, houve uma exacerbação de violações de direitos humanos, de garantias fundamentais de acusados e investigados a partir do uso descontrolado e desmedido de mecanismos investigativos como interceptação telefônica, condução coercitiva, acordos de delação premiada, busca e apreensão, além da fadada prisão preventiva, que já é protagonista quando o assunto é superpopulação carcerária e que já sustenta um grande período contínuo e massificado de violações de direitos humanos.

A partir destas e tantas outras discussões acerca do direito processual penal, da criminologia crítica e dos direitos humanos –, especialmente a partir dos novos estudos e da alteração legislativa sobre a instituição dos juiz das garantias, o presente trabalho busca a resposta para o seguinte problema: Como a instituição do juiz das garantias no sistema processual brasileiro irá contribuir para que haja um processo penal democrático, baseado nos direitos humanos e também, na proteção da cognição do juiz para compreender as mudanças sobre os aspectos psicológicos e comportamentais do juiz das garantias dentro do processo penal?

Muito embora a análise possa parecer uma exposição acerca do instituto e sua relação com os direitos humanos, inicialmente, no primeiro capítulo, apresentaremos o conceito dado pela alteração legislativa do juiz das garantias, além de fazer uma relação direta com o garantismo penal construído originalmente por Luigi Ferrajoli.

No segundo capítulo, iremos analisar sobre as questões comportamentais, realizando uma correlação entre a poluição cognitiva do juiz e as medidas que ocasionam essa poluição, referente tanto a atividade acusatória do Ministério Público, quanto

da própria essência dos atos da autoridade policial no centro do inquérito policial.

Há de se ressaltar que a interdisciplinaridade é notória ao estudo do juiz das garantias vez que a dissonância cognitiva é estudo específico da psicologia e que, importante estudarmos como ela se dá no campo psicológico. Essa discussão é importante no sentido de demonstrar a fragilidade em que a unicidade judicial traz no processo penal diante das máculas psicológicas as quais ocorrem ao juiz da sentença.

2. Juiz Das Garantias e Direitos Humanos: Entre Proteção e Violação

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) são os principais tratados internacionais no âmbito das Organizações das Nações Unidas (ONU) e do Sistema Interamericano que dispuseram acerca de diversos princípios basilares que influenciaram a elaboração da nossa Constituição Federal de 1988.

Muito embora esses tratados tenham sido promulgados há anos antes de 1988, o Brasil que experimentou o forte autoritarismo da Ditadura Militar de 1964, momentos pelos quais, o processo penal brasileiro era pautado em tortura, Estado Penal Máximo e uma luta insana pela impossível verdade real a qualquer custo.

Princípios que dão voz aos direitos constitucionais como a presunção da inocência, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, direito à informação e comunicação, direito a não autoincriminação, legalidade e anterioridade estão diretamente vinculados a essência do processo penal e a forma como deve ser conduzido por todos os atores envolvidos dentro de uma sociedade democrática, sob a luz dos direitos humanos consagrados internacionalmente.

Contudo, o Estado brasileiro ainda não concluiu sua

estruturação política-ideológica a partir da ideia do Estado do bem estar social, considerando uma maior efetivação dos direitos humanos, diminuição das desigualdades sociais e uma reformulação legislativa da ciência processual-penal (DE CASTRO; POCHMANN, 2020).

"O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário" (BRASIL, 2019), está é, portanto, a definição apresentada pelo art. 3º-B, do Código de Processo Penal atualizado pelo Pacote Anticrime.

O estado atual de suspensão do juiz das garantias, apesar de ser um reflexo das intensas alterações jurisprudenciais, o que fatalmente demonstra uma instabilidade e insegurança no ordenamento jurídico e que vem se reproduzindo continuamente, nos traz uma ótima oportunidade para a análise técnica do modelo inicial que representa a essência do juiz das garantias – modelo garantista – responsável por delimitar sua forma, em face da realidade criminal, como apresentado por Maia (2000, p. 42):

> A teoria garantista, ao nosso ver, muito embora carregada de posições críticas, é importante nesse sentido, haja vista que busca uma essência no social baseada em um caráter eminentemente procedimental, sem se prender às tradicionais formas de observação do fenômeno, que nos parecem superadas. [...] Então, a idéia [sic] do garantismo é, de um modo geral, a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais.

O descompasso existente atualmente entre a complexa relação entre as questões sociológicas e criminológicas da realidade prática, tanto do delito como do processo e a correta aplicabilidade da lei, se perpassam em questões não mais tradicionais sobre eficácia e atuação legislativa, situação em que, ao se aplicar os ideais garantistas, este buscará correlacionar com a realidade do mundo social em face de um equilíbrio normativo.

Ao se entender e aceitar que o direito de punir sustentado

pelo Estado é, em sua essência, um sistema passível de discricionariedade, possível de observação no campo prático e nas tantas análises sobre a punição estatal, é natural que exista metodologias a fim de se opor e evitar um sistema de violações.

Há de se observar que a garantia de direitos é a base de um sistema democrático, constitucionalmente institucionalizado pelo povo, além de embasar o próprio direito penal democrático. A essência desse sistema de garantias são criações advindas do conceito do iluminismo como meio de se alcançar a justiça e evitar os excessos estatais a partir da positivação de princípios e determinação dos parâmetros de legitimação como apresenta Ferrajoli (2002, p. 29):

> Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo.

Logo, o sistema de garantias – também conhecido como modelo garantista – se afigura no objetivo de construção de uma base principiológica democrática de direitos fundamentais e direitos humanos em que, o Estado sendo o detentor de maior controle sob os seus jurisdicionados e, a partir do fato de que as leis devem ser oponíveis ao Estado para que se perceba a democracia na prática, estes princípios se tornam um meio de maior confiança do juízo a partir de um certo grau de racionalidade ao aceitar o "desvio penal" que lhe é próprio enquanto essência (FERRAJOLI, 2002). Desta forma, legítima a atuação do Estado e limita seu poder punitivo contra as arbitrariedades provenientes de sua essência, obedecendo ao conceito de democracia além da letra fria da lei.

3. A Poluição Cognitiva do Juiz: das Medidas que Poluem

A dissonância cognitiva faz parte dos estudos relativos à terapia cognitivo-comportamental aplicada à psicologia social,

especialmente desenvolvida por Leon Festinger e que, após a instituição do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, emergiu-se as discussões referentes à teoria da dissonância cognitiva, entendida a partir de uma poluição mental-comportamental do juiz.

Sua definição, a partir de Festinger, nos apresenta Fernandez e Fernandez (2017, p. 4):

> [...] O conceito de dissonância cognitiva (onde "cognição" é definida como qualquer elemento do conhecimento, incluindo as atitudes, desejos, emoções, crenças, preferências ou comportamentos) surge dentro do paradigma de psicologia social desenvolvido por Leon Festinger e que teve uma importante influência no campo das ciências sociais. O suposto mais importante para explicar este conceito é que todo indivíduo procura lograr a coerência ou consistência interna de suas opiniões e atitudes. Se isto é assim, então as exceções à regra, quer dizer, as inconsistências serão combatidas com o objetivo de reestabelecer [sic] a coerência perdida. Estas inconsistências são denominadas «dissonâncias cognitivas» e entanto que são psicologicamente incômodas, fazem que os afetados por elas tratem de reduzi-las e de restaurar a consonância. Como consequência disto a pessoa também buscará evitar aquelas situações e informações que poderiam aumentá-la.

A dissonância, portanto, seria um desconforto mental que provocaria uma desordem na cognição e no entendimento psíquico do indivíduo diante de um compilado de contradições de pensamentos, na luta por dirimir a dissonância e retornar ao estado mental coerente. Diante dessa situação, o indivíduo estaria numa posição de bloqueio para quaisquer situações, pensamentos e comportamentos que poderiam ocasionar ainda mais a dissonância, se tratando de uma consequência desta.

Seria um estado de desconforto que ocorre quando temos crenças ou comportamentos inconsistentes, uma percepção interna e pessoal, mas, pelo comportamento, é possível verificar a existência da poluição, insegurança e instabilidade de pensamentos, a fim de restaurar a cognição anterior e assim, continua Fernandez e Fernandez (2017, p. 04):

> Não suportamos ao mesmo tempo dois pensamentos contraditórios ou incompatíveis, e justificamos dita contradição. Tampouco podemos fazer uma coisa e pensar outra; esta dissonância necessita ser resolvida e ao final conduz a que acabemos fazendo o que pensamos ou a que acabemos pensando de acordo com o que fazemos.

Percebe-se que a dissonância resulta numa relação intrínseca de nossos próprios pensamentos e ações já estruturadas na psique de modo que, alterá-las será extremamente difícil, mas, a partir do viés psicológico, é possível a mudança de comportamentos e pensamentos, mas não é tarefa fácil (FERNANDEZ; FERNANDEZ, 2017).

Fernandez e Fernandez (2017, p. 05), indaga ainda de forma assertiva sobre essa mudança: “O que é mais fácil, cambiar algo que fizemos no passado (ou um hábito) ou cambiar nossas ideias, crenças, preferências e desejos?”. A resposta para essa indagação certamente seria a mudança de ideias, crenças, preferências e desejos, uma vez que, sempre iremos buscar mecanismos para justificar nossas ações e aliviar a tensão interna, sendo um processo que demandará uma cadeia de desconstruções de pensamentos e comportamentos (FERNANDEZ; FERNANDEZ, 2017).

Ao trazer para a prática processual-penal, a dissonância cognitiva se insere no momento que o juiz tem acesso aos primeiros atos inquisitoriais de investigação. Tal fase possui a essência do punitivismo-inquisitorial, uma vez que, já é pacífico que não existe o exercício da ampla defesa e contraditório e se trata de um procedimento de cunho especialmente administrativo e informativo. Contudo, o inquérito policial é o início da construção do terreno da culpa em que, as primeiras impressões e opiniões são igualmente construídas e ramificadas conforme o prosseguimento de seus atos.

Consequentemente, todos os atos e informações ali revelados e, a partir do contato direto do juiz, com características decisórias, ele já estaria construindo uma dissonância cognitiva acerca do

caso concreto e que, influenciaria posteriormente, nas decisões em fase instrutória.

Se considerarmos as violações legislativas e de direitos humanos – até mesmo as discussões sobre lawfare que influencia diretamente no processo penal – além de excesso de acusação e as próprias convicções pessoais do juiz já estabelecida na construção de sua personalidade profissional, é perfeitamente compreensível a influência da dissonância em relação ao momento da sentença, sendo que o juiz, ao se adentrar na fase instrutória, já estará contaminado com os atos inquisitivos da fase de inquérito e todas as outras relações comportamentais intrínsecas e pessoais do juiz, levando-o a entendimentos pré-determinados cognitivos, os quais, por lei, não haveria de ter em virtude do princípio da imparcialidade, principalmente.

Por outro lado, partindo do pressuposto de que não é possível verificar estatisticamente a influência comportamental do juiz dentro da fase inquisitorial e a poluição cognitiva que produz ao participar de medidas que poluem[3] e realizam um julgamento moral e de culpabilidade prévio, é possível deduzir a partir dos níveis de encarceramento nos casos de presos já condenados em face do atual sistema judiciário que julga ações criminais.

De acordo com o SISDEPEN – Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional do Governo Federal –, atualizado até setembro de 2020, o número de presos condenados em regime fechado totaliza em 344.773, sendo que, até a presente data, esse número é consideravelmente desatualizado e, 209.257 presos provisórios, ultrapassando 230 mil no déficit em relação as vagas oferecidas no sistema carcerário (BRASIL, 2020).

Indaga-se, qual seria a influência do juiz das garantias em face do sistema carcerário? Imagina-se que, o juiz das garantias irá,

3 O rol dos dezoitos incisos do art. 3º-B do Código de Processo Penal acerca de todos os atos de competência do juiz das garantias são o perfeito exemplo de todas as medidas que poluem o juiz da instrução, sendo um rol significativo de atos judiciais da fase de inquérito e que não é taxativo, uma vez que, as possibilidades investigativas estatais podem sempre ter maior abrangência conforme o caso concreto.

sob o viés do garantismo penal, influenciar diretamente no Estado Penal Máximo especialmente, nos casos de presos condenados. O esgotamento do assunto, contudo, não é nosso objetivo, mas é imprescindível que façamos essa verificação estatística principalmente, diante da contínua situação calamitosa do estado de coisas inconstitucional que se insere o sistema carcerário e que, consequentemente, viola o mínimo existencial e da dignidade da pessoa presa.

A figura do juiz das garantias vem, exatamente para separar os atores, um enquanto juiz competente responsável para julgar o caso, afastando a ideia da prevenção e um juiz específico para garantir os direitos constitucionais dentro do processo penal e impedir que haja vinculação cognitiva do juiz. Além disso, como o art. 3º-C, § 3º, do Código de Processo Penal é taxativo ao afastar o juiz da instrução totalmente de todas as informações da persecução penal que poderiam contaminá-lo, salvo as provas irrepetíveis. Lopes Júnior e Ritter (2016, pp. 58-59) asseveram ainda:

> [...] Mesmo que não tenha uma postura inquisitória (juiz ator), o fato de autorizar a busca e apreensão, a interceptação telefônica, uma prisão cautelar, enfim, qualquer medida restritiva de direitos fundamentais, conduz a inequívocos 'pré-julgamentos' (ou pré-juízos) que geram imensos prejuízos cognitivos para o exercício posterior da jurisdição 'no processo'.

Assim, coloca-se à margem do processo a figura do juiz instrutor e traz em voga a figura de um juiz equidistante de pré-concepções acerca do caso concreto, garantindo maior imparcialidade e preservando com mais eficácia a aplicação dos direitos inerentes aos investigados, visto que não promoverá a propositura de provas de ofício – reforça-se a completação vedação de atos de ofício pelo juiz das garantias – e tampouco participará da persecução penal, continuando a cargo do Ministério Público e da autoridade policial (CARVALHO; MILANEZ, 2020).

O Direito Comparado traz alguns aspectos práticos como

a experiência chilena, sendo um marco na democratização do processo penal ao despir o juiz de um primeiro contato com o réu a partir de um viés pré-condenatório e que possui similares com o texto normativo aprovado no Brasil, demonstrando avanços na humanização processual-penal em ambos os países que, igualmente, vivenciaram regimes ditatoriais num passado não tão distante (CARVALHO; MILANEZ, 2020).

O juiz das garantias finalmente promulgado e rapidamente suspenso pelo STF em decisão proferida no dia 22 de janeiro de 2020 pelo relator e atual presidente, Ministro Luiz Fux, revogando a decisão monocrática anterior e suspendendo o juiz das garantias sine die, se submetendo a uma decisão colegiada em plenário que ainda não ocorreu e com lento trâmite das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6298, 6299, 6300 e 6305, ajuizadas por associações de magistrados e partidos políticos, sem data para julgamento.

4. Considerações Finais

Desde a redemocratização com a promulgação de uma nova Constituição Federal em um Estado Democrático de Direito, a discussão dentro do campo jurídico sempre se pautou sobre a efetividade prática das leis e princípios amplamente e até, cansativamente, explícitos e implícitos na Carta Magna e sua correlação direta com os aspectos empíricos no campo social. Em matéria penal, a empiria tem sofrido deveras contradições ao olharmos a letra da lei.

A instituição do juiz das garantias é um importante avanço no que se refere ao garantismo penal e direitos humanos, princípios pelos quais, a Constituição Federal determina e de difícil efetividade. E, ao se relacionar diretamente com a poluição cognitiva do juiz que há atualmente ao julgar diversos requerimentos que contrastam desde a um mero indício de autoria apresentado como

"fundamentação" para uma prisão preventiva – e outros diversos atos investigativos – até a prolação de sentença.

A psicologia social nos demonstra o quanto o comportamento humano é facilmente corrompido, influenciado e confrontando diante de nossas próprias pressuposições já estabelecidas enquanto seres humanos e o quanto um indivíduo pode sofrer ao tentar resolver as tantas contradições mentais ocasionadas pela dissonância e, de difícil percepção por si próprio. Aplicado a figura do juiz, que se exige a imparcialidade, haverá poluição em sua análise pessoal ao se envolver diretamente e profundamente com atos inquisitoriais, inexistentes de ampla defesa e que irá construir um aspecto de culpa prévio na relação do juiz com o investigado.

Há de se reforçar que a instituição do juiz das garantias, como próprio nome já diz, tende a trazer a efetivação de garantias já devidamente positivadas pela Constituição e, principalmente, com o objetivo de democratizar o processo penal brasileiro que, a cada reformulação legislativa, traz novos debates e novas problemáticas a serem resolvidas, além de sustentar um sistema complexo e muitas vezes, injusto.

Contudo, o demasiado tempo de suspensão do juiz das garantias pelo Supremo Tribunal Federal nos faz temer sobre a posição adotada pela Eminente Corte contrária ao referido instituto, principalmente se considerarmos a tamanha influência que o juiz das garantias provocará nas mais diversas operações investigativas no país, inclusive a Operação Lava Jato e que possui uma íntima relação com as discussões relacionadas à politização do poder judiciário e do ativismo judicial e o quanto isso interessa à Eminente Corte, com a velha discussão sobre a essência política que há em suas decisões.

A humanização e proteção de direitos humanos de investigados deve ser um objetivo do Estado enquanto tal e do poder judiciário como um todo, a partir das ferramentas e mecanismos a seu dispor, no objetivo de suprimir discricionariedades e atos

lesivos do Estado, excesso de acusação e de investigação dos órgãos e uma supressão de decisões condenatórias a partir de mentes contaminadas pelo punitivismo a todo custo.

Muito embora as disposições do juiz das garantias ainda possuem falhas ao analisarmos sua abrangência e competência e sem o objetivo de esgotarmos o assunto, principalmente ao analisarmos também a fundo os aspectos psicológicos, o instituto demonstra uma possibilidade de resolução diante do excesso de informações as quais o juiz se relaciona, a partir do desmembramento dos órgãos e da essência do sistema acusatório adversarial e que, com dificuldade, busca legitimação na prática processual brasileira.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Ed. Senado, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 08 jun. 2021.

_____. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 30.09.2020. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMi00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 10 jun. 2021.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo. Centro de Estudios de Justicia de las Americas, [S. l.], n. 2020, p. 1-37, 23 jan. 2020. Disponível em: http://desa1.cejamericas.org:8080/handle/2015/5645. Acesso em: 11 jun. 2021.

DECASTRO, José Abrahão; POCHMANN, Marcio. Brasil: Estado social contra a barbárie. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2020. 613 p.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. A dissonância cognitiva, o autoengano e a ignorância autoimposta. Derecho y Cambio Social, Espanha, ano 2017, n. ISSN: 2224-4131, p. 1-11, 2 out. 2017. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista050/SOBRE_A_DISSONANCIA_COGNITIVA.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. 245 p.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1232 p.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, R. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 73, p. 12-25., ago./set. 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=132262. Acesso em: 11 mai. 2020.

MAIA, Alexandre de. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli – notas preliminares.** Brasília a. 37 n. 145 jan./mar. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/553/r145-05.pdf?sequence=4. Acesso em: 01. set. 2020.

A importância da proibição da pesca de arrasto industrial nas 12 milhas náuticas no Brasil

The importance of the prohibition of industrial trawling up to 12 nautical miles in Brazil

Felipe Franz Wienke[1]

Kariza Dias Lopes[2]

Sumário: Introdução; 1. A pesca de arrasto: breves linhas sobre o sistema de exploração no cenário brasileiro; 2. Os Impactos da pesca de arrasto nos ecossistemas locais; 3. Implicações jurídico-sociais da pesca de arrasto no Brasil; Considerações finais.

Resumo: o presente artigo teve por o objetivo de compreender quais os impactos da pesca de arrasto realizada por embarcações motorizadas no mar territorial brasileiro na concretização dos direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao trabalho dos pescadores artesanais. Através da análise de dados e estudos de impacto dessa modalidade de pesca predatória foi possível reconhecer que sua continuidade em um sistema que não a limite põe em risco, além do meio ambiente, a própria atividade pesqueira à longo prazo. Buscou-se entender como o atual modelo societário de desenvolvimento em que a cadeia produtiva pesqueira se insere levou à práticas que causam a degeneração dos ecossistemas e à repercussões negativas no trabalho de pescadores artesanais. Foi possível perceber o Estado brasileiro como promotor desse modelo junto aos grupos que concentram o capital. Nesse sentido, o papel do Estado na concretização dos direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao trabalho reside na imposição da sua institucionalidade sobre as atividades econômicas que causam dano a estes direitos. Frente à necessidade de uma transição para um

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul/UFRGS. Professor da Universidade Federal do Rio Grande/FURG. felipefw@gmail.com

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande/FURG. Aluna especial no Mestrado em Direito e Justiça Social do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande/FURG. karizadiaslopes@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

modelo alicerçado no respeito ao meio ambiente e às formas de trabalho invisibilizadas, a proibição da pesca de arrasto representa uma ruptura com o paradigma dominante.

Palavras-chave: pesca; pesca artesanal; pesca de arrasto;

Abstract: This article aimed to understand the impacts of trawling carried out by motorized vessels in the Brazilian territorial sea on the realization of the right to an ecologically balanced environment and to artisanal fishers' right to work. Through the analysis of data and impact studies of this predatory fishing modality, it was possible to recognize that its continuity, in a system that does not limit it, puts at risk the fishing activity itself in the long term, in addition to the environment. We sought to understand how the current societal development model in which the fishing production chain is inserted has led to practices that cause the degeneration of ecosystems and negative repercussions on the artisanal fishers' right to work. It was possible to perceive the Brazilian State as a promoter of this model alongside the groups that concentrate capital. In this sense, the role of the State in realizing the right to an ecologically balanced environment and the right to work lies in the imposition of its institutionality on economic activities that damage these rights. Faced with the need for a transition to a model based on respect for the environment and invisible forms of work, the prohibition of trawling represents a rupture with the dominant paradigm.

Keywords: fishery; artisanal fishery; trawling;

Introdução

O presente artigo tem o objetivo de discutir o papel da proibição da pesca de arrasto por embarcações motorizadas no mar territorial brasileiro na concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do direito ao trabalho de pescadores artesanais. A pesquisa teve caráter exploratório e descritivo. Adotou-se uma abordagem teórico-reflexiva, cujo procedimento contemplou técnica bibliográfica, doutrinária e documental, analisando sob uma perspectiva crítica dados a respeito dos impactos da pesca de arrasto nos ecossistemas.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de ser

condição existencial humana, figura como pressuposto essencial para a efetivação do direito ao trabalho de trabalhadores da pesca artesanal. A pesca de arrasto, reconhecidamente predatória, ao impactar ecossistemas, mesmo além do nicho ecológico pesqueiro cria uma tendência a comprometer a vida na Terra e economia no país à longo prazo. Nesse sentido, é urgente repensar os mecanismos de gestão pesqueira adotados para o território brasileiro e estabelecer uma transição de modelo de desenvolvimento a partir de princípios que assegurem a sustentabilidade dessa atividade econômica.

1. A pesca de arrasto: breves linhas sobre o sistema de exploração no cenário brasileiro

A pesca constitui-se em atividade extrativista de retirada de seres vivos aquáticos de seu habitat natural. No Brasil, a pesca se configura como importante setor produtivo. Ao presente artigo interessam duas modalidades distintas: a pequena produção pesqueira mercantil dos pescadores artesanais e a produção pesqueira capitalista das empresas da pesca.

Na pesca artesanal, o processo produtivo se organiza dentro de um grupo de pescadores independentes, com ou sem laços familiares, que detém a propriedade dos instrumentos de produção. A tecnologia empregada tem menor capacidade predatória e o nicho ecológico explorado é relativamente restrito, limitando-se às proximidades do continente e/ou reservatórios de água de menor porte, em razão da típica utilização de embarcações de pequeno e médio porte. Os aparelhos utilizados são, geralmente, redes e outros instrumentos semi-mecanizados.[3]

A pesca empresarial-capitalista atinge um grau mais elaborado. A reprodução dos meios e agentes de produção passa pela extração da mais-valia dos trabalhadores, visto que a propriedade dos instrumentos produtivos é de uma empresa, que

3 DIEGUES, A. C. Pescadores, camponeses e trabalhadores do mar. São Paulo: Cemar-USP, 1983, p. 150-155.

tira a autonomia dos agentes da produção. O trabalho torna-se mecanizado e são utilizadas embarcações motorizadas de médio e grande porte, o que possibilita a pesca em alto mar, de maior quantidade de animais e um maior tempo de navegação. O produto é redirecionado para as indústrias e/ou distribuidoras de alimentos, motivo pelo qual também é possível chamá-la de pesca industrial.[4]

Embora comum às duas modalidades descritas acima, o uso amplo e irrestrito de redes de arrasto consiste em um método típico da produção pesqueira industrial, visto que nesse modelo há uso de tecnologias que possibilitam a pesca em maior escala. A pesca de arrasto consiste em um método de pesca em que redes grandes e pesadas são arrastadas pelo fundo do oceano, agindo como um arado no assoalho aquático, cortando uma faixa de habitat em seu rastro.[5]

2. Os Impactos da pesca de arrasto nos ecossistemas locais

A pesca de arrasto é uma técnica de baixa eficiência ambiental e socioeconômica. O método utilizado para extração de seres vivos aquáticos faz com que essa modalidade apresente baixa capacidade de selecionar as espécies-alvo do restante do ecossistema aquático. É frequente a captura de outras espécies no momento em que a rede é tracionada no fundo do reservatório, levando consigo dezenas de outras espécies sem ou de menor valor comercial para aquele grupo de pescadores. Após o processo de captura, aquelas espécies que não são o alvo das embarcações pesqueiras são devolvidas ao mar, quase sempre mortas, processo conhecido como descarte. [6]

Os descartes são um problema de dimensão global e criam

4 Ibidem, p. 155-156.
5 Ibidem, passim.
6 DIAS, M. Impactos da pesca de arrasto no Brasil e no mundo: dados atualizados e tendências globais. Brasília/DF: Oceana Brasil, 2020, p. 14-16.

uma tendência de esgotamento ambiental, visto que geram a perda potencial de espécies vivas, que cumprem importante papel na biodiversidade. Nesse espectro, a pesca de arrasto se tornou o principal vetor mundial de impactos ambientais de grande escala sobre os ecossistemas aquáticos.[7]

Os descartes provenientes da pesca de arrasto somam mais de 4 milhões de toneladas e contribuem com 15% do desperdício de alimentos na cadeia produtiva da pesca mundial. Entre 2004 e 2014, o número de espécies em ameaça de extinção saltou 376%. Por isso, segundo a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, números dessa magnitude contribuem para o desperdício de alimentos.[8]

Segundo um artigo publicado na Proceedings of the National Academy of Sciences, visto que as redes de arrasto reviram o assoalho aquático, ocorre o deslocamento em massa de sedimentos, levando à desertificação do fundo do mar e substituição do seu padrão natural de contorno.[9] Imagens de satélite já mostraram nuvens de lama que se espalham nesses ecossistemas e permanecem suspensas no mar muito depois que a rede de arrasto passou[10].

Em março de 2021, a revista Nature publicou o primeiro estudo apontando para as consequências da pesca de arrasto nos índices de emissão de gases de efeito estufa, constatando que esse tipo de pesca está bombeando centenas de milhões de toneladas de dióxido de carbono no oceano todos os anos, ocasionando a

7 Ibidem, p. 10.
8 Ibidem, p. 10-14.
9 PUSCEDDU, A. et al. Chronic and intensive bottom trawling impairs deep-sea biodiversity and ecosystem functioning. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, Honolulu, v. 111, n. 24, 17 jun. 2014. passim. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/111/24/8861>. Acesso: em 9 jun. 2021.
10 THOMPSON, A. Devastation of Trawling Visible from Space. [S.l.: s.n.], 2008. n.p. Disponível em: <https://www.livescience.com/4827-devastation-trawling-visible-space.html>. Acesso em 5 jun. 2021.

acidificação das águas e afetando também o ar atmosférico.[11]

Percebe-se que os impactos cumulativos da pesca de arrasto tendem a comprometer a sobrevivência dos ecossistemas aquáticos e, consequentemente, da própria atividade pesqueira à longo prazo, afetando a capacidade dos reservatórios de água de gerar renda para o ser humano. O maior socioeconômico ocorre em comunidades de pescadores artesanais, que geralmente se encontram em situação de vulnerabilidade social por estarem inseridos em um contexto produtivo não industrializado.

Nessa conjuntura, a limitação de determinadas práticas predatórias de pesca e o fechamento de áreas em que a gestão pesqueira é ineficaz surge como ferramenta importante para a conservação do meio ambiente. É necessário repensar a governança pesqueira brasileira a partir de princípios e práticas de conservação de biomas aquáticos e de uma transição de modelo de desenvolvimento e equidade de oportunidades.

3. Implicações jurídico-sociais da pesca de arrasto no Brasil

Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos[12] não mencione especificamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, as Nações Unidas há muito reconhecem esse direito como um dos principais temas transversais dos direitos humanos, tratando dele em documentos importantes, como na Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o

11 SALA, E. et al. Protecting the global ocean for biod iversity, food and climate. Nature, [S.l.], n. 592, 17 mar. 2021. passim. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41586-021-03371-z>. Acesso em: 9 jun. 2021.

12 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, Paris: 1948. n.p. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jun. 2021.

Meio Ambiente Humano[13], de 1972, e a Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento[14], de 1992.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Estado e sociedade o dever de zelar por ele[15]. O ordenamento jurídico pátrio reconheceu, através de jurisprudência, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como manifestação de um direito fundamental[16], fazendo dele verdadeiro referencial axiológico do sistema jurídico-estatal brasileiro.[17]

Ao lado do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se o desafio de efetivação do direito humano, social e fundamental ao trabalho, consagrado no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas[18] e internalizado através do art. 6º, caput, da Constituição Federal brasileira de 1988[19].

Doravante, compreender quais os desafios do Estado na efetivação dos direitos ao meio ambiente e ao trabalho perpassa pela compreensão de fatores socioestruturais. Para Porto-Gonçalves, a crise socioambiental é a crise do modelo de desenvolvimento

13 ORGANIZAÇÂO DAS NAÇÔES UNIDAS. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo: 1972. n.p. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 10 jun. 2021.

14 ORGANIZAÇÂO DAS NAÇÔES UNIDAS. Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro: 1992. n.p. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/rio92.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 out. 1988. n.p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.540 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 1º set. 2005, p. 2. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763322/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3540-df/inteiro-teor-100479483>. Acesso em 9 jun. 2020.

17 FARACO DE AZEVEDO, P. Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 129.

18 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, Paris: 1948. n.p. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jun. 2021.

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 out. 1988. n.p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

globalizante neoliberal, predominante no mundo moderno ocidental. Esse modelo valoriza apenas aquilo que pode ser transformado em capital e se manifesta na apropriação extensiva dos bens naturais e na desconsideração do valor cultural de meios não capitalistas de produção, através de princípios de globalização e padronização. [20]

Nessa conjuntura, o desenvolvimento corresponde ao crescimento econômico-financeiro ilimitado, à prosperidade através da dominação da natureza, à altos níveis de industrialização e urbanização e tecnificação dos meios de produção.[21] Para Faraco de Azevedo, nesse contexto, após o Estado deixar de ser totalitário, a economia passou a sê-lo. O desenvolvimento deixa de ser uma opção para ser uma imposição, constituindo:

> [...] um outro tipo de totalitarismo, o dos regimes globalitários, que repousam sobre os dogmas da globalização e do pensamento único, não admitindo nenhuma outra política econômica, negligenciando direitos sociais dos cidadãos, em nome da razão competitiva e abandonando aos mercados financeiros a direção total das sociedades dominadas[22].

Cabe ainda compreender a problemática sob a ótica do fascismo territorial, concepção de Boaventura de Souza Santos[23], conjuntura em que os grupos que concentram o capital tomam do Estado o controle social sobre o território em que atuam e sobre os agentes nele inseridos. Então, há o ressurgimento de formas coloniais de poder e governança. Na sociedade moderna, as empresas e corporações, através do poder econômico que detém, encontram no Estado a legitimação para o poder político que exercem, avançando agressivamente sobre os territórios.

Quando o setor empresarial-industrial da pesca apodera-

20 PORTO-GONÇALVES, C. W. A globalização da natureza e a natureza da globalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. passim.

21 Ibidem, passim.

22 FARACO DE AZEVEDO, P. Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 18.

23 SANTOS, B. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. Revista Crítica de Ciências Sociais [S.l.], n. 78, 2007, p. 17. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/753#text>. Acesso em 9 jun. 2021.

se de determinados territórios em detrimento do setor da pesca artesanal, sem que haja limitação ou fiscalização estatal, há a legitimação da dominação da natureza e subalternização de grupos mais vulneráveis. Sob essa perspectiva, tendo em vista o retorno econômico que a atividade produtiva ilimitada tem, é possível entender esse fenômeno como um projeto de Estado.

A consolidação da pesca de arrasto enquanto método produtivo ocorre concomitantemente a um processo de concentração de capital. A depredação de ecossistemas próximos à costa, o elevado custo para atingir regiões mais distantes dos pontos de pesca litorâneos, o custo dos equipamentos adequados para uma pesca de longa distância levaram a concentração da atividade pesqueira lucrativa nas mãos de empresas e grupos com condições de financiar a pesca industrial.[24]

No Brasil, historicamente, a pesca de arrasto se desenvolveu sob um regime de fomento e livre acesso na costa brasileira: atualmente, todo o Mar Territorial brasileiro (225 mil km²) é passível de ser arrastado, especialmente após a década de 1980, em que o setor teve pouca e ineficiente limitação e fiscalização do Poder Público.[25] Nesse cenário, o principal obstáculo que se coloca à frente de uma governança pesqueira sustentável é a lógica dominante da mercantilização de bens ambientais como sustentada por Porto-Gonçalves, visto que é essa a racionalidade que guia a política regulatória estatal. [26]

Ao contrário do axioma humanitário e constitucional, o Estado brasileiro assume o papel de promotor do modelo societário desenvolvimentista descrito, negando os direitos que nele não se encaixam. Por isso, é necessário que o Estado, enquanto agente protetor do meio ambiente saudável e promotor do direito

24 DIEGUES, A. C. Pescadores, camponeses e trabalhadores do mar. São Paulo: Cemar-USP, 1983, p. 71.

25 DIAS, M. Impactos da pesca de arrasto no Brasil e no mundo: dados atualizados e tendências globais. Brasília/DF: Oceana Brasil, 2020, p.10-11.

26 PORTO-GONÇALVES, C. W. A globalização da natureza e a natureza da globalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. passim.

ao trabalho, imponha sua institucionalidade sobre as atividades econômicas predatórias através de iniciativas de retomada do território tomado pelo fascismo territorial.

Há urgência na limitação da dominação da natureza através da criação de um marco regulatório legal nacional que reconheça a ineficiência do paradigma que trata o meio ambiente, o trabalho e o ser humano de modo utilitário, inaugurando um novo modelo de gestão pesqueira alicerçado no reconhecimento da divisão social de produção. A partir disso, o Estado deveria adotar medidas alicerçadas em princípios de conservação e proteção social.

A proibição da pesca de arrasto realizada por embarcações motorizadas ao longo das 12 milhas náuticas do mar territorial brasileiro representa uma iniciativa que vai em direção à ruptura com o privilégio do modelo empresarial-industrial. Se implantada e fiscalizada em larga escala, é passível de diminuir o impacto do atual modelo produtivo pesqueiro nos ecossistemas e capaz de viabilizar a concretização do direito ao trabalho de pescadores artesanais.

Salienta-se que a problemática não é novidade. Desde 2019, o Supremo Tribunal Federal discute, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.218 MC/RS[27], a constitucionalidade da Lei Estadual 15.223/2018[28] do Estado do Rio Grande do Sul que, em seu art. 30, proibiu a pesca mediante a utilização de rede de arrasto tracionada por embarcações motorizadas nas 12 milhas náuticas da faixa marítima da costa do território do Estado. Na Ação Direta

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.218 MC/RS. Relator: Min. Kássio Nunes Marques. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 14 ago. 2019. passim. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/257534229/stf-21-08-2019-pg-1> Acesso em: 10 jun. 2021.

28 RIO GRANDE DO SUL. Lei estadual n. 13.223, de 5 set. 2018. Institui a Política Estadual de Desenvolvimento Sustentável da Pesca no Estado do Rio Grande do Sul e cria o Fundo Estadual da Pesca. Porto Alegre, RS, 6 set. 2018. n.p. Disponível em <https://legisjet.com.br/conteudo/fiscal/lei-n-15-2232018-institui-a-politica-estadual-de-desenvolvimento-sustentavel-da-pesca-e-cria-o-fundo-estadual-da-pesca/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

de Inconstitucionalidade 861/AP[29], o órgão também examinou a constitucionalidade da Lei Estadual 64/1993[30] do Estado do Amapá, que proibia a pesca industrial de arrasto de camarões em toda extensão do mar territorial situado na zona costeira do Estado.

Considerações finais

No presente artigo, partindo do pressuposto que o acesso ao meio ambiente saudável, além de condição existencial humana, representa um requisito essencial à efetividade do direito ao trabalho, tutelando juridicamente a continuidade do exercício da pesca artesanal, buscou-se compreender a relação entre a pesca de arrasto enquanto modelo produtivo pesqueiro consolidado, o modelo ocidental moderno de desenvolvimento e o papel do Estado na concretização dos direitos descritos.

A consolidação da pesca de arrasto enquanto modalidade produtiva, mesmo que comprovadamente predatória, é reflexo do modelo de desenvolvimento globalizante neoliberal, marcado pela apropriação extensiva dos bens naturais, industrialização, desconsideração do valor dos meios não capitalistas de produção e imposição de um crescimento econômico ilimitado. Percebe-se esse modelo como um projeto de Estado.

Nesse contexto, a superação do cenário de inobservância aos direitos em voga no artigo deve estar alicerçada em uma ruptura com esse paradigma desenvolvimentista, o que implica em iniciativas estatais de transição para um modelo baseado em princípios de conservação ambiental e proteção social. O papel

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 861/AP. Relatora: Min. Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 5 jun. 2020. passim. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865244917/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-861-ap-amapa-0000602-4919931000000/inteiro-teor-865244978?ref=juris-tabs>. Acesso em: 9 jun. 2021.

30 AMAPÁ. Lei estadual 64, de 4 jan. 1993. Dispõe sobre a pesca industrial de arrasto de camarões e aproveitamento compulsório da fauna acompanhante dessa pesca na costa do Estado do Amapá. Macapá, 7 jan. 1993. n.p. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=118600>. Acesso em: 10 jun. 2021.

do Estado, enquanto um dos guardiões do meio ambiente e promotor do direito ao trabalho, é o de impor sua institucionalidade nessa transição. A proibição da pesca de arrasto realizada por embarcações motorizadas ao longo das 12 milhas náuticas do mar territorial brasileiro, acompanhada pelo monitoramento, controle e fiscalização é apenas uma iniciativa que deve fazer parte deste processo.

Referências bibliográficas

AMAPÁ. Lei estadual 64, de 4 jan.1993. Dispõe sobre a pesca industrial de arrasto de camarões e aproveitamento compulsório da fauna acompanhante dessa pesca na costa do Estado do Amapá. Macapá, 7 jan. 1993. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=118600>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 861/AP. Relatora: Min. Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 5 jun. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865244917/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-861-ap-amapa-0000602-4919931000000/inteiro-teor-865244978?ref=juris-tabs>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.540 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 1º set. 2005. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763322/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3540-df/inteiro-teor-100479483>. Acesso em 9 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.218 MC/RS. Relator: Min. Kássio Nunes Marques. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 14 ago. 2019. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/257534229/stf-21-08-2019-pg-1> Acesso em: 10 jun. 2021.

DIAS, M. Impactos da pesca de arrasto no Brasil e no mundo: dados atualizados e tendências globais. Brasília/DF: Oceana Brasil, 2020.

DIEGUES, A. C. Pescadores, camponeses e trabalhadores do mar. São Paulo: Cemar-USP, 1983.

FARACO DE AZEVEDO, P. Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, Paris: 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ORGANIZAÇÂO DAS NAÇÔES UNIDAS. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo: 1972. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ORGANIZAÇÂO DAS NAÇÔES UNIDAS. Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro: 1992. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/rio92.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

PORTO-GONÇALVES, C. W. A globalização da natureza e a natureza da globalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

PUSCEDDU, A. et al. Chronic and intensive bottom trawling impairs deep-sea biodiversity and ecosystem functioning. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, Honolulu, v. 111, n. 24, 17 jun. 2014. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/111/24/8861>. Acesso: em 9 jun. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Lei estadual n. 13.223, de 5 set. 2018. Institui a Política Estadual de Desenvolvimento Sustentável da Pesca no Estado do Rio Grande do Sul e cria o Fundo Estadual da Pesca. Porto Alegre, RS, 6 set. 2018. Disponível em <https://legisjet.com.br/conteudo/fiscal/lei-n-15-2232018-institui-a-politica-estadual-de-desenvolvimento-sustentavel-da-pesca-e-cria-o-fundo-estadual-da-pesca/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SALA, E. et al. Protecting the global ocean for biod iversity, food and climate. Nature, [S.l.], n. 592, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41586-021-03371-z>. Acesso em: 9 jun. 2021.

SANTOS, B. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. Revista Crítica de Ciências Sociais [S.l.], n. 78, 2007. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/753#text>. Acesso em 9 jun. 2021.

THOMPSON, A. Devastation of Trawling Visible from Space. [S.l.: s.n.], 2008. Disponível em: <https://www.livescience.com/4827-devastation-trawling-visible-space.html>. Acesso em 5 jun. 2021.

O instituto da curatela como proteção à pessoa com deficiência: uma análise comparada entre a legislação brasileira e espanhola, à luz da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

Curatorship as a protection for people with disability: a comparative analysis between the Brazilian and Spanish laws, under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges[1]

Carolina de Moraes Vieira Silva[2]

Sumário: 1 Introdução 2 Capacidade legal na sistemática da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência: o artigo 12 à luz da igualdade material 3 A curatela como ferramenta para o exercício da capacidade legal 3.1 O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a disciplina da curatela na legislação brasileira 3.2 A curatela no ordenamento jurídico espanhol e a recente Lei 8/2021, de 2 de junho 4 Considerações Finais

Resumo: O presente trabalho propõe uma reflexão acerca do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência à luz da igualdade material, no intuito de identificar seus reflexos para o exercício da capacidade legal pelas pessoas com deficiência. Nesse sentido, explora-se, ainda, o papel e a relevância da curatela como mecanismo disponível para esse exercício. A partir dessas ponderações, procedeu-se ao estudo das legislações brasileira e espanhola no que se refere à curatela, apresentando-se, ao final, uma análise comparada entre ambas. Para tanto, foram estudados a literatura existente sobre a temática, bem como os instrumentos normativos correspondentes. Com esse estudo, foi possível concluir que o artigo 12 da Convenção em comento não

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e professor do Curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás; endereço eletrônico para contato: gabrieloab@outlook.com

2 Discente do 10° período do curso de graduação da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis pela Universidade Federal de Uberlândia (2016-2021); endereço eletrônico para contato: carolmvieiras@hotmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

conduz, necessariamente, à dispensa de tratamento idêntico, no que tange à capacidade legal e seu exercício, às pessoas com deficiência e as demais. Muito pelo contrário, para que se possa efetivar a igualdade de condições garantida pela convenção, mormente sob a perspectiva da equidade, é imprescindível a previsão de mecanismos para o exercício da capacidade legal que atendam às necessidades e potencialidades da pessoa com deficiência. Nesse cenário, a curatela revela-se importante ferramenta para esse exercício, principalmente para aqueles que não tem condições de exercer por conta própria os atos da vida civil. Por fim, verifica-se que a curatela, quando dotada de flexibilidade e possibilidade de adequação ao caso concreto, nos moldes da lei espanhola, melhor atende às disposições da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Palavras-chave: Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência; Lei 8/2021; Estatuto da Pessoa com Deficiência; curatela; capacidade legal.

Abstract: This work proposes a reflection on article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities from the perspective of real equality, in order to identify its consequences for the exercise of legal capacity by persons with disabilities. Thus, the role and relevance of the curatorship as a mechanism available for this exercise is also explored. Based on these considerations, the Brazilian and Spanish legislation regarding curatorship was studied. At the end, it was presented a comparative analysis between them. In order to do so, the existing literature on the subject was studied, as well as the corresponding laws. With this study, it was possible to conclude that article 12 of the Convention under discussion does not necessarily lead to identical treatment, regarding legal capacity and its exercise, for people with disabilities and others. On the contrary, in order to achieve the equality of conditions guaranteed by the convention, especially from the perspective of equity, it is essential to provide mechanisms for the exercise of legal capacity that suit the needs and potentials of people with disabilities. In this scenario, curatorship is an important tool for this exercise, especially for those who are unable to practice the acts of civil life on their own. Finally, it was possible to verify that curatorship, when flexible and able to adapt to the factual case, like determined by the Spanish law, provides better accordance with the provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Keywords: Convention on the Rights of Persons with Disabilities; Law 8/2021; Statute of Persons with Disabilities; curatorship; legal capacity.

1. Introdução

Recentemente, a Espanha promulgou a Lei 8/2021, de 2 de junho de 2021, que trata da proteção à pessoa com deficiência, consagrando, naquele ordenamento jurídico, o direito humano à igualdade da pessoa com deficiência. No Brasil, em 2015, foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou inúmeros dispositivos de lei e trouxe novos institutos de proteção. Antes de tudo isso, tivemos, no plano internacional, a Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada no ordenamento brasileiro por intermédio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

No presente texto, pretende-se comparar, à luz de referida convenção, mais especificamente de seu art. 12[3], o instituto da curatela na legislação brasileira e na novel legislação espanhola. O leitmotiv do trabalho é responder à seguinte pergunta: em análise comparativa do Estatuto da Pessoa com Deficiência do Brasil e

3 Artigo 12
Reconhecimento igual perante a lei
1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

a Lei 8/2021, de 2 de junho da Espanha, qual das duas trouxe, no instituto da curatela, proteção mais eficiente à pessoa com deficiência?

O trabalho será desenvolvido por intermédio do método comparativo, eis que será realizado o cotejamento entre a legislação brasileira e a espanhola de proteção e inclusão da pessoa com deficiência e de ambas com a Convenção[4].

No que diz respeito aos procedimentos técnicos a serem utilizados na abordagem do problema, o trabalho possui uma abordagem qualitativa, eis que, em tal abordagem, a interpretação e análise dos fenômenos, com a atribuição de significados que não podem ser analisados apenas de maneira quantitativa, mas, principalmente, no tocante aos seus efeitos no contexto social[5].

Quanto aos objetivos, o artigo almeja a realizar pesquisa de cunho exploratório, sendo que tal classificação têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições e seu planejamento é bastante flexível, e possibilita a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado[6].

Quanto aos procedimentos metodológicos[7], foram utilizados procedimentos técnicos de pesquisa para a coleta e análise de dados, incluídas a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

2. Capacidade legal na sistemática da Convenção sobre o direitos da pessoa com deficiência: o artigo 12 à luz da igualdade material

Iniciando o estudo, temos que o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência busca elevar a pessoa

4 MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa do direito. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90.
5 Ibidem, p. 110.
6 GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 41.
7 Ibidem, p. 43.

com deficiência a um patamar de igualdade material. Não se almeja tão somente dispensar a ela o exato mesmo tratamento que existe às pessoas que não têm deficiências, mas garantir-lhe que possa efetivamente atuar na esfera jurídica em condição de igualdade.

Nesse contexto, importante que nos atentemos ao conceito de proteção insuficiente. Não se pode conceder às pessoas liberdade irrestrita, eis que, a depender da deficiência, a pessoa não terá condições de saúde para a tomada de decisões por si só. "Essa liberdade de conformação tem como principal limite o princípio da proporcionalidade, na sua dupla vertente de proibição de defeito – ou protecção insuficiente – e de proibição de excesso – ou restrição injustificada"[8].

É para evitar a proteção insuficiente que, em que pese afirme que "os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida"[9], a Convenção logo após deixa claro que

> Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa[10].

Portanto, fica claro que o que a Convenção procura estabelecer

8 SILVA, Jorge Pereira. Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 29.

9 BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 12 jun. 2021.

10 Idem.

é uma igualdade material entre a pessoa com deficiência e os demais, não uma igualdade meramente formal, que possuiria o condão de, em vez de realizar o mister de emancipar a pessoa com deficiência, torná-la ainda mais discriminada nas relações jurídicas.

A título de exemplo, temos que a pessoa consumidora, pelo simples fato de ser consumidora, se encontra em grau de vulnerabilidade, constantemente sujeita a riscos e perigos que podem lesar sua pessoa e seu patrimônio[11]. Se tal vulnerabilidade já é cotidianamente palpável como possibilidade de prejuízos ao consumidor com plena capacidade, há que se aumentar a precaução e prudência na análise da capacidade civil da pessoa com algum déficit de cognoscibilidade.

Portanto, "os efeitos da emancipação, sem os cuidados necessários, à pessoa com deficiência podem ser desastrosos, contrariamente ao escopo do tratado de direito humano correspectivo"[12].

Destarte, é necessário enxergar a igualdade promovida pela Convenção como uma igualdade sob a perspectiva de justiça distributiva, tratando os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade. A simples conferição de capacidade civil plena à pessoa que possui algum déficit cognitivo que a impeça de declarar sua vontade, em vez de avanço, poder conferir um retrocesso.

3. A curatela como ferramenta para o exercício da capacidade legal

Feita essa introdução, passamos à análise específica do

11 Ver, por todos, LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

12 MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito privado e policontexturalidade. Fontes, fundamentos e emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 349-350.

instituto da curatela como meio de proteção à pessoa com deficiência.

3.1 O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a disciplina da curatela na legislação brasileira

Como medida de adequação à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o Brasil inaugurou, por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão, instituída pela Lei 13.146/2015 –, uma nova sistemática de exercício de capacidade legal para essas pessoas.

A disciplina dessa matéria na referida legislação está assente, ainda, na recomendação emitida pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Comentário Geral n. 1 de 2014 pelo qual – além de se esclarecer que a capacidade legal engloba a detenção e o exercício de direitos – os Estados Parte foram encorajados a evitar a substituição, formal e informal, no processo de tomada de decisões.[13]

Em virtude disso, a curatela passou a ser medida de caráter excepcional e de menor duração possível, devendo ser adotado, preferencialmente, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, por meio do qual a pessoa com deficiência elege pessoas de seu convívio e confiança para lhe auxiliar na tomada de decisões.

Juntamente dessa mudança, o Estatuto da Pessoa com Deficiência restringiu, de forma prévia e abstrata, por disposição do art. 85, cabeça e parágrafo primeiro, o alcance da curatela aos atos da vida civil relacionados às esferas negociais e patrimoniais, vedada a abrangência a "direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e

13 UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons With Disabilities. General comment nº 1. In: Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Geneva, 19 May 2014. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en. Acesso em: 8 jun. 2021.

ao voto".[14]

Conquanto se deva incentivar a emancipação das pessoas com deficiência, para que possam se desenvolver livremente enquanto seres sociais, não se pode ignorar que uma parcela desse grupo de indivíduos, em razão de suas próprias necessidades e potencialidades, não poderá exercer sua capacidade legal de modo completamente independente.

Não raramente, alguns indivíduos com deficiência – sobretudo quando mental e grave –, dada a impossibilidade de realizarem atividades triviais por conta própria, precisam exercer os atos da vida civil por meio de outras pessoas. Logo, ao delimitar o alcance da curatela de forma precipitada e indistinta, a legislação brasileira ignora a realidade dessas pessoas e inviabiliza o exercício dos demais atos da vida civil por parte delas.

Além disso, embora não se pretenda a defesa da supremacia de um ordenamento jurídico paternalista, certo é que, no tocante aos âmbitos que não podem ser abarcadas pela curatela, o legislador não trouxe nenhuma previsão que visasse proteger os direitos e os interesses das pessoas com deficiência que não tenham condições fáticas de exercer os atos da vida civil por conta própria.

Patente, portanto, que a disciplina da curatela nos moldes da Lei Brasileira de Inclusão não atende ao disposto no artigo 12, itens 2, 3 e 4 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tendo em vista que prevê apoio deficitário para o exercício da capacidade legal e impossibilita, ainda, que o mecanismo previsto para esse exercício se amolde às demandas dos casos concretos. Em última análise, a consequência disso é, ademais, o esvaziamento da igualdade garantida a esse grupo de pessoas em sua perspectiva material.

14 BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 8 jun. 2021.

3.2 A curatela no ordenamento jurídico espanhol e a recente Lei 8/2021, de 2 de junho

Também no intuito de adequar suas normas internas à convenção em comento e à recomendação emitida pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Espanha promulgou recentemente a Lei 8/2021, de 2 de junho, por meio da qual promove alterações legislativas quanto ao exercício da capacidade legal pelas pessoas com deficiência.[15] O instrumento normativo, previsto para entrar em vigor apenas no segundo semestre de 2021, introduz mudanças esperáveis, como o reconhecimento da capacidade legal e a impossibilidade de declaração de incapacidade legal no que se refere a esse grupo de indivíduos.

Nada obstante, a despeito de impulsionar o protagonismo das pessoas com deficiência, sobretudo por meio da salvaguarda de suas preferências e vontades, a Lei 8/2021 reconhece a relevância da curatela para o exercício da capacidade legal por esse grupo de pessoas e dedica tratamento cauteloso à matéria.

Nesse ponto, merece destaque a ideia trabalhada na norma de que esse instituto jurídico representa uma medida de cuidado e apoio, por vezes necessária em razão das necessidades do indivíduo. Isso, porque a partir da perspectiva emancipacionista da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, observa-se uma tendência de menosprezo aos processos – ocasionalmente indispensáveis, ressalte-se – de substituição na tomada de decisões.

A lei espanhola, no entanto, rejeita essa concepção simplista e, embora preveja que a curatela se dará preferivelmente de forma assistencial, admite sua utilização, excepcionalmente, de forma representativa. Ademais, dispõe, por meio do art. 250, que a curatela será aplicada àqueles que necessitem de apoio contínuo,

15 ESPANHA. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Madrid: Boletín Oficial del Estado n. 132, 3 jun. 2021, p. 67789-67856, Disponível em: https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8. Acesso em: 8 jun. 2021.

sendo seu alcance delimitado judicialmente em consonância com as circunstâncias e necessidades da pessoa com deficiência no caso concreto.

Tratando mais especificamente do tema, o art. 269 da Lei 8/2021 enuncia que a curatela será constituída pela autoridade judicial de forma motivada, quando não houver medida diversa suficiente de apoio para a pessoa com deficiência, determinando-se os atos para os quais ela necessita de assistência, conforme suas necessidades concretas. Extraordinariamente e, sendo imprescindível, serão determinados, também, os atos para os quais o curador representará o indivíduo com deficiência.

Nesse sentido, verifica-se, pelo menos no plano legislativo, não haver nenhum impedimento para que a curatela abranja aspectos da vida civil além dos patrimoniais e negociais e, assim, atenda às demandas da situação concreta. Por essa razão, pode-se concluir que as disposições da lei espanhola atendem ao disposto nos itens 2, 3 e 4 do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, na medida em que permitem que a curatela, enquanto medida de exercício de capacidade legal, dê-se de forma proporcional às demandas da pessoa com deficiência, de modo a efetivar equidade nesse exercício.

4 Considerações finais

A análise proposta, do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência à luz da igualdade material, permite constatar que o reconhecimento da capacidade legal, a esse grupo de pessoas, em igualdade de condições com as demais, não significa dispensar a elas tratamento idêntico ao dispensado a todos os legalmente capazes. Mesmo porque a efetivação da igualdade material requer a adequação desse tratamento às necessidades concretas dos indivíduos.

Destarte, conquanto esse reconhecimento constitua medida de igualdade formal, é necessário, para que se possa experimentar, de fato, igualdade de condições no exercício da capacidade legal, a implementação de mecanismos que visem compensar as disparidades vivenciadas pelos indivíduos com deficiência, resultantes da interação desta com as barreiras existentes na sociedade.

Nesse contexto, a curatela destaca-se como ferramenta relevante para o exercício da capacidade legal por parte das pessoas com deficiência, notadamente quando as suas circunstâncias as impeçam de exercer os atos da vida civil por conta própria e resultem na necessidade de apoio – ou até mesmo representação – para tanto.

Segundo determina a própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em seu artigo 12, itens 3 e 4, o estabelecimento dessa espécie de medida deve se dar em conformidade com as potencialidades e necessidades do indivíduo que dela necessita.

Assim, é possível verificar que a disciplina da curatela, pela Lei Brasileira de Inclusão, de modo prévio e invariável, impossibilita que a sua delimitação se dê conforme o caso concreto e, logo, prejudica a salvaguarda dos interesses e direitos da pessoa com deficiência, bem como desconsidera o disposto na convenção.

De outro lado, a novel Lei 8/2021, promulgada pela Espanha, prevê um tratamento mais flexível para a curatela, possibilitando que esta seja, ainda que de forma excepcional, implementada conforme as necessidades do indivíduo com deficiência, o que, na perspectiva ora adotada, não só se alinha à convenção, mas também protege, de modo integral, os interesses e direitos desses indivíduos, mormente à luz da equidade.

Referências

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 8 jun. 2021.

ESPANHA. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Madrid: Boletín Oficial del Estado n. 132, 3 jun. 2021, p. 67789-67856. Disponível em: https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8. Acesso em: 8 jun. 2021.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito privado e policontexturalidade. Fontes, fundamentos e emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggiotti de. Além da Convenção de Nova York: Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência [...]. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales, [S. l.] año VIII, n. 15, Enero-Junio 2016, p. 15-32. Disponível em: http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%2015/Redhes15-01.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa do direito. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves; ANDRADE, Daniel de Pádua. O conceito de capacidade legal na convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 13, n. 3, dez. 2018, p. 948-969. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31839. Acesso em: 10 jun. 2021.

SILVA, Jorge Pereira. Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

UNITED NATIONS. Committee on the Rights of Persons With Disabilities. General comment nº 1. In: Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Geneva, 19 May 2014. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en. Acesso em: 8 jun. 2021.

A Reforma Trabalhista e a Regulamentação do Dano Extrapatrimonial

The Labor Reform and the Regulation of Non-Material Damage

Helena Lazzarin[1]

Gilberto Stürmer[2]

Sumário: 1. Considerações iniciais: o direito à indenização por dano moral e os "filtros limitadores do direito" advindos com Lei nº 13.467, de 2017; 2. Considerações sobre os artigos 223-A a 223-F; 3. Artigo 223-G: a tarifação do dano moral com base no salário; 4. Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente estudo, inicialmente, faz uma análise acerca da regulamentação do direito à indenização por dano extrapatrimonial previamente à entrada em vigor da Lei nº 13.467, de 2017 – a chamada "reforma trabalhista". Em um segundo momento, são estudadas as alterações contidas no capítulo "Do Dano Extrapatrimonial" da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual regula as indenizações decorrentes de danos extrapatrimoniais na esfera trabalhista. O enfoque principal é no artigo 223-G, o qual, entre outros, prevê a tarifação do dano moral com base no salário dos trabalhadores (prevê, em outras palavras, que o sofrimento dos indivíduos passa a ser calculado com base no seu salário). O objetivo da presente pesquisa é demonstrar que a referida normativa fere a Constituição Federal Brasileira; o direito à igualdade e à não discriminação (previstos na Constituição e também no âmbito do direito internacional dos direitos humanos); bem como a plena realização de direitos fundamentais. Ainda, no que diz respeito aos princípios, o artigo tem como objetivo demonstrar a existência de violação ao princípio da igualdade; ao princípio da dignidade humana; e, pertencente às relações laborais e sua regulamentação, ao princípio

1 Doutora em Direito. Advogada. Professora do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS. E-mail: helena@lazzarinadvogados.com.br.

2 Doutor em Direito. Advogado. Professor Titular de Direito do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) da PUCRS. E-mail: gsturmer@sturmer.com.br.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

da proteção do trabalhador. A pesquisa é de cunho bibliográfico e utiliza autores nacionais e internacionais, bem como leituras e pesquisa em livros, artigos de revistas e sites oficiais.

Palavras-chave: Dano Extrapatrimonial; Direito do Trabalho; Proteção do Trabalhador.

Abstract: This study, initially, analyzes the regulation of the right to compensation for non-material damage prior to the entry into force of Law No. 13,467, of 2017 – the so-called "labor reform". In a second moment, the changes contained in the chapter "Off-balance-sheet Damage" of the Consolidation of Labor Laws are studied, which regulates indemnities arising from non-material damage in the labor sphere. The main focus is on article 223-G, which, among others, provides for the charging moral damage based on the wages of workers (it provides, in other words, that the suffering of individuals is now calculated based on their wages). The objective of this research is to demonstrate that the referred regulation violates the Brazilian Federal Constitution; the right to equality and non-discrimination (provided for in the Constitution and also under international human rights law); as well as the full realization of fundamental rights. Still, with regard to the principles, the article aims to demonstrate the existence of violation of the principle of equality; to the principle of human dignity; and, pertaining to labor relations and its regulation, to the principle of worker protection. The research is bibliographical in nature and uses national and international authors, as well as readings and research in books, magazine articles and official websites.

Keywords: Off-balance sheet damage; Labor Law; Worker Protection.

1. Considerações iniciais: o direito à indenização por dano moral e os "filtros limitadores do direito" advindos com a Lei nº 13.467, de 2017

A Constituição Federal de 1988, em seus dispositivos, especialmente o artigo 5º, incisos V, X e XXXV, assegura a todos, sem qualquer restrição ou limites, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, bem como o direito à resposta proporcional ao agravo e à indenização pelos danos experimentados. A reparação dos danos extrapatrimoniais deve

ser integral, na medida em que o sistema jurídico brasileiro visa a mais ampla e justa tutela.

> Isso implica, de um lado, a certeza da amplitude da proteção, a fim de se reparar todas as espécies de danos aos quais se estende a proteção jurídica; e, de outro lado, a obtenção, da maneira mais completa possível, de formas e medidas reparatórias que atendam aos interesses da parte vítima e ao imperativo de pacificação social.[3]

A jurisprudência brasileira, em regra geral, se utiliza implicitamente do princípio da reparação integral para a quantificação das indenizações por danos extrapatrimoniais – servindo de exemplo a postura firme do Superior Tribunal de Justiça no sentido de rejeitar, em diferentes situações, os tarifamentos indenizatórios fixados na legislação ordinária para quantificação de indenizações por danos morais (como os artigos 1.547 e 1550 do Código Civil de 1916 e a Lei de Imprensa), com base no princípio da razoabilidade.[4]

No entanto, em sentido contrário à doutrina e à jurisprudência, a Lei nº 13.467, de 2017, acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho os artigos 223-A a 223-G, criando uma espécie de "filtros limitadores do direito", classificando a natureza das lesões e tarifando-as conforme a remuneração das vítimas.[5]

Os referidos dispositivos visam claramente restringir a tutela constitucional dos direitos dos trabalhadores, criando uma discriminação injustificável, como será demonstrado a seguir.

2. Considerações sobre os artigos 223-A a 223-F da

3 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo. São Paulo: LTr, 2014. p. 90.

4 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da Reparação Integral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100.

5 LAZZARIN, Sonilde Kugel. Inconstitucionalidades e Incongruências da Lei 13.467/2017 relativamente ao Dano Extrapatrimonial. In: AZEVEDO, André Jobim de (org.). Reforma Trabalhista: desafio nacional. Porto Alegre: Lexmagister, 2018. p. 334.

Consolidação das Leis do Trabalho

De acordo com o artigo 223-A, devem ser aplicados à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho "apenas" os dispositivos regulados pela Consolidação das Leis do Trabalho. Trata-se de disposição inconstitucional, pois o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, prevê expressamente que "os direitos e garantias expressos nesta 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".

Desse modo, a lei objetiva tratar de modo diferenciado os danos na esfera laboral (os quais são de idêntica natureza), mostrando-se inconstitucional,[6] na medida em que exclui as lesões trabalhistas das proteções previstas no conjunto normativo em vigor e até da própria Constituição Federal. Observa-se, ainda, que o dispositivo visa também afastar as proteções que constam nas convenções da Organização Internacional do Trabalho (como na Convenção nº 155, por exemplo) e as demais constantes no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

No artigo 223-B ("causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação"), há exclusão da responsabilidade objetiva, cuja teoria do risco fora incorporada ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Além disso, o dispositivo concede exclusivamente à vítima o direito da reparação da lesão extrapatrimonial, excluindo

6 O dispositivo é inconstitucional, pois há supremacia das normas constitucionais em relação às demais normas do sistema jurídico (CUNHA JR., Dirley da. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 25).

os sucessores e também o dano moral reflexo ou ricochete,[7] cuja tutela era adotada pelo judiciário trabalhista, especialmente nos casos de morte do empregado em decorrência de acidente de trabalho.[8] Existem, pois, evidentes falhas no que diz respeito a esses dispositivos.

O artigo 223-C enumera "a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física" como bens juridicamente tutelados, passíveis de reparação extrapatrimonial. Pela redação do dispositivo, pode-se interpretar que há uma lista taxativa, deixando fora, por exemplo, o direito à privacidade, a liberdade religiosa, a liberdade política, ofensas por racismo, discriminação, assédio, e, até mesmo, a própria morte do empregado, dentre uma infinidade de outros bens juridicamente tutelados. O rol pretensamente taxativo contraria a dinâmica das relações sociais, "haja vista a imprevisibilidade das condutas sociais, a vastidão da criatividade humana, para não dizer da perversão humana".[9]

A previsão legal exclui a possibilidade de serem indenizadas outras violações a bens imateriais que venham a ser comprovadas, tornando inconstitucional o dispositivo pela infração à garantia prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito").

---

7 "São chamados danos reflexos ou em ricochete aqueles danos causados pela morte do trabalhador que afetam de forma reflexa outros parentes ou terceiros que conviviam com o acidentado. Não decorrem apenas de morte; casos de invalidez acidentária são também considerados, pois afetam a vida do acidentado e seus familiares próximos" (LAZZARIN, Sonilde Kugel. Inconstitucionalidades e Incongruências da Lei 13.467/2017 relativamente ao Dano Extrapatrimonial. In: AZEVEDO, André Jobim de (org.). Reforma Trabalhista: desafio nacional. Porto Alegre: Lexmagister, 2018. p. 334).

8 "O sofrimento e a angústia que originam o dano moral, nesse caso, não se dão pela incapacidade laborativa do acidentado, mas pela perda abrupta de um ente querido. São legítimos para pleitearem essa espécie de dano moral não aqueles 'a quem o morto devia alimentos' (art. 948, II, CC), mas todos aqueles que conviviam com o falecido e por ele mantinham intensa convivência ou afeição" (DALEGRAVE NETO, José Afonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. São Paulo: 2017. p. 571-572).

9 SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 60.

DIÁLOGOS DOS DIREITOS HUMANOS

A presente obra resulta de discussões, interpelações e abordagens relativamente à realização dos direitos humanos no século XXI, ocorridas nos diversos paineis e sessões plenárias do I Congresso Internacional sobre os Novos Desafios dos Direitos Humanos (CINDHU), o qual se organizou a partir de três áreas temáticas: Direitos Humanos, Empresas e Sustentabilidade; Direitos Humanos, Tecnologia e Inovação; e, Direitos Humanos, Cidadania e Desenvolvimento.

Por meio dela, é oferecida ao público a oportunidade de refletir, examinar, dialogar sobre variadas questões, relevantes e contemporâneas, acerca da interpretação e da efetivação dos direitos humanos.

A sua leitura é essencial para quem se propõe a olhar – com profundidade – a complexidade e os múltiplos encadeamentos da vasta gama de aplicabilidade desta temática na sociedade contemporânea.

9 789895 328147

IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDOS JURÍDICOS
Laboratório de Direitos Humanos
UFU Universidade Federal de Uberlândia
Programa de Pós-Graduação em DIREITO Mestrado Acadêmico UFU Universidade Federal de Uberlândia
ProPP

O artigo 223-D dispõe que "a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica". Assim como não incluiu no dispositivo anterior o direito à privacidade, verifica-se que o legislador, através desse dispositivo, dá validade ao amplo monitoramento do empregado. Quanto ao sigilo da correspondência, bem juridicamente tutelado para "todos", a lei contemplou a proteção apenas ao empregador, afrontando as normas constitucionais, praticando injustificada discriminação ao trabalhador.[10]

Quanto ao artigo 223-E ("são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão"), por sua vez, o dispositivo permite a responsabilização de empregados juntamente com o empregador "na proporção da ação ou omissão". O problema é que exclui o dano decorrente de responsabilidade objetiva (ou seja, o dano decorrente de atividade de risco, como é o caso dos motoristas, dos empregados da área da saúde e dos mergulhadores, por exemplo), na mesma linha dos demais dispositivos analisados.[11]

Por fim, o artigo 223-F estabelece que a reparação por danos extrapatrimoniais pode ser postulada cumulativamente com a indenização por danos materiais (decorrente do mesmo ato lesivo). Tratam-se de indenizações distintas (o dano material está associado a uma lesão que resulte na diminuição do patrimônio da vítima); o dispositivo não representa qualquer inovação.

3. Artigo 223-G: a tarifação do dano moral com base no salário

10 LAZZARIN, Sonilde Kugel. Inconstitucionalidades e Incongruências da Lei 13.467/2017 relativamente ao Dano Extrapatrimonial. In: AZEVEDO, André Jobim de (org.). Reforma Trabalhista: desafio nacional. Porto Alegre: Lexmagister, 2018. p. 334.

11 LAZZARIN, Sonilde Kugel. Inconstitucionalidades e Incongruências da Lei 13.467/2017 relativamente ao Dano Extrapatrimonial. In: AZEVEDO, André Jobim de (org.). Reforma Trabalhista: desafio nacional. Porto Alegre: Lexmagister, 2018. p. 334.

No artigo 223-G, a lei fixa parâmetros para a indenização, estipulando limitadores inexistentes para qualquer outra pessoa que reclame reparação por ofensa a direito de personalidade, discriminando novamente o trabalhador.

Estabelece o referido artigo que, ao apreciar o pedido, o juízo considerará: a natureza do bem jurídico tutelado; a intensidade do sofrimento ou da humilhação; a possibilidade de superação física ou psicológica; os reflexos (pessoais e sociais) da ação ou da omissão; a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; o grau de dolo ou culpa; a ocorrência de retratação espontânea; o esforço efetivo para minimizar a ofensa; o perdão, "tácito ou expresso"; a situação social e econômica das partes envolvidas; e o grau de publicidade da ofensa.

Novamente, o legislador exclui da reparação a responsabilidade objetiva, quando dispõe, em um dos incisos, que o juizo deverá considerar o "grau de dolo ou culpa" e, de forma inaceitável, elimina a obrigação de reparar em face do "perdão tácito ou expresso". Sabidamente, os trabalhadores suportam abusos por depender de seu trabalho para a sobrevivência própria e de sua família, buscando a reparação após a extinção do contrato de trabalho. Não é razoável, pois, atribuir essa situação ao perdão tácito.[12]

A alteração contida no artigo 223-G, § 1º, merece especial destaque. O referido dispositivo determina que, se procedente o pedido, o juízo fixará uma indenização a ser paga a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, "vedada a acumulação": (I) se a ofensa for de natureza "leve", até três vezes o último salário contratual do ofendido; (II) se a ofensa for de natureza "média", até cinco vezes o último salário; (III) no caso de ofensa de natureza "grave", até vinte vezes o último salário; e, por fim (IV),

12 LAZZARIN, Sonilde Kugel. Inconstitucionalidades e Incongruências da Lei 13.467/2017 relativamente ao Dano Extrapatrimonial. In: AZEVEDO, André Jobim de (org.). Reforma Trabalhista: desafio nacional. Porto Alegre: Lexmagister, 2018. p. 334.

sendo a ofensa de natureza "gravíssima", até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

A nova lei, portanto, veda a cumulação de indenização por danos sofridos (§ 1º).[13] De acordo com o novo dispositivo, mesmo presente mais de uma violação, não há possibilidade de a indenização ser multiplicada. Desse modo, um empregado poderá ser atingido em sua honra, imagem, intimidade e sexualidade, configurando vários danos, sem possibilidade de reparações cumuladas (e sem qualquer fundamento jurídico válido). O dispositivo afronta, claramente, os princípios constitucionais da reparação integral, do acesso à justiça e do devido processo legal substantivo.

Quanto aos incisos do dispositivo, trata-se, conforme pode-se verificar, da tarifação do dano moral, com base no salário dos trabalhadores.

O dispositivo torna possível que, por exemplo, em um caso de assédio sexual, praticado pelo mesmo empregador, em detrimento de duas empregadas, seja tratado da seguinte forma (se enquadrado no inciso II): a empregada "A", que recebe o salário de R$ 1.000,00, receberá uma indenização correspondente a R$ 5.000,00; enquanto a empregada "B", que tem o salário de R$ 10.000,00, receberá uma indenização de R$ 50.000,00. Trata-se do mesmo assediador, da mesma empresa, do mesmo assédio: de acordo com a reforma trabalhista, o sofrimento dos indivíduos passa a ser calculado com base no seu salário.

Outro exemplo que pode ser utilizado, para melhor compreender a gravidade do dispositivo, é o de um acidente de

13 Conforme atenta Alice Monteiro de Barros, é inconteste a presença do dano moral em uma série de medidas que ultrapassam os limites do exercício regular de um direito: "Incorre na compensação por danos morais o empregador que atribui ao empregado acusações infundadas lesivas ao seu bom nome; dá informações desabonatórias e inverídicas a alguém que pretende contratá-lo; comunica abandono de emprego em jornal, embora conheça o endereço do empregado; assedia-o sexualmente, inclusive com chantagem; investiga-o para conhecer suas atividades políticas e sindicais; realiza inspeções corporais desrespeitosas, com gracejos e ameaças; exerce investigação sobre aspectos da vida pessoal do obreiro, sem que possua relevância para a atividade que está executando" (BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTr, 1997. p. 167).

trabalho que resulte na perda de um braço do trabalhador.

Se a perda do membro superior for considerada "ofensa de natureza grave", conforme o novo dispositivo, o trabalhador fará jus a uma indenização correspondente a até vinte vezes o seu último salário contratual.

No caso hipotético descrito acima, se o trabalhador ("A") for, por exemplo, um operário da construção civil (que recebe, em média, um salário mínimo), a indenização corresponderia a R$ 20.900,00. No entanto, se o trabalhador ("B") for um arquiteto, ou um engenheiro, por exemplo, cujo salário seja de R$ 8.000,00, a indenização corresponderia a R$ 160.000,00.

O que merece ser salientado no presente exemplo não é apenas a discrepância de tratamento entre os trabalhadores (o fato de o membro superior do trabalhador "B" valer cerca de oito vezes mais do que o do trabalhador "A"), mas também o fato de o trabalhador "A", operário, trabalhador da construção civil, ser um trabalhador que executa suas atividades sobretudo utilizando-se da sua força física, pois tratam-se de atividades manuais. Para esse trabalhador ("A"), no que diz respeito, exclusivamente, ao potencial laboral, a perda de um dos membros superiores é mais prejudicial do que para o trabalhador "B", o qual executa atividades sobretudo intelectuais. E, justamente a ele (trabalhador "A"), a indenização inferior é atribuída, em função do valor do salário.

Salienta-se, ainda, que o parágrafo 3º do artigo 223-G dispõe que "na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização". Seguindo a mesma linha dos demais dispositivos, o referido parágrafo consagra "segurança jurídica" ao empregador abusador; ou seja, ainda que o empregador, reiteradamente, sistematicamente, pratique abusos contra os seus empregados, terá certeza que o valor da indenização não será ampliado, pois somente será considerado reincidente se ofender o mesmo empregado mais de uma vez, ainda que já tenha sido condenado inúmeras vezes pelo mesmo dano em relação a outros

empregados. Tal interpretação poderia ser aplicada até em caso de mortes acidentárias (por óbvio, jamais seria majorada a indenização, ainda que tivesse a empresa condenações repetidas, pois um trabalhador não pode morrer mais de uma vez em decorrência de acidente de trabalho). Conforme LAZZARIN:[14]

> Especialmente quando se fala em doenças e acidentes do trabalho, no Brasil, somente em 2015, foram registrados 613 mil acidentes de trabalho, com 2.502 mortes. A lei anda em sentido contrário à política pública de redução dos acidentes de trabalho, pois suas inovações permitem a banalização do dano moral. Tanto a tarifação quanto a certeza do valor sem acréscimos pela reincidência, nos moldes propostos, acaba com a capacidade dissuasória das indenizações, permite a transgressão premeditada, estipula o preço do sofrimento, cuja análise econômica do Direito permitirá a sobreposição de outros valores, configurando a subversão completa do sistema de tutela dos direitos da personalidade estruturado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil Brasileiro.

Para DALAZEN,[15] a tarifação do valor indenizatório por dano moral

> contrapõe-se logicamente à exigência da norma constitucional de que a indenização seja proporcional ao agravo sofrido pela vítima. O vocábulo 'proporcional' significa que o valor deve obedecer à dimensão da lesão, sobretudo do ponto de vista da gravidade e do bem personalíssimo atingido. Ora, isso é absolutamente incompatível com a predeterminação de um valor máximo para a indenização.

A lei afronta a Constituição Federal e o princípio da dignidade

14 LAZZARIN, Sonilde Kugel. Inconstitucionalidades e Incongruências da Lei 13.467/2017 relativamente ao Dano Extrapatrimonial. In: AZEVEDO, André Jobim de (org.). Reforma Trabalhista: desafio nacional. Porto Alegre: Lexmagister, 2018. p. 334.

15 DALAZEN, João Oreste. Lições de Direito e Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017. p. 137-138.

humana,[16] desclassifica o trabalhador, considerando-o como uma subcategoria, pois em nenhuma outra esfera jurídica há essa parametrização. Os danos extrapatrimoniais de outras relações cíveis, comerciais, familiares ou do consumidor permanecerão sem qualquer limitação.[17]

Observa-se, além de todos os prejuízos causados pela reforma, a existência de um processo em curso de desumanização, na medida em que a distinção entre o ser humano e um instrumento de trabalho se perde no âmbito de qualquer organização laboral ou de sua regulação legislativa. Conforme PORTO,[18] "qualquer lógica de tarifação numérica que se imponha como critério e como limite à reparação fere o princípio da isonomia, a plena realização dos direitos fundamentais e a independência judicial".

A essência desse tipo de norma é claramente discriminatória, na medida em que é voltada para a proteção dos "privilegiados", contra os "desvalidos", nas palavras de MATTEI e NADER.[19]

16 O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais relevante princípio do constitucionalismo humanístico e social deflagrado após a Segunda Guerra Mundial. "Faz com que ele implique, necessariamente, a ideia da centralidade da ordem juspolítica e social em torno do ser humano, com caráter subordinante sobre os demais princípios, regras e institutos jurídicos" (DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017. p. 42).

17 A tarifação da indenização nos parâmetros da nova lei viola o princípio da isonomia e da reparação integral do dano moral. É incompatível com o artigo 5º (todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza), incisos V (é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem) e X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), da Constituição Federal. A indenização proporcional somente será alcançada pela análise das circunstâncias em que praticado o ato ilícito e das condições pessoais dos agentes, sendo incompatível com uma limitação abstrata e geral (LAZZARIN, Sonilde Kugel. Inconstitucionalidades e Incongruências da Lei 13.467/2017 relativamente ao Dano Extrapatrimonial. In: AZEVEDO, André Jobim de (org.). Reforma Trabalhista: desafio nacional. Porto Alegre: Lexmagister, 2018. p. 334).

18 PORTO, Noemia. Dano Extrapatrimonial e a Reforma Trabalhista: análise sobre o alcance dos direitos fundamentais. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017. p. 145-146.

19 MATTEI, Ugo. NADER, Laura. Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 350-351.

A tarifação do dano extrapatrimonial advinda com a reforma trabalhista, portanto, afronta gravemente o princípio da igualdade e as normas antidiscriminatórias previstas na Constituição Federal, bem como no âmbito do direito internacional dos direitos humanos (como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo). A normativa representa discriminação direta em detrimento da classe trabalhadora – sobretudo em detrimento daqueles que recebem menores faixas salariais, como é o caso das mulheres negras – as quais recebem menos da metade do que os homens brancos (44,4%).[20]

Verifica-se que também há violação ao princípio protetivo – princípio norteador do direito do trabalho. Conforme ELFFMAN,[21] o direito do trabalho corresponde a um direito de inclusão social, baseado no princípio protetivo, que visa reduzir as assimetrias existentes entre as figuras do empregado e empregador, com o objetivo de proporcionar equilíbrio entre as partes. A ideia é estabelecer uma relação isonômica, ao proteger a parte hipossuficiente da relação. Nitidamente essa lógica é rompida pela regulamentação do dano extrapatrimonial, na medida em que legislação estabelece normas mais desfavoráveis aos trabalhadores, ao invés de normas protetivas.

Salienta-se que a Medida Provisória nº 808, de 2017, alterou o critério estabelecido: ao invés de considerar o salário do ofendido, considerava o teto da Previdência Social (atualmente é de R$ 6.433,57) – o que seria mais adequado do que a tarifação com

20 As razões de rendimentos combinadas por cor ou raça e sexo mostram diferentes resultados comparativos. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a vantagem dos homens brancos sobre os demais grupos populacionais é evidenciada, sendo que a maior distância de rendimentos ocorre quando mulheres pretas ou pardas são comparadas com homens brancos: as mulheres pretas ou pardas recebem menos da metade do que os homens brancos (44,4%) (BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021).

21 ELFFMAN, Mario. Do Direito do Trabalho a um Direito de Inclusão Social. Tradução de Evaristo Gallego Iglesias. In: VARGAS, Luiz Alberto de. FRAGA, Ricardo Carvalho (coords.). Avanços e Possibilidades do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005. p. 132.

base no salário dos trabalhadores. Contudo, essa Medida não foi aprovada no prazo legal; e, portanto, perdeu sua validade em 23/04/2018.

Por fim, cumpre esclarecer que, relativamente à temática, existem Ações Diretas de Inconstitucionalidade tramitando perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 5870, 6050, 6069 e 6082), as quais não foram julgadas até o presente momento. Segundo as ações, a lei não pode impor limitação ao Poder Judiciário para a fixação de indenização por dano moral, sob pena de limitar o próprio exercício da jurisdição.

4. Considerações finais

As alterações contidas no capítulo "Do Dano Extrapatrimonial" – sobretudo no artigo 223-G, § 1º – da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual regula as indenizações decorrentes de danos extrapatrimoniais e, entre outros, prevê a tarifação do dano moral, com base no salário dos trabalhadores (prevê, em outras palavras, que o sofrimento dos indivíduos passa a ser calculado com base no seu salário), caracterizam a existência de um processo em curso de desumanização da classe trabalhadora.

Essa normativa, conforme evidenciado, fere a Constituição Federal, o direito à igualdade e à não discriminação (previstos na Constituição e também no âmbito do direito internacional dos direitos humanos), bem como a plena realização dos demais direitos fundamentais.

No que diz respeito aos princípios, verifica-se que a nova legislação viola, especialmente: o princípio da igualdade; o princípio da dignidade humana; e, pertencente às relações laborais e sua regulamentação, o princípio da proteção do trabalhador – o qual deveria erigir-se como o mais importante e fundamental para a construção, interpretação e aplicação do direito do trabalho.

Quiçá o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento

das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5870, 6050, 6069 e 6082, trará novos horizontes e ponderada análise à peculiar regulamentação do dano extrapatrimonial na esfera trabalhista estabelecida no Brasil pela Lei nº 13.467, de 2017.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTr, 1997.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

CUNHA JR., Dirley da. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALAZEN, João Oreste. Lições de Direito e Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

DALEGRAVE NETO, José Afonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. São Paulo: 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

ELFFMAN, Mario. Do Direito do Trabalho a um Direito de Inclusão Social. Tradução de Evaristo Gallego Iglesias. In: VARGAS, Luiz Alberto de. FRAGA, Ricardo Carvalho (coords.). Avanços e Possibilidades do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

LAZZARIN, Sonilde Kugel. Inconstitucionalidades e Incongruências da Lei 13.467/2017 relativamente ao Dano Extrapatrimonial. In: AZEVEDO, André Jobim de (org.). Reforma Trabalhista: desafio nacional. Porto Alegre: Lexmagister, 2018.

MATTEI, Ugo. NADER, Laura. Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo. São Paulo: LTr, 2014.

PORTO, Noemia. Dano Extrapatrimonial e a Reforma Trabalhista: análise sobre o alcance dos direitos fundamentais. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs.). Reforma Trabalhista: visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da Reparação Integral. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

A Tutela do Consumidor Digital: Vulnerabilidade Algorítmica, Publicidade Virtual e Responsabilidade Civil

The guardianship of the digital consumer: algorithmic vulnerability, virtual advertising, and liability

João Alexandre Silva Alves Guimarães[1]

Letícia Preti Faccio[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. O Direito do Consumidor e a Vulnerabilidade Algorítmica; 3. Lei Geral de Proteção de Dados e o consumidor; 4. Considerações finais

Resumo: A análise da tutela do consumidor digital é necessária com a observância de três pontos principais, sendo a vulnerabilidade algorítmica, a publicidade virtual e a responsabilidade civil, a fim de mitigar ou sanar os riscos de violação dos direitos humanos, especificamente na esfera consumerista e proteger efetivamente os consumidores. Entende-se que a Proteção de Dados pessoais é um direito humano, e principalmente em tempos em que tudo está no ambiente on-line, precisa ser protegido de maneira eficaz. Para tanto, busca-se compreender a relação do consumo digital e as vulnerabilidades do consumidor, desencadeada pelo recolhimento e uso de dados pessoais no ambiente virtual, e oriundas de publicidades ilícitas, principalmente com o uso de dados pessoais, sem o consentimento do seu titular, para criação de perfis digitais, prática conhecida como profiling, e assim realizar publicidade direcionada sem a permissão ou interesse do titular dos dados. Nesse contexto, observa-

1 Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho, Portugal. Associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC, Associado do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD e Membro do Comitê Executivo do Laboratório de Direitos Humanos – LabDH da Universidade Federal de Uberlândia. joaoalexgui@hotmail.com

2 Mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo (FDRP/USP); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia; Pesquisadora do Laboratório de Direitos Humanos- LABDH; Bolsista do Programa de Promoção de Educação em Direitos Humanos. leticiapfaccio@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

se a importância da tutela dos consumidores, seres vulneráveis, em especial no ambiente virtual que está cada vez mais tomando o espaço dos negócios jurídicos e das ações quotidianas relevantes. Além disso, evidencia-se qual o papel da Lei Geral de Proteção de Dados nessa relação desproporcional entre o consumidor e o espaço digital, e quais as possibilidades de responsabilidade civil dos influenciadores digitais que propagam publicidades ilícitas nesse meio.

Palavras-chaves: Direitos Humanos; Responsabilidade Civil; Algoritmo; CDC; LGPD

Abstract: The analysis of the protection of the digital consumer is necessary with the observance of three main points, being algorithmic vulnerability, virtual advertising, and civil liability, to mitigate or remedy the risks of violation of human rights, specifically in the consumerist sphere and to effectively protect consumers. It is understood that Personal Data Protection is a human right, and especially in times when everything is in the online environment, it needs to be effectively protected. Therefore, we seek to understand the relationship of digital consumption and consumer vulnerabilities, triggered by the collection, and use of personal data in the virtual environment, and arising from illicit advertising, especially with the use of personal data, without the consent of its owner, to create digital profiles, a practice known as profiling, and thus carry out targeted advertising without the permission or interest of the data subject. In this context, the importance of protecting consumers, vulnerable beings, is observed, especially in the virtual environment that is increasingly taking the space of legal business and relevant everyday actions. In addition, the role of the General Data Protection Law in this disproportionate relationship between the consumer and the digital space, and the possibilities of civil liability of digital influencers who propagate illicit advertising in this medium, is evidenced.

Keywords: Human rights; Liability; Algorithm; CDC; LGPD

1. Introdução

A evolução histórica das conexões digitais permite a compreensão da expressividade da exponencial utilização da internet nos últimos anos. No cenário mundial se verifica uma conectividade à internet de mais de 4,5 bilhões de pessoas e a

quantidade dos usuários de mídia social ultrapassam 3,8 bilhões, demonstrando que esse espaço digital está, cada vez mais, tornando-se indispensável a vida das pessoas. Dessa forma, a discussão em torno dos reflexos desse espaço digital deve estar presente, objetivando sanar quaisquer mecanismos de violações de direitos humanos que possam ocorrer.

Quando se discute a tutela do consumidor digital é de extrema importância explorar a vulnerabilidade algorítmica. A pandemia do COVID-19 intensificou o consumo digital e, como consequência, há uma maior coleta de dados no ciberespaço e uma maior exposição do consumidor digital às práticas de publicidade voltadas ao tratamento de dados, agravando a vulnerabilidade do consumidor, pautada no isolamento, individualismo, segregação social e aumento de confiança nas plataformas online, desencadeando a vulnerabilidade algorítmica "[...] sobretudo agravada pela regulação técnico-normativa insuficiente desses novos fenômenos".[3]

Nesse aspecto, a vulnerabilidade algorítmica é decorrente de uma captação, tratamento e difusão de dados pessoais do consumidor de forma indevida, realizada por intermédio de mecanismos dispositivos da inteligência artificial, violando os direitos da personalidade.[4] Dessa forma, por não haver uma regulamentação técnico-normativa que regule eficazmente esse espaço cibernético, as violações de direitos humanos são potencializadas e, especificamente, as consumeristas também.

Outro ponto relevante à discussão da tutela do consumidor digital é a publicidade virtual que, em uma perspectiva simplista, diz respeito a divulgação de marcas e produtos no meio digital, através das redes sociais ou outros canais digitais. Entende-se que o consumidor é sempre vulnerável devido ao caráter de diferença dos polos da relação de consumo e do risco de danos, todavia, no

3 VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína. A nova dimensão da proteção do consumidor digital diante do acesso a dados pessoais no ciberespaço. Revista de Direito do Consumidor [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.134, mar./abr. 2021. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/40415. Acesso em: 04 jun 2021.

4 Ibidem.

espaço digital, essa vulnerabilidade é exponencialmente elevada, principalmente devido à realização de publicidades direcionadas pela racionalidade algorítmica:

> A publicidade direcionada pela racionalidade algorítmica tem por objetivo explorar a irracionalidade e a compulsão do consumidor. Consequentemente, em razão da vulnerabilidade comportamental do consumidor ante as práticas predatórias de marketing, o direcionamento e a subjetivação do ciberespaço influenciam diretamente o poder de escolha do consumidor.[5]

É inegável que ao se discutir a colisão entre os direitos fundamentais de privacidade, de proteção de dados pessoais ou mesmo direito ao sossego, com o face da negativa desta proteção, e os direitos de livre iniciativa mercadológica, notadamente pelas práticas publicitárias virtuais, não há que se perder de vista que estes devem ceder espaço aqueles, como cumprimento do fundamento central do sistema jurídico brasileiro, qual seja a efetivação da dignidade da pessoa humana, em seu mais amplo desdobramento, seja físico ou virtual, seja quando a integridade física ou psíquica.[6] Esse artigo apresentará a vulnerabilidade algorítmica em relação as publicidades no âmbito virtual e a responsabilidade civil dos entes envolvidos.

2. O direito do consumidor e a vulnerabilidade algorítmica

A publicidade no âmbito comunicacional tem diversas facetas e reflexos que demandam estudos e reflexões. Além disso, deve-se discutir uma regulamentação eficaz dessa atividade, que objetive mitigar os riscos de violação de direitos ou saná-los, principalmente no meio digital que está em crescente ascendência. No contexto

5 VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína. A nova dimensão da proteção do consumidor digital diante do acesso a dados pessoais no ciberespaço. Revista de Direito do Consumidor [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.134, mar./abr. 2021. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/40415. Acesso em: 04 jun 2021.

6 BASAN, Arthur Pinheiro. Publicidade Digital e a Proteção de Dados Pessoais: O Direito ao Sossego. Editora Foco: Indaiatuba, SP, 2021. p. 7.

atual as redes sociais representam a individualização do coletivo, é abandonada a versão de comunidade, como na idade média, e abrange a versão das relações efêmeras, hedonistas, de consumo e virtuais, denominando idade mídia.[7]

Vale ressaltar a ampla desproporcionalidade, que o espaço digital cria e as redes sociais se apropriam, entre a prestação de serviço e a lucratividade auferida. Apesar da aparência gratuita na prestação do serviço, a remuneração é indireta com amplos riscos a privacidade do consumidor pois o provedor utiliza a retroalimentação de dados e conteúdos disponibilizados pelos próprios usuários na rede enquanto disponibiliza um significativo espaço para a realização de negócios jurídicos virtuais, dentre eles a publicidade.[8]

A publicidade tem duas finalidades imediatas: oferta de bens e serviços aos consumidores e exposição de determinada marca ou empresa fornecedora, todavia, o risco de violação de direitos humanos é prontamente observado quando se trata de publicidade persuasiva ao imaginário dos vulneráveis, sendo configurada publicidade abusiva e altamente danosa à coletividade dos consumidores. Com isso, é necessário que haja uma atenção especial aos deveres de proteção por parte do Estado para cuidar dessas relações consumeristas que envolva vulneráveis e "[...] desenvolver a hermenêutica a favor da pessoa humana".[9] Dessa forma, conclui-se que a tutela voltada aos direitos fundamentais é uma forma necessária de impedir que o consequente avanço tecnológico viole esses direitos e sem deixar as pessoas serem passíveis de pressões para o consumo desenfreado, violador do

7 MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Da idade média à idade mídia: a publicidade persuasiva digital na virada linguística do direito. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). Publicidade e proteção da infância. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. v. 2, p. 99

8 MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Da idade média à idade mídia: a publicidade persuasiva digital na virada linguística do direito. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). Publicidade e proteção da infância. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. v. 2, p. 99.

9 Ibidem, p.102.

direito ao sossego e da vida substancialmente livre.[10]

A modalidade de veiculação de publicidade que está cada vez mais sendo utilizada é a dos influenciadores digitais que, ainda não apresenta uma uniformidade de definição, mas pode ser compreendido como indivíduos com expressiva presença digital e que se destacam nas redes sociais pela capacidade de empatia e persuasão social.[11] Dessa forma, os influenciadores tem a potencialidade de criar opiniões e exercer influência sobre seus seguidores de forma mais direta e acessível, por traçar uma comunicação que esbanja mais confiança que outros meios publicitários. Todavia, por ser uma questão recente, desencadeia uma série de dúvidas sobre as possibilidades de responsabilização caso haja alguma forma de publicidade ilícita por parte desses influenciadores.

É fato que as empresas de marketing consideram os influenciadores digitais como profissionais, que os próprios influenciadores utilizam o meio digital como meio de trabalho e que existem contratos que direcionam essa prestação de serviço entre as empresas e os sujeitos digitais, criando um meio extremamente profissional no espaço eletrônico entre as empresas, o marketing, e os profissionais digitais.

Dessa forma, é de relevante prudência determinar a responsabilidade civil desses profissionais digitais, visto que esse grupo se assemelha às condições de celebridades devido a alta capacidade de exposição e aderência dos seguidores, e, inclusive até ultrapassam essa perspectiva, pois os influenciadores digitais são admirados por ser quem são, trazendo mais transparência na relação influenciador e seguidor, e não por um personagem ou

10 BASAN, Arthur Pinheiro; JACOB, Muriel Amaral. Habeas Mente: a responsabilidade civil como garantia fundamental contra o assédio de consumo em tempos de pandemia. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 161-189, maio/ago. 2020.

11 NEIVA, Pedro apud. SILVA, Carlos Mendes Monteiro da.; BRITO, Dante Ponte de Brito. Revista dos tribunais, 2021. Há responsabilização dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais? Revista de direito do consumidor, v. 30, n. 133, p. 205-221, jan./fev. 2021.

habilidade específica como as celebridades:

> Dessa forma, cria-se uma relação de confiança entre o influenciador digital e o consumidor, baseada na empatia e na intimidade, o que possibilita um aumento na probabilidade de conversão em vendas e contratações de um produto ou serviço. Muitos são os artifícios utilizados pelos influenciadores para garantir um impulso nas vendas, como a realização de anúncios com aparência de naturalidade, porém, com caráter persuasivo, muitas vezes se utilizando até mesmo de publicidade implícita. Por esse motivo, é fundamental analisar a responsabilidade desses sujeitos por anúncios veiculados nos meios virtuais.[12]

No ordenamento jurídico brasileiro o entendimento jurisprudencial é pacífico na vertente de reconhecer estritamente a responsabilidade do fornecedor ou anunciante pela veiculação de quaisquer publicidades ilícitas por parte das celebridades.[13] Entretanto é de extrema importância que a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, da confiança, da transparência e da informação devem ser observados por todos os cidadãos, inclusive pelos influenciadores digitais que detém avantajado poder de persuasão, dispondo de uma relação de confiança pela proximidade com os seguidores no Status quo, sob pena de violar diversos dispositivos legais, tanto constitucionais, quanto cíveis e consumeristas.[14]

Nesse contexto, Silva e Brito concluem que é imprescindível a apreciação dos casos específicos por parte do Poder Judiciário, objetivando uma ponderação das funções reparatória, pedagógica e punitiva das indenizações, especialmente nos casos de dolo ou culpa por parte dos influenciadores digitais com o fim de punir de forma adequada e desestimular as práticas abusivas que violam os direitos das pessoas em detrimento das garantias legais e da mitigação dos riscos de violação dos direitos dos consumidores.

---

12 SILVA, Carlos Mendes Monteiro da.; BRITO, Dante Ponte de Brito. Revista dos tribunais, 2021. Há responsabilização dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais? Revista de direito do consumidor, v. 30, n. 133, p. 205-221, jan./fev. 2021.

13 Ibidem.

14 Ibidem.

E somando a esse aspecto legal da responsabilidade civil, deve-se compreender a regulamentação que a Lei Geral de Proteção de Dados se propõe a fazer para proteger os dados pessoais em um espaço digital, devendo traçar uma diretriz relacional com a responsabilidade civil para melhor entendimento normativo dos direitos e deveres de cada um no espaço digital e nos atos que esse espaço permite, como a publicidade virtual para regular eficazmente a tutela do consumidor.

3. Lei Geral de Proteção de Dados e o consumidor

A LGPD, de agosto de 2018, significa um avanço legislativo brasileiro no sentido de promover maior estabilidade, confiabilidade, segurança e respeito a direitos no âmbito digital em relação aos dados pessoais. Não é a primeira lei a buscar a proteção de dados pessoais, haja vista que o CDC já previa a blindagem do consumidor em face de cadastro e bancos de dados ilegais, nos artigos 43 e 44, a Constituição Federal, no seu art. 5º, LXXII, e a Lei 9.507/97 estabeleciam o direito de o cidadão pleitear acesso, correção e acréscimos em informações constantes em bancos de dados de natureza pública.[15]

No tocante à prática do profiling, da criação de um perfil digital de um usuário, o artigo 1º da LGPD deixa claro que o objetivo da lei é regular o tratamento de dados pessoais de modo a proteger os direitos fundamentais, dentre os direitos fundamentais estão a igualdade e a privacidade. Outro ponto importante diz respeito às definições de tratamento e de consentimento. No inciso X do art. 5º da LGPD, tratamento é toda operação realizada com dados pessoais, definição que se encaixa como uma luva em relação ao profiling, principalmente em relação ao armazenamento, coleta,

15 BONNA, Alexandre Pereira. Dados Pessoais, Identidade Virtual e a Projeção da Personalidade: "Profiling", Estigmatização e Responsabilidade Civil. In: Martins, Guilherme Magalhães; Rosenvald, Nelson. (Coord.). Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. p. 29.

utilização, controle e transferência de dados pessoais.[16]

Como a própria LGPD coloca em seu art. 12º, § 2º, poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada. E o pilar base para que um tratamento de dados seja feito é o consentimento.

Sobre o consentimento, esse é uma ação necessária que deve o titular dos dados repassar aos agentes de tratamento. Deve ser gratuito, expresso e informado. Vale observar que, no caso de tratamento médico, quando o titular dos dados não tiver capacidade para consentir, por doença mental ou menoridade, o consentimento deve ser feito por seu responsável legal na forma prevista na lei civil. Consentimento deve ser uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.[17]

As disposições do CDC revelam, como foco de preocupação do legislador, o estabelecimento de equilíbrio na relação de consumo por meio de interposição de limites ao uso da informação sobre o consumidor pelo fornecedor. Pode-se reconhecer, no CDC, a presença de alguns dos princípios de proteção de dados pessoais, ainda que de uma forma resumida e inserida em um contexto, o das relações de consumo, que impede que essa disciplina assuma os contornos de um sistema geral de proteção de dados pessoais, muito embora possa fornecer parâmetros interpretativos úteis para outras situações.[18]

Entende-se a existência do princípio da finalidade, por intermédio da aplicação da boa-fé objetiva e da própria garantia

16 Ibidem, p. 29.

17 GUIMARÃES, João Alexandre; MACHADO, Lecio. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados lei 13.709/2018 com alterações da MPV 869/2020. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 50 e 51.

18 DONEDA, Danilo. Da Privacidade à proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2ª Edição, Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2019. p. 265 e 266.

constitucional da privacidade, pelo qual os dados fornecidos pelo consumidor deverão ser utilizados somente para os fins que motivaram a sua coleta, o que pode servir como fundamentação para o reconhecimento de um princípio de vedação da coleta de dados sensíveis e da comercialização de bancos de dados de consumidores.[19] Nesse sentido, cabe a todos os agentes de tratamento de dados um agir reto, honesto e leal, respeitando os limites estabelecidos entre o titular dos dados e o tratamento que deve ser feito. Em contrapartida, exige-se do titular dos dados uma conduta que respeite a boa-fé.[20]

Portanto, pode o agente de tratamento estar de acordo com os limites da letra da lei, porém em desacordo com a boa-fé. Como exemplo podemos citar um agente de tratamento que busca o consentimento de um titular para um tratamento de dados e se utiliza para tanto de um termo de recolha genérico e amplo o suficiente para tratar dos dados de uma pessoa indiscriminadamente. Nesse caso, o agente de dados pode alegar que colheu conforme a lei o consentimento do titular, porém a intenção do agente quanto à recolha foi enganar o titular dos dados a fim de conseguir seu consentimento com mais facilidade.[21]

É importante notar que é possível a sobreposição das normas, pois em muitos casos, o operador/controlador dos dados, é um fornecedor de serviços ou produtos, o que acarretaria uma modificação da responsabilidade a fim de cumprir o disposto no CDC, que trata da modalidade de responsabilidade objetiva.[22]

Ao determinar a responsabilidade subjetiva na LGPD, o legislador devia ter em mente que na maioria dos casos o controlador

19 Ibidem, p. 266.

20 GUIMARÃES, João Alexandre; MACHADO, Lecio. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados lei 13.709/2018 com alterações da MPV 869/2020. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 37.

21 Ibidem, p. 37.

22 MIRANDA. Larissa Carbonari de Almeida. Comentários ao Artigo 42 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MARTINS, Amanda Cunha e Mello Smith; de Camargo, Solano. Lei Geral de Proteção de Dados: Ensaios e Controvérsias da Lei 13.709/18. Quartier Latin, São Paulo, 2020. p. 421

ou operador de dados é um fornecedor de produtos ou serviços, sendo impossível o afastamento do CDC. Mas se o legislador trouxe a responsabilidade subjetiva como exceção na LGPD e se os tribunais assim entenderem, afastar-se-á a responsabilidade objetiva, ou seja, em que pese a incidência da subjetiva, havendo relação de consumo, é possível disputa entre as duas normas, para incidência de uma ou outra teoria.[23]

O que se observa é a necessidade de verdadeiro diálogo de fontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados, uma lei mais específica, e o CDC, mais generalista nesse ambiente, em relação à tutela dos temas relativos à proteção do ciber-consumidor.[24] Todo o universo normativo se consolida em verdadeiro microssistema voltado à preservação das relações de consumo em sintonia com o regime de responsabilidade civil pelo fato do serviço, previsto no art. 14 do CDC.[25]

Registra-se então, em duas passagens nos art. 12, §2º, e art. 20, a LGPD realça a vedação à prática do profiling, que representa exatamente a malversação dos dados pessoais, o desvio da finalidade original de coleta e a subversão do Big Data a partir da discriminação algorítmica, o que reforça a conclusão de que o diálogo de fontes é um caminho necessário à solução dos desafios impostos ao direito do consumidor nesse novo ambiente.[26]

4. Considerações finais

Ao entender que o cotidiano está cada vez dependendo da internet, deixamos nossos dados em inúmeros sites e em muitos momentos somos obrigados a consentir com políticas de

23 Ibidem. p. 421 e 422

24 MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade Civil, Acidente de Consumo e a Proteção do Titular de Dados na Internet. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (Coord.). Proteção de Dados Pessoais na Sociedade da Informação: Entre Dados e Danos. Editora Foco, Indaiatuba, 2021. p. 84.

25 Ibidem, p. 85.

26 Ibidem, p. 87.

aplicativos e sites para conseguir uma promoção ou um benefício. Porém, o consumidor é o elo vulnerável dessa relação, e ainda, boa parte da população não tem o conhecimento técnico para entender o que os termos de uso estão descritos.

Além disso com a prática comum da criação de um perfil digital para o usuário, através dos dados pessoais fornecidos e da vigilância do uso na internet, como sites acessados, produtos procurados, ou reações a determinadas postagens, gera uma possibilidade de publicidades direcionadas, a partir de um tratamento de dados que não foi consentido, e é apresentado ao usuário como uma facilidade para o seu cotidiano e sugerindo a ele que compre determinado produto, sendo o usuário constantemente bombardeado em suas redes sociais ou em plataformas de vídeo.

O diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de Dados se faz mais do que necessário nesse momento, onde o consumo está migrando para o ambiente on-line e através dele tratamento de dados ilícitos e sem consentimento do usuário estão sendo feitos. Pensando em princípios ambos consolidam o que já está previsto na Constituição Federal e no Código Civil.

Ao pensar na Responsabilidade Civil, ambas legislações buscam proteger e responsabilizar aqueles que geram danos a outrem, porém, com no mundo on-line, confunde-se a figura do vendedor com o controlador dos dados pessoais, entendendo que para ser feito uma venda ou uma publicidade necessita de um tratamento de dados.

Sendo assim, cabe os julgadores entender que o CDC e a LGPD são complementares e que necessitam o diálogo para que o usuário tenha uma proteção completa dentro do mundo on-line, protegendo os vulneráveis para que nenhum dano significativo possa ocorrer.

Referências

BASAN, Arthur Pinheiro. Publicidade Digital e a Proteção de Dados Pessoais: O Direito ao Sossego. Editora Foco: Indaiatuba, SP, 2021. Página 7.

BASAN, Arthur Pinheiro; JACOB, Muriel Amaral. Habeas Mente: a responsabilidade civil como garantia fundamental contra o assédio de consumo em tempos de pandemia. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 161-189, maio/ago. 2020.

BONNA, Alexandre Pereira. Dados Pessoais, Identidade Virtual e a Projeção da Personalidade: "Profiling", Estigmatização e Responsabilidade Civil. In: Martins, Guilherme Magalhães; Rosenvald, Nelson. (Coord.). Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020.

DONEDA, Danilo. Da Privacidade à proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2ª Edição, Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2019.

GUIMARÃES, João Alexandre; MACHADO, Lecio. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados lei 13.709/2018 com alterações da MPV 869/2020. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Da idade média à idade mídia: a publicidade persuasiva digital na virada linguística do direito. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). Publicidade e proteção da infância. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. v. 2, p. 102

MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade Civil, Acidente de Consumo e a Proteção do Titular de Dados na Internet. In: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (Coord.). Proteção de Dados Pessoais na Sociedade da Informação: Entre Dados e Danos. Editora Foco, Indaiatuba, 2021.

MIRANDA. Larissa Carbonari de Almeida. Comentários ao Artigo 42 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MARTINS, Amanda Cunha e Mello Smith; de Camargo, Solano. Lei Geral de Proteção de Dados: Ensaios e

Controvérsias da Lei 13.709/18. Quartier Latin, São Paulo, 2020 .

NEIVA, Pedro apud. SILVA, Carlos Mendes Monteiro da.; BRITO, Dante Ponte de Brito. Revista dos tribunais, 2021. Há responsabilização dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais? Revista de direito do consumidor, v. 30, n. 133, p. 205-221, jan./fev. 2021.

SILVA, Carlos Mendes Monteiro da.; BRITO, Dante Ponte de Brito. Revista dos tribunais, 2021. Há responsabilização dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais? Revista de direito do consumidor, v. 30, n. 133, p. 205-221, jan./fev. 2021.

VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína. A nova dimensão da proteção do consumidor digital diante do acesso a dados pessoais no ciberespaço. Revista de Direito do Consumidor [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.134, mar./abr. 2021. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/40415. Acesso em: 04 jun 2021.

Responsabilidade Civil e Fake News[1]

Civil liability and fake news

Almir Garcia Fernandes[2]

Marcella Cunha Santos Rodrigues[3]

Sumário: Introdução; 1. Conceito de Fake News; 2. Liberdade de expressão e Fake News; 3. Da responsabilidade civil resultante da difusão de desinformação; Considerações finais.

Resumo: Esse estudo tem por finalidade analisar questões relacionadas à responsabilidade civil na disseminação das fake news, ou seja, inverdades disfarçadas de conteúdo jornalístico, espalhadas atualmente nas redes sociais. Volta-se principalmente aos critérios objetivos utilizados para caracterizar a violação dos fatos objetivos, que perdem sua importância mediante apelos a emoção e a crença pessoal. Busca-se traçar paralelos entre a proibição dessas notícias e o direito fundamental à liberdade de expressão. Serão apresentados elementos para estabelecer a diferença entre notícias jocosas e teorias da conspiração com o fenômeno contemporâneo das Fake News. Pretende-se demonstrar através do método dedutivo que há limites no direito à liberdade de expressão em relação a disseminação de notícias falsas, quando estes violarem direitos de terceiros, expondo assim, uma consequência à livre manifestação de pensamento quando ela for apresentada violando direitos fundamentais. Após revisão bibliográfica pretende-se concluir que que as notícias falsas implicam em danos, que podem ser individuais ou para toda a sociedade e que são elevados a proporções enormes devido às redes sociais, ainda que a reparação desses danos tem uma função pedagógica ao prevenir,

1 Artigo proveniente de estudo do Grupo de Pesquisa Direito Empresarial, inovações tecnológicas e direitos humanos, registrado junto ao CNPq. Endereço para acessar o espelho: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0248520940688598

2 Doutor em Direito Comercial pela PUC de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais pela Universidade de Franca. Professor nos cursos de Graduação e Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Endereço eletrônico: almirgarcia@ufu.br.

3 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Endereço eletrônico: csantosmar@gmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

ensinar e punir a disseminação das Fake News, contribuindo para a formação de uma sociedade mais ética, democrática e que dê mais valor a fatos objetivos, sabendo diferenciá-los da desinformação.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; desinformação; Fake News.

Abstract: This study aims to analyze issues related to civil liability in the dissemination of fake news, that is, untruths disguised as journalistic content, currently spread on social networks. It focuses mainly on the objective criteria used to characterize the violation of objective facts, which lose their importance through appeals to emotion and personal belief. It seeks to draw parallels between the prohibition of such news and the fundamental right to freedom of expression. Elements will be presented to differentiate between playful news and conspiracy theories with the contemporary phenomenon of Fake News. It is intended to demonstrate through the deductive method that there are limits on the right to freedom of expression in relation to the dissemination of false news, when they violate the rights of third parties, thus exposing a consequence to the free expression of thought when it is presented in violation of fundamental rights. After a bibliographical review, it is intended to conclude that false news implies damage, which can be individual or for the whole society and that are increased to enormous proportions due to social networks, although the repair of such damage has a pedagogical function to prevent, teach and punish the dissemination of Fake News, contributing to the formation of a more ethical, democratic society that gives more value to objective facts, knowing how to differentiate them from misinformation.

Keywords: Civil liability; misinformation; Fake News.

Introdução

Ao analisar fatos históricos sobre a disseminação de notícias, uma figura que se destaca foi a de Joseph Goebbels, ministro da propaganda na Alemanha Nazista, conhecido pela célebre frase: uma mentira dita mil vezes torna-se uma verdade.[4] Despontava-se naquela época o embrião do fenômeno que hoje é conhecido como Fake News, ou seja inverdades disfarçadas de conteúdo

4 STAFFORD, Tom. 'Ilusão da verdade ': A importância da repetição para o sucesso das mentiras. BBC News, 14 dez. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-37852352. Acesso em: 18 jun. 2021

jornalístico, com o potencial de atingir um grande público, seja de forma regional ou internacional, dificultando a separação do fato e da ficção.

Hodiernamente o dicionário de Oxford elegeu "pós-verdade" como a palavra do ano de 2016. De acordo com o verbete, esse termo descortina um cenário em que, para a formação da opinião pública, fatos objetivos perdem sua importância mediante apelos a emoção e a crença pessoal. Foi nesse contexto, que uma investigação realizada pelos jornais The Guardian e The New York Times, denunciou que a empresa Cambridge Analytica coletou indevidamente dados pessoais de até 50 milhões de norte-americanos pela rede social Facebook, com o intuito de influenciar eleitores nas eleições presidenciais de 2016.[5]

Esse fenômeno não se restringiu aos Estados Unidos, pois notícias falsas também tiveram um papel importante na formação da opinião pública para tomada de decisões, tais como na saída do Reino Unido da União Europeia em 2016 e nas eleições presidenciais no Brasil em 2018. Esses fatos justificam um estudo específico sobre as Fake News, pois elas se apresentam como um instrumento de enfraquecimento das democracias modernas, oferecendo riscos à segurança jurídica e até mesmo à soberania popular.

O objetivo do presente estudo será apontar as formas de responsabilidade civil daqueles que utilizam as redes sociais para disseminar notícias falas, as chamadas Fake News. Para tanto será feita uma breve análise conceitual e histórica e serão apresentadas diferenças entre a liberdade de expressão e as notícias falsas. Será feita revisão bibliográfica e consulta de jurisprudências, para analisar o conceito de Fake News, enquanto fenômeno social contemporâneo, advindo da expansão das redes sociais.

Também serão traçados paralelos entre a proibição dessas

5 . CONFESSORE, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. The New York Times, 4 abr. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/ 04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html. Acesso em: 7 jun. 2021.

notícias e o direito fundamental à liberdade de expressão e, por fim, será demonstrado como a responsabilidade civil está sendo utilizada para contribuir com a redução da desinformação, necessitando responsabilizar aqueles que são responsáveis por esses atos.

1. Conceito de Fake News

A ideia de disseminação de notícia falsa acompanha a humanidade desde as mais antigas civilizações. De acordo com o professor François-Bernard Huyghe, do Instituto de Relações Internacionais e Estratégicas (Iris), as farsas faraônicas foram umas das primeiras "Fake News" do mundo. Segundo ele, o faraó Ramsés II teve uma semi-vitória na batalha de Qadesh contra os hititas, no ano de 1274 a.c, contudo, em função de um trabalho propagandístico de escultores e de escribas, a batalha foi transformada em uma vitória épica para a população[6].

Sob uma perspectiva mais recente, as chamadas teorias da conspiração, também espalham desinformação no mundo, criando fabulações como a de que John Lennon estaria vivo, que Paul McCartney foi substituído por um sósia, ou ainda que o homem não tivesse realmente chegado à lua.

Importante ressaltar que o termo "Fake News" foi utilizado incialmente apenas para designar notícias jornalísticas em forma sátira, eivada de crítica política ou social por meio do humor, como o "Daily Show", dos Estados Unidos e o Heute-Show, da Alemanha[7]. Contudo, atualmente resta o questionamento: qual a diferença entre essas notícias jocosas e o fenômeno contemporâneo das Fake News?

6 AFP. História das 'fake news' antes da era Trump. Istoé, 12 jul. 2018. Disponível em: https://istoe.com.br/historia-das-fake-news-antes-da-era-trump-2/. Acesso em: 9 jun. 2021.

7 ZIMMERMANN, Fabian; KOHRING, Matthias. „Fake News" als aktuelle Desinformation: Systematische Bestimmung eines heterogenen Begriff. 4 out. 2018, p. 527. Disponível em: https://www.researchgate.net/ publication/ 329161275_Fake_ News_als_aktuelle_Desinformation_ Systematische_ Bestimmung _eines_ heterogenen _Begriffs. Acesso em: 7 jun. 2021.

Uma possível resposta para esse questionamento pode ser encontrada no artigo de Axel Gelfert, "Fake News: A Definition"[8]. Segundo ele as Fake News possuem três principais características: são disseminadas por meio da internet, mais especificamente nas redes sociais, que permitem o compartilhamento por milhões de pessoas em segundos; se tratam de histórias falsas; e, são deliberadamente enganosas, ou seja, são criadas com a intenção de manipular determinado público com o fim de atingir um propósito, que pode ser econômico ou político.

As fake news estão integradas no conceito de desinformação. Enquanto esta última seria uma derivação da informação, as fake news são uma variação falsa de notícia.

Por outro lado, Claire Wardle, em artigo escrito para o jornal The Guardian, afirma que a expressão "Fake News" é extremamente simplista e inadequada, além de estar sendo utilizada por políticos para deslegitimar a imprensa e a liberdade de expressão. Segundo a pesquisadora, a palavra certa para designar o fenômeno em que vivemos é "desinformação".[9]

De toda sorte, as várias definições de Fake News, por mais divergentes que possam parecer, permitem a compreensão de que elas conduzem a um problema social complexo, potencializado por meio de redes sociais e tecnologia, manipulando comportamentos e opiniões em um curto espaço de tempo e de forma massificada, mediante fabricação de mentiras camufladas de notícias.

2. Liberdade de expressão e Fake News

Analisando a defesa do direito de expressão, sob o ponto de vista das fake News, é possível indagar: até que ponto devemos defender o direito à liberdade de expressão em relação a

8 GELFERT, Axel. Fake News: A Definition. Informal Logic, Berlim, 15 mar. 2018.

9 WARDLE , Claire; DERAKHSHAN, Hossein. How did the news go 'fake'? When the media went social. The Guardian, 10 nov. 2017. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/nov/10/fake-news-social-media-current-affairs-approval. Acesso em: 2 jun. 2021.

disseminação de notícias falsas? Existem limites à livre manifestação de pensamento?

A doutrinadora portuguesa Cecilia MacDowell dos Santos traz relevante reflexão sobre a importância da liberdade de expressão: "A liberdade de expressão é considerada pela literatura jurídica como um direito humano fundamental e pré-requisito para o usufruto de todos os direitos humanos. Quando essa liberdade é suprimida seguem-se violações dos outros direitos humanos". [10]

Diversos textos normativos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos[11] e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantem o direito à liberdade de expressão de forma ampla, além do direito a uma de suas formas mais importantes para qualquer democracia: a liberdade de imprensa.

Para Robert Alexy[12], os direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, são princípios constitucionais, norteadores da hermenêutica jurídica. Desse modo, eles não são absolutos e, quando há um conflito entre eles, é preciso realizar uma ponderação. Diante disso, embora reste incontroverso que, a liberdade de expressão é uma conquista histórica e uma característica inerente a um Estado Democrático de Direito, ela não deve ser utilizada como

10 SANTOS, Cecilia MacDowell dos. A Mobilização Transnacional do Direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 1ª Ed. Coimbra: Almedina, 2012.

11 Art. 18. Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos. In COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

12 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.: 5ª. ed. Alemã. São Paulo. Malheiros, 2006.

justificativa para outras violações de outros direitos fundamentais[13].

A disseminação de Fake News descortina uma nova perspectiva ao debate sobre liberdade de expressão. Em razão disso, foi publicada a Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e "Notícias Falsas", Desinformação e Propaganda, com representantes da ONU, da OSCE, da OEA e da ACHPR em que é defendido que a liberdade de expressão pode ser restringida sempre que há um discurso de ódio.[14]

Em suma, observa-se que a liberdade de expressão é um direito fundamental importantíssimo na concretização da dignidade humana, no entanto, uma liberdade ampla e desprovida de limites se torna uma afronta aos próprios ideais que ela nos propicia. Portanto, uma abordagem que se baseie na ponderação desse princípio se faz necessária quando nos deparamos com os estragos que a desinformação e as Fake News têm deixado nas democracias ao redor do mundo.

3. Da responsabilidade civil resultante da difusão de desinformação

A responsabilidade civil decorre do dever de reparação de um

13 "Nesses termos, para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc...)". FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

14 "También se podrán imponer restricciones a la libertad de expresión, siempre que sean conformes con los requisitos señalados en el párrafo 1(a), con el fin de prohibir la apología del odio por motivos protegidos que constituya incitación a la violencia, discriminación u hostilidad (conforme al artículo 20(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)". In Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y "Noticias Falsas" ("Fake News"), Desinformación Y Propaganda ONU, 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&lID=2. Acesso em: 03/06/2021.

dano, proveniente de culpa ou imposição legal, com base em um nexo causal. O art. 927 do Código Civil[15] trata da responsabilidade civil destacando que pratica ato ilícito aquele que causa dano a outrem.

O ato ilícito preconizado implica em uma ação ou omissão que viola direitos e causa dano a outrem[16]. Além disso, acerca da responsabilidade civil, Silvio Venosa nos elucida que "toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar (...) O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso."[17]

Nesse sentido, para Flávio Tarturce:

> A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno, do final do século III a.C., e que fixou osa) parâmetros da responsabilidade civil extracontratual[18].

Diante disso, é possível que haja a incidência de responsabilidade civil para quem cria ou propaga informações falsas na internet?

A resposta para essa indagação é sim. Precipuamente, vale salientar que a primeira hipótese de incidência da responsabilização civil é a de violação da honra e da imagem, geralmente por meio

15 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

16 Art. 186. aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

17 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

18 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 11ª. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2021, p. 154.

de um discurso de ódio. Esses direitos são princípios fundamentais previstos nos incisos V e X, art. 5º, da CF de 1988, bem como direitos da personalidade, descritos pelo Código Civil brasileiro. O desrespeito a esses direitos enseja a reparação de danos, conforme redação do art. 12 do CC/2002.

Acerca da honra, o professor Pablo Stolze Gabliano ensina que ela é valorativa podendo "se manifestar sob duas formas: honra objetiva (correspondente à reputação da pessoa, compreendendo o seu bom nome e a fama de que desfruta no seio da sociedade); e honra subjetiva (correspondente ao sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade)"[19].

Ademais, de acordo com Cláudia Trabuco, o direito a imagem consiste na exclusividade que um indivíduo possui de utilizar a própria imagem, podendo optar por mercantiliza-la ou não, além de ter a capacidade de impedir que terceiros façam essa utilização, sem o seu consentimento[20].

Existe também, a possibilidade de responsabilização dos provedores de internet por danos gerados por conteúdos criados por terceiros, mediante decisão judicial, tendo em vista o art. 19[21] do Marco Civil da Internet. Este artigo é objeto do Recurso Extraordinário nº 1.037.396, interposto pelo Facebook Brasil perante o Supremo Tribunal Federal, que ainda decidirá a respeito de sua constitucionalidade, em caráter de repercussão geral.

Sobre a responsabilização civil em razão da criação e propagação de Fake News, Cristiano Sobral entende que:

19 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 70.

20 TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos à imagem. O Direito, Coimbra: Almedina, a. 133º, n. 2, p. 390. "aquele que, por um lado, confere às pessoas a faculdade exclusiva de reprodução, difusão ou publicação da sua própria imagem, com carácter comercial ou não e, por outro lado, se caracteriza como o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro possa praticar esses mesmos actos sem a sua autorização".

21 Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário".

> No âmbito legal e jurídico, observa-se uma crescente demanda referente aos problemas oriundos deste livre acesso e geração dessas informações nas quais os atores sociais ora se apresentam com emissores, ora receptores, ou vice-versa, e cujo conteúdo não se tem controle tendo em vista que pode ser alterado inúmeras vezes pelos usuários devido à velocidade de sua propagação, ensejando não apenas insegurança sobre sua a veracidade, bem como o seu uso indevido com cometimento de abusos que podem violar e atingir os direitos da personalidade gerando responsabilidade para aquele que comete o ilícito[22].

O dano é amplificado e maximizado no contexto do fenômeno das Fake News, devido ao fato de que as redes sociais e a internet são capazes de expor um determinado conteúdo a milhões de pessoas ao redor do mundo e que, por isso, dificultariam muito a retirada de todo o conteúdo da rede, até mesmo impossível em determinadas situações. Nesse sentido Lima aponta que "o sistema jurídico da responsabilidade civil está fundado na ideia de dano local ou dano regional, mas, tendo em vista a comunicação em massa transfronteiriça das redes sociais, a extensão do dano é muito maior". [23]

A problemática das Fake News preocupa não somente o Brasil, mas diversos outros países do mundo. Em alguns países já estão sendo adotadas medidas de responsabilização civil como forma de inibir esse fenômeno perigoso. Na Alemanha, por exemplo, foi editada lei que obriga as redes sociais a apagarem conteúdos ofensivos, barrar usuários e a denunciar violações. Se não seguirem os ditames da lei, conhecida como NetzDG (Netzwerkdurchsetzungsgesetz), as empresas poderão ser

22 SOBRAL, Cristiano. A responsabilidade civil dos provedores e de terceiros pelas fake news. Revista Consultor Jurídico, 27 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-27/cristiano-sobral-responsabilidade-civil-provedores-fake-news. Acesso em: 10/06/2021.

23 LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A reponsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/ 14). Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110.

multadas em até 50 milhões de Euros[24].

No Brasil, está tramitando o Projeto de Lei PL 2.630/2020, conhecido como Lei das Fake News que prevê medidas de contra a desinformação e de responsabilização, com sanções civis, criminais e administrativas para provedores de aplicação. Essa lei, se aprovada, se tornará um marco no combate às Fake News no país.

Ante o exposto, a responsabilização civil pela propagação de Fake News não é somente possível, como já está sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro mediante, principalmente, violações aos direitos de personalidade. Entretanto, essa iniciativa ainda é tímida, pois são necessários mais mecanismos de reparação e prevenção, como o PL mencionado, a fim de que possam ser eliminadas notícias maliciosas e assegurar o bom funcionamento das instituições democráticas.

Considerações finais

Verificou-se, portanto, que notícias falsas sempre existiram na história da humanidade, contudo, restou demonstrado no presente artigo que elas ganharam novos contornos quando foram deslocadas para as redes sociais. Isso permitiu com que fossem criadas histórias intencionalmente enganosas, que compartilhadas muitas vezes, se transformaram em verdades no imaginário das pessoas, influenciando em decisões políticas ao redor do mundo e criando um cenário de risco para os Estados Democráticos de Direito.

Nesse sentido, elas podem ser entendidas enquanto uma instância de um conceito mais amplo, que é o de desinformação por alguns autores. Por outro lado, outros pesquisadores não simpatizam com o termo Fake News por acreditarem que ele pode

24 KNIGHT, Ben. Lei contra discurso de ódio na internet entra em vigor na Alemanha. Deutsche Welle. Lei Alemanha, 2 jan. 2018. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/lei-contra-discurso-de-%C3%B3dio-na-internet-entra-em-vigor-na-alemanha/a-41996447. Acesso em: 7 jun. 2021.

ser utilizado para justificar a censura ao jornalismo tradicional, alegando que a palavra correta seria apenas desinformação.

Ademais, neste trabalho foi colocado em perspectiva a dicotomia entre liberdade de expressão e a restrição das Fake News. Observa-se que a liberdade de expressão é um direito fundamental basilar, mas também se trata de um princípio, que, por sua vez, não é e não deve ser absoluto, sob pena de violar outros direitos fundamentais. Dessa forma, ela deve ser ponderada quando em conflito com outros direitos, afim de garantir a dignidade humana.

Outro ponto abordado pela pesquisa é a responsabilidade civil gerada pelas Fake News. Esse instituto do direito civil, na opinião deste autor, é essencial para o combate do mal da desinformação que atinge o Brasil e o mundo. Já existem aplicações no nosso ordenamento pátrio, do mesmo, quando há violações à direitos de personalidade, como a honra e a imagem. Entretanto, é preciso que tenhamos uma regulação ainda maior também como forma de termos uma opinião pública mais consciente e que não seja influenciada por notícias manipuladas.

Por fim, evidenciou-se que as notícias falsas implicam em danos, que podem ser individuais ou para toda a sociedade e que são elevados a proporções enormes devido às redes sociais. A reparação desses danos tem uma função pedagógica ao prevenir, ensinar e punir a disseminação das Fake News, contribuindo para a formação de uma sociedade mais ética, democrática e que dê mais valor a fatos objetivos, sabendo diferenciá-los da desinformação.

Referências bibliográficas

AFP. História das ‘fake news’ antes da era Trump. Istoé, 12 jul. 2018. Disponível em: https://istoe.com.br/historia-das-fake-news-antes-da-era-trump-2/. Acesso em: 9 jun. 2021.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.: 5ª. ed. Alemã. São Paulo. Malheiros, 2006. ISBN 978-85-7420-872-5.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONFESSORE, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. The New York Times, 4 abr. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/ 04/04/us/politics/ cambridge-analytica-scandal-fallout.html. Acesso em: 7 jun. 2021.

DECLARACIÓN Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y "Noticias Falsas" ("Fake News"), Desinformación Y Propaganda. ONU, 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/ showarticle. asp?artID=1056&IID=2. Acesso em: 03/06/2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GELFERT, Axel. Fake News: A Definition. Informal Logic, Berlim, 15 mar. 2018.

KNIGHT, Ben. Lei contra discurso de ódio na internet entra em vigor na Alemanha. Deutsche Welle, 2 jan. 2018. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/lei-contra-discurso-de-%C3%B3dio-na-internet-entra-em-vigor-na-alemanha/a-41996447. Acesso em: 7 jun. 2021.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A reponsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/ 14). Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, 2015.

SANTOS, Cecilia MacDowell dos. A Mobilização Transnacional do Direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 1ª Ed. Coimbra: Almedina, 2012.

SOBRAL, Cristiano. A responsabilidade civil dos provedores e de terceiros pelas fake news. Revista Consultor Jurídico, 27 de outubro

de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-27/cristiano-sobral-responsabilidade-civil-provedores-fake-news. Acesso em: 10/06/2021

STAFFORD, Tom. 'Ilusão da verdade ': A importância da repetição para o sucesso das mentiras. BBC News, 14 dez. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-37852352. Acesso em: 18 jun. 2021.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 11ª. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2021. ISBN 978-85-309-9310-8.

TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos à imagem. O Direito, Coimbra: Almedina, a. 133º, n. 2, p. 389-459.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007

WARDLE , Claire; DERAKHSHAN, Hossein. How did the news go 'fake'? When the media went social. The Guardian, 10 nov. 2017. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/nov/10/fake-news-social-media-current-affairs-approval. Acesso em: 2 jun. 2021.

ZIMMERMANN, Fabian; KOHRING, Matthias. „Fake News" als aktuelle Desinformation: Systematische Bestimmung eines heterogenen Begriff. Fake News, 4 out. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329161275_Fake_News_als_aktuelle_Desinformation_Systematische_ Bestimmung _eines_ heterogenen _Begriffs. Acesso em: 7 jun. 2021.

Refúgio e suas vulnerabilidades: Contrabando e tráfico de pessoas como formas de violação de Direitos Humanos

Refuge and its vulnerabilities: Smuggling and human trafficking as forms of human rights violation

Gabriela Soldano Garcez[1]

Karla Aparecida Vasconcelos Alves da Cruz[2]

Sumário: Introdução. 1. A importância da proteção internacional às pessoas em deslocamento pelo Direito Internacional dos Refugiados. 2. Contrabando e tráfico de pessoas como formas de violações de Direitos Humanos. 3. Cooperação internacional e governança como mecanismos de proteção transfronteiriços. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo: Os direitos humanos, como essenciais a vida digna do ser humano, devem ocupar espaço de especial atenção aos tratarmos de questões envolvendo os refugiados. Por vezes, famílias inteiras são obrigadas pelas mais diversas razões a saírem de sua morada, a abandonar seus vínculos, para tentar a sobrevivência em outras nações, sujeitando-se a toda sorte de incertezas e riscos inerentes a peculiar condição na qual se encontram. A experiência das violações que vem sendo enfrentadas há décadas, impõe, em âmbito internacional, medidas efetivas, em especial para coibir o contrabando e tráfico de pessoas envolvendo os refugiados. A exposição maior do grupo a essas práticas delituosas decorre do desespero inerente à falta de alternativas para quem se encontra em situação de refúgio que leva a se sujeitar a ações

1 Professora permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (mestrado e doutorado) da Universidade Católica de Santos. Pós-doutora pela Universidade Santiago de Compostela/Espanha. Vice coordenadora da Cátedra Sergio Vieira de Mello, da Universidade Católica de Santos. E-mail: gabrielasoldano@unisantos.br

2 Professora da graduação em Direito da Universidade Católica de Santos. Doutora em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Mestre em Direitos Difusos pela Unimes. Pós graduada em Direito Público pela EPM/SP. Procuradora Municipal de São Vicente. E-mail: karlacruz@unisantos.br.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

de criminosos. As convenções internacionais e a legislação interna dos países devem buscar punir arduamente esses delitos, porém somente a punição não é suficiente. Medidas de prevenção, como campanhas de informação elucidativas, demonstrando os riscos aos quais estão expostos os refugiados, acompanhadas de providências de proteção inerentes a concessão de direitos fundamentais e sociais, como à educação, saúde, emprego e moradia, podem viabilizar uma rede de acolhimento para os refugiados, propiciando, por meio da cooperação das nações, organizações internacionais e outros atores sociais, o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Refugiados; Direitos Humanos; Tráfico de Pessoas; Contrabando.

Abstract: Human rights as essential to the dignified life of human beings must occupy a space of special attention when dealing with issues involving refugees. In addition to people, sometimes entire families, they are forced for various reasons to leave their home, to abandon their bonds, to try to survive in other nations, subjecting themselves to all sorts of uncertainties and risks inherent to the peculiar condition in which meet. The experience of violations that has been faced for decades, imposes, at the international level, effective measures, in particular, to curb smuggling and trafficking in persons involving refugees. The greater exposure of this group to these criminal practices stems from the despair inherent in the lack of alternatives for those in a refugee situation, which makes people subject to the actions of criminals. The international conventions and the internal legislation of the countries must try to harshly punish these crimes against people living in refuge, but punishment alone is not enough. Prevention measures, such as informative information campaigns demonstrating the risks to which refugees are exposed, accompanied by protective measures inherent to the granting of fundamental and social rights, such as education, health, employment and housing, can enable a reception network for refugees, providing, through the cooperation of nations, international organizations and other social actors, compliance with the principle of human dignity.

Keywords: Refugees; Human rights; Trafficking in Persons; Smuggling.

Introdução

Refugiados são pessoas em situação de extrema

vulnerabilidade, procurando caminhos que possam lhes conferir melhores condições de vida, pois, apesar das diversas políticas públicas implantadas por Estados, além de programas sociais e humanitários adotados por organizações internacionais, o contexto e o impacto deste grupo ainda são grandes em diversas sociedades, provocando um fenômeno que carece de medidas efetivas.

Na busca pela sobrevivência e visando escapar de violações de direitos humanos (como conflitos terroristas e intolerância de todas as formas, entre outras causas), este grupo vulnerável, por vezes, toma medidas desesperadas, frente ao estado de necessidade em que se encontram, e aceitam propostas que acabam por submetê-los a outros atos desumanos e cruéis (na esperança, inclusive, de salvar suas famílias e fornecer-lhes um futuro melhor), como, por exemplo, aventurar-se em rotas extremamente perigosas e/ou desconhecidas e sem nenhuma segurança através das hipóteses de contrabando de migrantes (cruzamento de fronteiras ilegais de pessoas com o objetivo de obter vantagem econômica ou material[3]) e tráfico de pessoas ("escravidão moderna", trata-se do "recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração" – para fins geralmente sexuais, trabalhos forçados ou extração de órgãos – segundo o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, complementar à Convenção de Palermo).

Nessa linha de raciocínio, o presente artigo visa, primeiramente, através de um método crítico-dedutivo (extraído de referencial bibliográfico sobre a temática abordada), analisar o status de

3 UNODOC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. s/d. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>. Acesso em: 30 mai. 2021.

refúgio, indicando esse instrumento como forma de proteção internacional. Após, aborda as vulnerabilidades que podem ser causadas por essa situação. Em seguida, indica que, derivado de tais vulnerabilidades, as pessoas em situação de refúgio podem se tornar alvo de contrabandistas e traficantes humanos, e, por conta disso, o presente artigo analisa tais formas de violação de Direitos Humanos, de acordo com o cenário atual. Por fim, conclui que essa realidade demanda atendimento e políticas públicas, promovidas por cooperação internacional e mecanismos de governança efetivos, em diversas áreas, como saúde, educação, assistência social e segurança pública, além é claro de Direitos Humanos, com o objetivo de amenizar e/ou mitigar quadros de vulnerabilidades e violações de direitos, além da promoção de medidas públicas e privadas eficazes para reprimir ações criminosas.

1. A importância da proteção internacional às pessoas em deslocamento pelo Direito Internacional dos Refugiados

O fenômeno e a frequência (cada vez maior) com que os refugiados se deslocam entre fronteiras a procura de proteção especial é atualmente assunto de preocupação global, tendo em vista que, desde o "início do século XX, o problema dos refugiados se tornou uma preocupação da comunidade internacional, que, por razões humanitárias, começou a assumir responsabilidades para proteger e assistir os refugiados"[4]. Esse fato se deu principalmente após a criação, em 1950, do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), até hoje existente, e da regulamentação na Convenção relativa ao Status dos Refugiados de 1951, que é o primeiro tratado internacional a versar sobre a condição dos refugiados, indicando direitos e deveres aos mesmos, bem como seu Protocolo relativo ao Status dos Refugiados de 1967 (que

4 ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). Manual de procedimento e critérios para a determinação da condição de refugiado. Genebra: ACNUR, 2011. p. 5.

complementa a proteção já instituída), ambos os documentos em âmbito global, além da Declaração da Organização dos Estados Americanos de Cartagena das Índia sobre Refugiados de 1984 (Declaração de Cartagena), em âmbito regional[5]. O tema é, ainda, regulado no Brasil pela Lei 9474/1997, que criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão de deliberação coletiva do Ministério da Justiça (art. 11), que representou um avanço na temática por seguir, em linhas gerais, as disposições da Convenção de 51 (inclusive a definição ampla de refúgio, conforme art. 1º, da Lei mencionada), e, mais recentemente, também pela nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017), que traz dispositivos específicos para a questão do refúgio.

Portanto, o refúgio se trata de um instituto do Direito Internacional de cunho humanitário (com atuação ao lado do Direito Internacional dos Direitos Humanos)[6], com o objetivo primordial de proteger a pessoa ao permitir que se busque abrigo em lugar seguro, em razão de fundados temores de perseguições por motivos odiosos (toda e qualquer forma de discriminação injustificada e ilegítima), como, por exemplo, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, e que, por conta disso, encontra-se fora de seu país de nacionalidade ou de residência e não pode ou não queira acolher-se à proteção de sua nação de origem. Ademais, é também considerado refugiado aquele indivíduo que "devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país" (conforme inciso III, do art. 1º, da Lei 9474/1997).

Portanto, a concessão do status de refúgio pressupõe a existência de condições objetivamente tipificadas[7], vez que não é atividade discricionária do Estado, pois, presentes os requisitos, o

5 RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 84.

6 Ibid., p. 66.

7 LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. Direito Internacional Público: À luz dos Direito Humanos e jurisprudência internacional. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 140

poder estatal tem o dever de acolher a pessoa ou enviá-la a território seguro. É, dessa forma, uma atribuição de status meramente declaratória[8].

Nesse sentido, o art. XIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) garante justamente que toda pessoa, "vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países", procurando abrigo e proteção fora do Estado em que se encontra, salvo no caso de "perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas", que garante, ainda, aplicação ao princípio do non refoulement[9] (também conhecido como "proibição de expulsão", descrito no art. 33, parágrafo 1º, da Convenção de 51).

Por outro lado, as pessoas em situação de refúgio colocam-se em posição de extrema vulnerabilidade, tendo em vista que estão à margem da sociedade, procurando por caminhos que possam lhes conceder melhores condições de vida (principalmente quanto a direitos humanos básicos, como moradia, saúde, educação e emprego dignos).

Atualmente, a maior quantidade de incidência de contrabando e/ou tráfico de pessoas é proveniente de comunidades que estão em situações de refúgio, em razão da fórmula cruel da somatória das vulnerabilidades vivenciadas de desespero social e vontade de sobrevivência, o que torna essas pessoas alvos para os contrabandistas e traficantes[10]. Soma-se a esse fato, diversas dificuldades em se estabelecer um controle adequado das fronteiras, carência de sistemas devidamente organizados para a formalização das chegadas e partidas dos refugiados, falta de um policiamento eficaz, ausência de políticas públicas específicas,

8 GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. Direito internacional Público e Privado. 5.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 277

9 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 10.ed. Salvador: JusPodvim, 2018. p. 392.

10 UNODOC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Global report on trafficking in persons. 2020. Op. cit.

entre outros fatores.

Segundo dados do Alto Comissariado nas Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), somente entre os anos de 2016 e 2017, foram registrados mais de 65,5 milhões de refugiados no mundo, sendo que destes, 22,5 milhões estão corretamente cadastrados no órgão internacional. Entretanto, dentro deste segundo valor, apenas 17,2 milhões estão sob a responsabilidade do ACNUR[11]. O que leva à conclusão: aonde estão estas outras pessoas que o ACNUR não mantém sob sua responsabilidade?

Isso ocorre porque, sob a grande maioria destas pessoas em situação de refúgio não há nenhum controle de segurança ou de qualidade social, e, por esta razão, ficam sujeitos a todo tipo de adversidades, o que inclui tráfico e contrabando.

2. Contrabando e tráfico de pessoas como formas de violações de Direitos Humanos

O contrabando de migrantes (que se inicia com o consentimento da vítima) trata-se da facilitação do cruzamento de fronteiras ou a permanência (com a respectiva residência) de forma ilegal, mas realizado por pessoas com o objetivo de obter benefícios financeiros ou qualquer tipo de vantagem material das vítimas.[12] Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU) já denunciou práticas de tráfico de órgãos de pessoas em situação de refúgio, onde ao menos 6% destas são mantidas em cativeiro e obrigadas a fornecer sangue ou órgãos como forma de pagamento

11 AGÊNCIA BRASIL. Acnur: cerca de 65,6 milhões de pessoas foram forçadas a se deslocar em 2016. 2016. Disponível em: <https://agencia-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/469880564/acnur-cerca-de-656-milhoes-de-pessoas-foram-forcadas-a-se-deslocar-em-2016>. Acesso em: 30 mai. 2021.

12 UNODOC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html#:~:text=O%20Contrabando%20de%20Migrantes%20%C3%A9,todos%20os%20pa%C3%ADses%20do%20mundo>. Acesso em: 04 jun. 2021.

para contrabandistas pelo cruzamento de fronteiras[13], sendo praticado, em regra, por redes de crimes organizados[14]

Por outro lado, o tráfico de pessoas é conhecido comumente pela expressão "escravidão moderna"[15], pois consiste na compra e venda de seres humanos (de qualquer idade e gênero) com fins de exploração (geralmente sexual, prostituição, trabalhos forçados ou extração de órgãos)[16], considerado como um delito transnacional, como característica definidas no Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, complementar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida também como Convenção de Palermo.

Neste caso, os traficantes utilizam-se de força física, ameaça, coerção, enganos ou ardis de todo tipo, abuso de poder e outras formas violentas e degradantes contra as vítimas[17], para mantê-las sobre o seu comando (controlando suas vidas e de suas famílias). Percebe-se, portanto, que ambos constituem crimes internacionais gravíssimos e que representam também violentas violações de

13 UNODOC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Global report on trafficking in persons. 2020. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2021.

14 LESSA, Danielle Karina Pincerno Favaro Trindade de Miranda. Direitos Fundamentais do Migrante Internacional: mudança de paradigma legislativo frente ao novo. contexto migratório global. (dissertação de mestrado em Ciências Sociais). São Paulo: USP, 2016. p. 74.

15 Tome-se, como exemplo, as investigações realizadas pela Polícia Federal brasileira que demonstraram a prática do uso de pessoas estrangeiras provenientes do tráfico sul-americano (como da Bolívia, Peru e Paraguai) em situação análoga a de escravo para trabalhos forçados em empresas de confecção de roupas (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 04 jun. 2021).

16 UNODOC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. Op. cit.

17 SECRETÁRIA NACIONAL DE JUSTIÇA e UNODOC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Critérios e Fatores de Identificação de supostas vítimas de tráfico de pessoas. Brasil: Ministério da Justiça, s/d. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/criterios-e-fatores-de-identificacao-de-supostas-vitimas-de-etp.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.

direitos humanos apesar de suas diferenças na realização[18].

Ademais, o contrabando geralmente termina com a chegada do migrante ao seu destino transfronteiriço final (tendo em vista que o contrabandista já recebeu o benefício financeiro). Já no tráfico, após a chegada da vítima (em território internacional ou dentro das mesmas fronteiras do país) é que começa a sua exploração pelos traficantes para obtenção de benefícios. Percebe-se, portanto, que as diferenças são sutis e, na prática, tais crimes podem ser confundidos entre si e ambos devem ser duramente reprimidos.

3. Cooperação internacional e governança como mecanismos de proteção transfronteiriços

Devem ser realizar ações urgentes para a modificação deste cenário de violação de direitos, sendo certo que tais ações devem ser promovidas em três grandes frentes. Primeiramente, a prevenção, criando campanhas de informação e educação sobre o assunto, com a finalidade de criação de conscientização pública e política sobre essa problemática e sobre o risco que as pessoas em situação de refúgio passam. Além disso, a proteção, de forma a garantir normas e procedimentos judiciais e extrajudiciais para a segurança física e psicológica, bem como privacidade das vítimas e inclusão social para as mesmas. A criminalização, pelo fortalecimento dos sistemas de Justiça dos países para o julgamento dos contrabandistas e traficantes de pessoas, bem como que, nos países em que estes delitos ainda não são previstos passem a integrar os sistemas penais como crimes nas legislações nacionais, de modo a proteger ainda mais às vítimas, aplicação da lei e para que as autoridades sejam capazes de inibir novas ações criminosas.

Tais ações não podem ser implementadas de forma

18 INPACTO. Entenda a diferença entre contrabando de pessoas e tráfico de migrantes. 2015. Disponível em: <https://inpacto.org.br/entenda-a-diferenca-entre-trafico-de-pessoas-e-contrabando-de-migrantes/>. Acesso em: 30 mai. 2021.

desassociadas, sem a possibilidade de instituição de um verdadeiro sistema cooperativo entre os Estados no que diz respeito à proteção e conceção de direitos humanos, bem como mitigação das violações de Direitos Humanos. Assim, devem ser utilizadas políticas públicas voltadas a esse setor (principalmente de educação e conscientização) e integração entre os países, governos, organizações internacionais e demais atores de Direito Internacional.

Assim, é fundamental para a construção de um modelo protetivo e humanitário, a gestão integrada visando a produções de ações públicas e privadas de qualidade (nas três grandes esferas acima citadas: prevenção, proteção e criminalização), entre sujeitos e atores de Direito Internacional, que favoreçam a cooperação internacional em favor dos refugiados em situação de vulnerabilidade como as exemplificadas neste artigo.

A cooperação está, portanto, "na base dos instrumentos normativos criados com objetivos de aumento da informação e da ampliação de participação nos processos de decisões"[19] das políticas públicas, com vistas a assegurar o desenvolvimento sustentável com a compatibilização de Direitos Humanos, tendo em vista que o trabalho conjunto entre os Estados é fundamental para o alargamento de políticas públicas efetivas sobre a temática (principalmente no que se refere a promover, facilitar e orientar o intercâmbio de informações, a fim de promover Direitos Humanos).

Nesse sentido, o United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) coopera com os Estados nos esforços para implementar o Protocolo contra o Contrabando de Migrante por via Terrestre, Marítima e área (chamado de Protocolo dos Migrantes), uma vez que é atua no âmbito internacional como o "guardião" da Convenção de Palermo e de seus protocolos. O Protocolo dos Migrantes tem um programa específico de cooperação internacional, que conta com o auxílio de organizações internacionais, para combater o

19 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 157.

trafico e o contrabando de pessoas, ressaltando medidas eficazes para reprimir ações de organizações criminosas. Ademais, existem programas cooperativos também da "Iniciativa Global contra o Tráfico de Pessoas" (UN.GIFT[20]), cujo Escritório atua para a inclusão das pessoas em situação de refúgio na sociedade civil, incentivando o debate sobre o assunto ao trazer temas como o tráfico de pessoas em vulnerabilidade, bem como a prevenção e proteção das vítimas, além da atuação efetiva da justiça criminal, às discussões.

Dessa forma, somente a atuação cooperada dos entes estatais, das organizações internacionais, empresas e outros atores de direito internacional, podem trazer dignidade aos refugiados e coibir as práticas delituosas decorrentes de sua posição de extrema vulnerabilidade.

Conclusão

O tráfico internacional e o contrabando de pessoas, regra geral, não são práticas recentes, entretanto tais crimes cometidos em face de pessoas refugiadas é fenômeno atual que deve receber atenção especial no âmbito internacional (voltadas às questões de cooperação internacional para os Direitos Humanos), em razão das vulnerabilidades envolvidas.

Tais crimes violam substancialmente os Direitos Humanos e fundamentais relacionadas à dignidade da pessoa humana, sendo práticas desumanas e degradantes, que passam a tratar e retratar as vítimas como objetos (retirando toda a doutrina de "sujeitos de direitos humanos", tendo em vista a condição intrínseca de pessoa humana, que é merecedora de proteção no âmbito internacional).

Ademais, desde o ano de 2020, com a situação da pandemia da covid-19, tal situação piorou. A difusão da pandemia e suas consequências (sanitárias, econômicas, sociais etc) colocarão ainda mais em risco a vida das pessoas em situação de refúgio, pois

20 Disponível por meio do site: <www.ungift.org>. Acesso em: 07 jun. 2021.

tornará o contrabando e o tráfico de pessoas ainda mais arriscado e caro para quem foge da perseguição, violência e conflitos. Tome-se, como exemplo, os momentos em que foram implementadas medidas restritivas devido a pandemia de corona vírus. Apesar de necessárias no âmbito da saúde coletiva, tais medidas levam, em última análise, ao desemprego, a desaceleração econômica e ao aumento da pobreza, que, por sua vez, dão origem a outras doenças humanas. Assim, as consequências econômicas da pandemia provavelmente levarão a um aumento do contrabando de migrantes e do tráfico de pessoas, de acordo com um relatório lançado em maio de 2021 pelo UNODC[21], que mostra os impactos de curto e longo prazo da covid no tráfico e contrabando de pessoas.

Dessa forma, o fechamento das fronteiras terrestres, marítimas e aéreas em razão de medidas sanitárias necessárias, pode resultar em um aumento do tráfico e contrabando de refugiados, porque as pessoas passam a ter necessidade ainda maior dos serviços de criminosos para atravessar fronteiras ilegalmente, além do uso de rotas e condições mais arriscadas e a preços mais altos, expondo refugiados a novos tipos abusos e exploração (tome-se, como exemplo, o aumento acentuado no rota do mediterrâneo central da Líbia para a Itália, desde o início do ano de 2020).[22]

Conclui-se que, o resultado da atual crise global provocada pela covid-19 (tanto no aspecto econômico, quanto com relação à rigorosa regulação da mobilidade pelas fronteiras entre os países) é o aumento dos riscos inerentes às pessoas com vulnerabilidades, que buscam melhores condições de vida além de suas próprias

21 UNODC - UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. How covid-19 restrictions and the economic consequences are likely to impact migrant smuggling and cross-border trafficking in persons to Europe and North America. Vienna: UNODC, 2021. Disponível em: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Covid-related-impact-on-SoM-TiP-web3.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

22 UNODC - UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. COVID-19: Medidas podem provocar aumento do contrabando de migrantes e do tráfico de pessoas no mundo, aponta relatório do UNODC. 2020. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/05/relatorio-do-unodc-conclui-que-as-medidas-para-a-covid-19-sao-capazes-de-conduzir-ao-aumento-do-contrabando-de-migrantes-e-do-trafico-de-pessoas-a-longo-prazo.html>. Acesso em: 07 jun. 2021.

fronteiras. Entretanto, ressalta-se que, tais externalidades negativas podem ser mitigadas (quando não inviabilizadas) por verdadeira instituição de cooperação internacional efetiva entre sujeitos e atores de Direito Internacional (como, por exemplo, por meio de políticas públicas de migração regular, legal e com caminhos seguros, em que não haja a interferência de criminosos, além da concessão de status adequado para os refugiados em seus países de destino).

Referências Bibliográficas

AGÊNCIA BRASIL. Acnur: cerca de 65,6 milhões de pessoas foram forçadas a se deslocar em 2016. 2016. Disponível em: <https://agencia-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/469880564/acnur-cerca-de-656-milhoes-de-pessoas-foram-forcadas-a-se-deslocar-em-2016>. Acesso em: 30 mai. 2021.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). Manual de procedimento e critérios para a determinação da condição de refugiado. Genebra: ACNUR, 2011.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. Direito internacional Público e Privado. 5.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

INPACTO. Entenda a diferença entre contrabando de pessoas e tráfico de migrantes. 2015. Disponível em: <https://inpacto.org.br/entenda-a-diferenca-entre-trafico-de-pessoas-e-contrabando-de-migrantes/>. Acesso em: 30 mai. 2021.

LESSA, Danielle Karina Pincerno Favaro Trindade de Miranda. Direitos Fundamentais do Migrante Internacional: mudança de paradigma legislativo frente ao novo. contexto migratório global. (dissertação de mestrado em Ciências Sociais). São Paulo: USP, 2016.

LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. Direito Internacional Público: À

luz dos Direito Humanos e jurisprudência internacional. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 10.ed. Salvador: JusPodvim, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SECRETÁRIO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cartilha sobre tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos. Brasil: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordadem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: jun. 2021.

SECRETÁRIA NACIONAL DE JUSTIÇA e UNODOC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Critérios e Fatores de Identificação de supostas vítimas de tráfico de pessoas. Brasil: Ministério da Justiça, s/d. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/criterios-e-fatores-de-identificacao-de-supostas-vitimas-de-etp.pdf>. Acesso em: jun. 2021.

UNODOC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. s/d. Disponível em: < https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>. Acesso em: 30 mai. 2021.

UNODC - UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. How covid-19 restrictions and the economic consequences are likely to impact migrant smuggling and cross-border trafficking in persons to Europe and North America. Vienna: UNODC, 2021. Disponível em: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Covid-related-impact-on-SoM-TiP-web3.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

UNODOC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Global report on trafficking in persons. 2020. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2021.

UNODC - UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. COVID-19: Medidas podem provocar aumento do contrabando de migrantes e do tráfico de pessoas no mundo, aponta relatório do UNODC. 2020. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/05/relatorio-do-unodc-conclui-que-as-medidas-para-a-covid-19-sao-capazes-de-conduzir-ao-aumento-do-contrabando-de-migrantes-e-do-trafico-de-pessoas-a-longo-prazo.html>. Acesso em: 07 jun. 2021.

A superação do obstáculo do marco temporal para adoção de uma política de reparação de injustiças históricas perpetradas contra os povos indígenas brasileiros

Overcoming the obstacle of the time frame to adopting a policy for the remedy of historic injustice perpetrated against brazilian indigenous peoples

Edson Ferreira de Carvalho[1]

Fernanda Martins Amorim[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. O marco temporal de ocupação: a perpetuação de injustiças contra os povos indígenas; 3. Inconvencionalidade do marco temporal de ocupação; 4. O caso da Terra Indígena Guyraroká; 5. Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho, de natureza bibliográfica, visa analisar as implicações do estabelecimento pelo Supremo Tribunal Federal do marco temporal de ocupação (5 de outubro de 1988) como uma das condicionantes para assegurar aos povos indígenas o direito à terra de ocupação tradicional, bem como a existência de inconvencioalidade nesse critério à luz de instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir da adoção da teoria do fato indígena vários processos administrativos de demarcação de terras indígenas foram anulados, entre esses o referente à demarcação da Terra Indígena Guyraroká, do povo Guarani-Kaiowá. Desse modo, a condicionante do marco temporal inviabiliza a efetivação do direito

1 Professor titular da Universidade Federal de Viçosa (UFV). Pós-doutor em Direito (University of Notre Dame - EUA). Doutor em Direito (Universitat de València - Espanha e Universtà degli Studi di Palermo - Itália). Doutor em Agronomia (UFV). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade para a Paz das Nações Unidas (Japão) e Ecologia Florestal (Chile e Costa Rica). E-mail: edsonf@ufv.br.

2 Graduanda em Direito (Universidade Federal de Viçosa). E-mail: fernanda.amorim@ufv.br.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

indígena à terra que tradicionalmente ocupam em razão do histórico brasileiro de tomada das terras pertencentes aos povos indígenas e de expulsão destes de forma violenta, com a participação do próprio Estado. A decisão do Supremo Tribunal Federal desconsidera as diversas injustiças que os povos indígenas sofrem ao definir como única exceção à diretiva do marco temporal o denominado "renitente esbulho", compreendido como situação em que há conflito possessório estabelecido, que tenha perdurado até o dia da promulgação da Constituição Federal de 1988, fixado como marco temporal, com a resistência verificada pelas circunstâncias fáticas ou por meio de judicialização do conflito territorial.

Palavras-chave: Marco temporal de ocupação; terra indígena; Guyraroka; inconvencionalidade; injustiça.

Abstract: This paper, of a bibliographical nature, aims to analyze the implications of the establishment by the Federal Supreme Court of the occupation time frame (October 5, 1988) as one of the conditions to ensure indigenous peoples the right to traditionally occupied land, as well as the existence of unconventionality in this criterion in light of international instruments for the protection of human rights, of which Brazil is a signatory, and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. After the adoption of the theory of the indigenous fact, several administrative processes for the demarcation of indigenous lands were annulled, including the one related to the demarcation of the Guyraroká Indigenous Land, belonging to the Guarani-Kaiowá people. Thus, the conditioning of the time frame makes it impossible to enforce the indigenous right to the land they traditionally occupy due to the Brazilian history of taking land belonging to indigenous peoples and expelling them in a violent manner, with the participation of the State itself. The decision of the Federal Supreme Court disregards the various injustices that indigenous peoples suffer by defining as the only exception to the directive of the timeframe the so-called "reluctant trespass", understood as a situation in which there is an established possession conflict, which has lasted until the day of enactment of the Federal Constitution of 1988, established as a time frame, with the resistance verified by the factual circumstances or through the judicialization of the territorial conflict.

Keywords: time frame of occupation; indigenous land; Guyraroka; unconventionality; injustice.

1. Introdução

A discussão em torno da destinação de terras indígenas é questão debatida há séculos, desde o período colonial, sem a participação dos povos autóctones. Com fundamento no princípio da contiguidade, os colonizadores consideravam que qualquer faixa de território sobre a qual não houvesse a jurisdição de outro Estado-nação estaria apta a ser ocupada. A presença dos povos autóctones não foi considerada um obstáculo sob o ponto de vista eurocentrista, tanto é que justificaram a apropriação das terras indígenas através do conceito de "terra nullius", isto é, terra de ninguém[3].

Mesmo com a perspectiva assimilacionista, verifica-se que já havia a previsão de tutela da posse indígena na Carta Régia de 1611, no Alvará Régio de 1º de abril de 1680, e na Lei de 06 de junho de 1775[4]. Outrossim, a primeira Constituição a disciplinar o direito indígena à terra foi a Constituição Federal de 1934, art. 129, que determinava, também, a inalienabilidade das referidas terras. Todas as Constituições posteriores contiveram disposições similares a respeito da posse indígena.

A Constituição Federal de 1988, art. 231, dispõe sobre o direito dos povos indígenas à terra tradicionalmente ocupada, considerando-as "[...] inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis", bem como atribui competência à União para demarcá-las. Não há menção a data para aferir a ocupação indígena. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Petição nº 3.388, estabeleceu dezenove condicionantes, entre essas a do marco temporal de ocupação, fixado em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ainda que a decisão não seja vinculante, o STF mudou sua

3 SANTANA, Carolina R. Direitos territoriais indígenas: o STF contra a Constituição. In: ALCÂNTARA, Gustavo K; TINÔCO, Lívia N.; MAIA, Luciano M. (Org.) Índios, direitos originários e territorialidade. Brasília: Editora ANPR, 2018, pp. 451-479, p. 453-454.

4 DEMETRIO, André; KOZICKI, Katya. A (In)Justiça de Transição para os Povos Indígenas no Brasil. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, pp. 129-169, p. 150-151, mar. 2019. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28186>. Acesso em: 14 jun. 2021.

jurisprudência a partir dessa decisão, o que acarretou a anulação da demarcação de várias terras indígenas com fundamento no denominado "conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas".

Com isso, o presente artigo, de natureza bibliográfica, tem como objetivo analisar as implicações e a possibilidade de superação de um dos principais obstáculos para a demarcação de terras indígenas: o marco temporal de ocupação. Para isso, serão analisadas a inconvencionalidade dessa diretiva e a aplicação da supracitada condicionante no caso da Terra Indígena Guyraroká, do povo Guarani-Kaiowá, como exemplo da situação de extrema vulnerabilidade enfrentada pelos povos indígenas em razão da aplicação arbitrária do marco temporal de ocupação.

2. O marco temporal de ocupação: a perpetuação de injustiças contra os povos indígenas.

Em 2009, o STF julgou a Ação Popular, Petição 3.388, em que se pleiteava anulação da Portaria nº 534, de 2005, do Ministério da Justiça, homologada através do Decreto de 15 de abril 2005 pelo Presidente da República, que reconhecia a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Esta era disputada por proprietários rurais, que alegaram possuir títulos que lhes assegurava a posse, em razão da ampla produção agrícola, o que motivou o Estado de Roraima a se posicionar pela demarcação em "ilhas"[5].

Entretanto, o STF considerou constitucional a demarcação contígua e o procedimento administrativo-demarcatório, assim como julgou parcialmente procedente a ação popular conforme o voto do Min. Carlos Ayres Britto, com adição das "salvaguardas

5 DAN, Vivian Lara C.; ASSIS, Flavia B. S. de. A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas. Teoria Jurídica Contemporânea, Rio de Janeiro, v. 5 n. 2, pp. 263-285, p. 265-266, jul.-dez. 2005. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/25496>. Acesso em: 17 jun. 2021.

institucionais" presentes voto do Min. Menezes Direito[6]. A referida decisão foi uma vitória para as etnias indígenas Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapichana e Taurepang, mas representa um obstáculo às novas demarcações em razão da adoção da teoria do fato indígena, que exige a tradicionalidade da ocupação, consubstanciada na observância de fatores econômico, ecológico, e demográfico ou cultural, e a presença indígena no marco temporal de 5 de outubro de 1988[7]. Em virtude deste parâmetro, várias terras indígenas tiveram sua demarcação anulada, como, por exemplo, as Terras Indígenas Porquinhos, no estado do Maranhão, Limão Verde, Guyraroká e Panambi-Lagoa Rica, no estado do Mato Grosso do Sul.

A única exceção admitida ao marco temporal é o denominado "renitente esbulho", que, conforme decisão do STF no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462/MS, é situação diversa de ocupação pretérita por não índios ou de desocupação passada por meio de violência. Para configuração do renitente esbulho é necessária situação de disputa pela posse da terra, que iniciada no passado, perdure até a data de promulgação da Constituição Federal, identificável através de circunstâncias fáticas indicadoras do conflito ou por meio de judicialização da controvérsia[8].

A mutação constitucional realizada pelo STF restringe o direito indígena à terra em desconformidade com a própria Constituição, que não prevê data para aferir a ocupação indígena. Adotar o entendimento supramencionado em relação ao marco temporal é perpetuar a longa história de injustiça contra os povos indígenas.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Petição 3.388 Roraima. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 19 de março de 2009. Disponível em:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagi nador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 19 jun. 2021.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Petição 3.388 Roraima, p. 56.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462 Mato Grosso do Sul. Agravante: Tales Oscar Castelo Branco. Agravado: União, Ministério Público Federal e Funai. Relator: Min. Teori Zavascki, Brasília, DF, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub /paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: 19 jun. 2021.

Ignora-se que os povos autóctones, até a Constituição Federal de 1988, estavam submetidos ao regime tutelar e eram representados judicialmente pela Fundação Nacional do Índio (Funai), conforme a Lei nº 6.001, de 1973, art. 7º.

Logo, a Funai era a legitimada ativa para a propositura de ação ante a ocupações ou expulsões, porém, em diversos momentos da história, o referido órgão de representação indígena atuou pela expansão da fronteira agrícola e buscou realocar os povos autóctones, independente de sua origem étnica, em reservas indígenas de dimensões insuficientes. Outra possibilidade seria a proposição de ação pelo não índio em conflito possessório. Todavia, isso era incomum, uma vez que era mais simples, célere e com menor custo realizar a expulsão das tribos indígenas[9].

Ademais, a exigência de que os povos indígenas estivessem, até o dia 5 de outubro de 1988, em resistência física à ocupação dos não índios não observa a realidade da desproporção de forças em relação aos fazendeiros e desconsidera os "[...] massacres cometidos contra os povos indígenas"[10]. Além disso, os Decretos nº 10.652, de 1942, e n.º 52.668, 1963, previam pena de até cinco anos para o índio que representasse risco para a população próxima a suas terras[11]. Desse modo, o contexto não era favorável a qualquer tipo de resistência que se adeque ao conceito de renitente esbulho.

A interpretação do art. 231 da Constituição Federal de 1988 que permitiu a fixação de um marco temporal está em dissonância com a intenção do Poder Constituinte Originário, uma vez que se discutiu na Assembleia Nacional Constituinte a possibilidade de considerar os locais de aldeamentos extintos propriedades

9 SANTANA, Carolina R. Direitos territoriais indígenas: o STF contra a Constituição, p. 462.

10 FERNANDES, Pádua. As terras indígenas e a (in)justiça de transição: o Supremo Tribunal Federal e a legitimação dos crimes da ditadura militar. In: SEMINÁRIO DIREITOS, PESQUISA E MOVIMENTOS SOCIAIS, 5., 2015, Vitória, Anais ... Brasília: IPDMS, 2015, pp. 1080-1093, p. 1086.

11 PEREIRA, Deborah M. D. de B. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: Terra Indígena Limão Verde. In: ALCÂNTARA, Gustavo K; TINÔCO, Lívia N.; MAIA, Luciano M. (Org.) Índios, direitos originários e territorialidade. Brasília: Editora ANPR, 2018, pp. 76-105, p. 100-101.

dos Estados-membros da Federação, porém, pelo risco de que a expulsão e a tomada das terras indígenas ainda reivindicadas fossem assim considerados, tal dispositivo não foi incluído[12]. Com isso, é perceptível que não se pretendia limitar o reconhecimento de terras indígenas somente àquelas que ainda eram habitadas, mas também àquelas nas quais empecilhos jurídicos e políticos inviabilizaram o retorno dos indígenas a terra a que estão vinculados.

Desse modo, o marco temporal não é obstáculo intransponível à luz do texto constitucional. Esse entendimento é reforçado por José Afonso da Silva[13], que afirma "[...] se há um marco temporal a ser firmado, este é o da data da promulgação da Constituição de 1934, qual seja 16 de julho de 1934, que, por primeiro, deu consagração constitucional a esses direitos [direitos originários sobre a terra indígena] e garantia de sua proteção efetiva". O supracitado autor faz a ressalva de que a presença indígena nessa data não é essencial para aferir a tradicionalidade da ocupação, uma vez que a ausência pode decorrer de motivo alheio à sua vontade.

3. Inconvencionalidade do marco temporal de ocupação

Em 1998, o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), obrigando-se a observar suas decisões. Nesse sentido, o Estado brasileiro se comprometeu a aplicar os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos conforme a interpretação adotada pela CIDH. Com isso, a fixação do marco temporal de ocupação pode gerar futuramente responsabilização internacional do Brasil por estar em contradição com sua jurisprudência. Outrossim, tal

12 SANTANA, Carolina R. Direitos territoriais indígenas: o STF contra a Constituição, p. 467.

13 SILVA, José Afonso da. [Parecer jurídico sobre o marco temporal e o renitente esbulho]. São Paulo, pp. 1-25, p. 10, 2016. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental .org/files/nsa/ arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

diretiva viola também outros instrumentos de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, em 2004, através do Decreto nº 5.051, estabelece, no art. 14, o dever do Estado de "[...] reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Já o artigo 17, item 3, determina que devem ser tomadas medidas para impedir que os não índios se aproveitem das tradições ou do desconhecimento do índio em relação à legislação para "[...] se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes". O direito à reparação em caso de tomada e ocupação de suas terras sem seu consentimento está previsto também na Declaração das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos dos Povos Indígenas[14], art. 28, que, apesar de não ser vinculante, impõe o compromisso moral ao Estado signatário de adequar o ordenamento interno às suas disposições.

A CIDH interpreta o art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos em conjunto com o art. 29 "b" para proteger também o direito coletivo à terra. No caso da Comunidade Sawhoyamaxa Vs. Paraguai, a Corte decidiu que caso os povos autóctones tenham perdido a posse de suas terras sem o seu consentimento, o direito de propriedade sobre essas persiste, exceto se tiverem sido transferidas legitimamente para terceiros de boa-fé[15]. Todavia, mesmo neste caso seu direito à recuperação da terra deve ser preferencialmente observado, ainda que as terras sejam produtivas e exploradas[16].

14 ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Centro de Informação das Nações Unidas: Rio de Janeiro, 2008.

15 CIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146, p. 71-72, (§128). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_ 146_esp2.pdf> . Acesso em: 19 jun. 2021.

16 CIDH. Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C, nº 214, p. 36, (§149). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

No caso Comunidade Sawhoyamaxa Vs. Paraguai firmou-se o entendimento de que a posse da terra não é requisito para a existência do direito à restituição. Diferentemente da concepção de marco temporal, a Corte adota como critério para aferição desse direito a existência de relação única de pertencimento com suas terras, conforme foi estabelecido no caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai[17]. Ademais, se houver causas impeditivas externas que impeçam a manutenção deste vínculo, como, por exemplo, o uso de violência ou ameaça, o direito a reaver suas terras continuará a existir e só ocorrerá aferição da relação única com seu território após o afastamento dos obstáculos[18].

Sendo assim, impedir o acesso dos povos indígenas à terra de ocupação tradicional, em razão de estes estarem impossibilitados de acessá-la por fatores que não dependem de sua vontade, está em total desconformidade com o entendimento adotado pela CIDH sobre a questão. Tendo em vista o potencial de que esse óbice retarde ainda mais a demarcação, o Brasil pode sofrer outra condenação internacional pelas mesmas razões do caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil, por violação ao direito à propriedade coletiva em virtude da demora em processo administrativo de reconhecimento e demarcação das terras que povos autóctones tradicionalmente ocupam.

4. O caso da Terra Indígena Guyraroká

A Segunda Turma do STF, ao julgar Recurso Especial em Mandado de Segurança 29.087/DF, anulou a Portaria 3.219 do Ministério de Justiça, que reconhecia a Terra Indígena Guyraroká, situada em Caarapó, Mato Grosso do Sul, com fundamento no não cumprimento da condicionante do marco temporal de ocupação. Nessa sentença, desconsiderou-se que mandado de segurança

17 CIDH. Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, p. 28, (§112).
18 CIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146, p. 71-72, (§132).

não é via adequada para analisar questões que demandam ampla dilação probatória, pois pressupõe direito líquido e certo.

Os membros da etnia Guarani-Kaiowá foram expulsos de suas terras na década de 1940 pelos não índios, que as adquiriram do Estado, e confinados em reservas pelo Serviço de Proteção ao Índio. Mesmo assim, para não perderem totalmente o acesso a seu território, alguns permaneceram trabalhando para os fazendeiros como peões até 1970[19]. Vê-se que não saíram voluntariamente de suas terras e a essas foram impossibilitados de retornar.

Em 2018, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos visitou o Brasil e observou que o povo Guarani-Kaiowá ocupava menos de 5% de seu território e corria risco de ser privado dessa pequena porcentagem. A supramencionada Comissão considerou que "[...] la tesis de marco temporal resulta contraria a las normas y estándares internacionales e interamericanos de derechos humanos [...]"[20].

Além disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou que a privação de condições para vivência de suas tradições e o confinamento provocaram altos índices de suicídio entre os indígenas da etnia Guarani-Kaiowá [21]. Outrossim, a Corte Interamericana, em 2019, concedeu medidas cautelares de proteção ao povo Guarani-Kaiowá em virtude das alegações de que sofreram ameaças e violências por parte dos proprietários rurais, com os quais disputam as terras, bem como estavam sendo alvos de pesticidas lançados nas plantações e sobre as casas, próximo à escola e ao posto de saúde, com a finalidade de obrigá-los a sair. Os agrotóxicos foram usados também para contaminar as fontes de água potável e o rio, inviabilizando o uso e a pesca

19 FUNAI. Relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra indígena Guarani-Kaiowá Guyraroká. Brasília: Funai, 2002, p. 23-24.

20 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Observaciones Preliminares de la Visita in loco de la CIDH a Brasil. [S.l.], 12 noviembre 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/es /cidh/prensa/comunicados/2018/238OPesp.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

21 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Observaciones Preliminares de la Visita in loco de la CIDH a Brasil. [S.l.], 12 noviembre 2018.

pelos indígenas.[22] Portanto, seguem sem seu direito à terra, mas também ameaçados em seus direitos à vida e à integridade física.

5. Considerações finais

O marco temporal de ocupação adotado pela 2ª Turma do STF, no caso da Terra Indígena Guyraroká, constitui interpretação extremamente restritiva ao direito indígena ao reconhecimento das terras com as quais mantêm vínculo anímico. A consolidação desse entendimento pelo pleno do STF viola frontalmente os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU[23].

O STF terá oportunidade de rever seu entendimento no Recurso Extraordinário 1.017.365, com repercussão geral. A eventual desconsideração, pelo STF, dos princípios do carácter originário do direito indígena sobre as terras e os territórios ocupados tradicionalmente, da livre autodeterminação dos povos indígenas, da autogestão das terras, dos territórios e recursos indígenas, da relação espiritual especial dos povos indígenas com as terras e territórios ocupados por seus ancestrais e da salvaguarda do patrimônio cultural dos povos indígenas representará a última pá de terra à existência física e espiritual de sobreviventes de povos

22 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 47/2019. Medida Cautelar No. 458-19, Miembros de la comunidad Guyraroká del Pueblo Indígena Guarani Kaiowá respecto de Brasil, 29 de septiembre de 2019, p. 2-5. Disponível em: <http://oas.org/es/cidh/decisiones /pdf/2019/47-19MC458-19-BR.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

23 Cfr. CARVALHO, Edson F.; FERNANDEZ, Encarnación. El discurso de la modernidad y los derechos indígenas en Brasil. Bilbao: Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, n. 79, 2015.

autóctones expulsos de suas terras[24].

Portanto, é imprescindível que o marco temporal de ocupação seja abolido ou ao menos mitigado para possibilitar a adoção de políticas de reparação de injustiças históricas perpetradas contra os indígenas, evitar eventual responsabilização internacional, bem como para assegurar a esses povos o respeito a suas tradições e o direito à vida digna, ao qual o reconhecimento de suas terras está intrinsecamente relacionado.

Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462 Mato Grosso do Sul. Agravante: Tales Oscar Castelo Branco. Agravado: União, Ministério Público Federal e Funai. Relator: Min. Teori Zavascki, Brasília, DF, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub /paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Petição 3.388 Roraima. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 19 de março de 2009. Disponível em:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagi nador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 19 jun. 2021.

CARVALHO, Edson F.; FERNANDEZ, Encarnación. El discurso de la modernidad y los derechos indígenas en Brasil. Bilbao: Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, n. 79, 2015.

CARVALHO, Edson F. Princípios constitucionais relativos à proteção dos povos indígenas à luz do neoconstitucionalismo: a

24 Cfr. CARVALHO, Edson F. Princípios constitucionais relativos à proteção dos povos indígenas à luz do neoconstitucionalismo: a constituição como última rede de salvação dos povos indígenas e da diversidade cultural. In: GERRA, Roberta F.; SILVA, Fernando L. A. da; DEL NERO, Patrícia A. (Ed.). Neoconstitucionalismo em perspectiva. Viçosa: UFV, 2014. pp. 310-354; CARVALHO, Edson F.; RUIZ-GÁLVEZ, María E. F. Combatir falsos antagonismos a la luz de los hechos y del derecho internacional de los derechos humanos para salvaguardar a los pueblos indígenas brasileños. Quaderns electrònics sobre el desenvolupament humà i la cooperació, [s.l.], n. 2, pp. 24-41, 2014.

constituição como última rede de salvação dos povos indígenas e da diversidade cultural. In: GERRA, Roberta F.; SILVA, Fernando L. A. da; DEL NERO, Patrícia A. (Ed.). Neoconstitucionalismo em perspectiva. Viçosa: UFV, 2014. pp. 310-354.

CARVALHO, Edson F.; RUIZ-GÁLVEZ, María E. F. Combatir falsos antagonismos a la luz de los hechos y del derecho internacional de los derechos humanos para salvaguardar a los pueblos indígenas brasileños. Quaderns electrònics sobre el desenvolupament humà i la cooperació, [s.l.], n. 2, pp. 24-41, 2014.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 47/2019. Medida Cautelar No. 458-19, Miembros de la comunidad Guyraroká del Pueblo Indígena Guarani Kaiowá respecto de Brasil, pp. 1-8, 29 de septiembre de 2019. Disponível em: <http: //oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2019/47-19MC458-19-BR.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Observaciones Preliminares de la Visita in loco de la CIDH a Brasil. [S.l.], 12 noviembre 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPesp. pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2 .pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

CIDH. Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai. Mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C, nº 214. Disponível em: <https ://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

DAN, Vivian L. C.; ASSIS, Flavia B. S. de. A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas. Teoria Jurídica Contemporânea, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, pp. 263-285, jul.-dez. 2005. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/25496>. Acesso em: 17 jun. 2021.

DEMETRIO, André; KOZICKI, Katya. A (In)Justiça de Transição para os Povos Indígenas no Brasil. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, pp. 129-169, mar. 2019. Disponível em:<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28186>. Acesso em: 14 jun. 2021.

FERNANDES, Pádua. As terras indígenas e a (in)justiça de transição: o Supremo Tribunal Federal e a legitimação dos crimes da ditadura militar. In: SEMINÁRIO DIREITOS, PESQUISA E MOVIMENTOS SOCIAIS, 5., 2015, Vitória. Anais ... Brasília: IPDMS, 2015, pp. 1080-1093.

FUNAI. Relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra indígena Guarani-Kaiowá Guyraroká. Brasília: Funai, 2002.

PEREIRA, Deborah M. D. de B. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: Terra Indígena Limão Verde. In: ALCÂNTARA, Gustavo K; TINÔCO, Lívia N.; MAIA, Luciano M. (Org.) Índios, direitos originários e territorialidade. Brasília: Editora ANPR, 2018, pp. 76-105.

SANTANA, Carolina R. Direitos territoriais indígenas: o STF contra a Constituição. In: ALCÂNTARA, Gustavo K.; TINÔCO, Lívia N.; MAIA, Luciano M. (Org.) Índios, direitos originários e territorialidade. Brasília: Editora ANPR, 2018, pp. 451-479.

SILVA, José Afonso da. [Parecer jurídico sobre o marco temporal e o renitente esbulho]. São Paulo, pp. 1-25, 2016. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/si tes/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

Prisons in Brazil are unconstitutional, says the Federal Supreme Court. Now What?

Ana Beatriz Guimarães Passos[1]

Guilherme Saraiva Grava[2]

Summary: 1. Crisis in the Brazilian prison system and the ADPF n. 347 case; 2. The "unconstitutional state of affairs" of prisons; 3. Challenges for the future; Closing remarks.

Abstract: In 2015, the Federal Supreme Court of Brazil (Supremo Tribunal Federal - STF) granted a provisional measure during the proceedings of Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept n. 347/DF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347/DF) acknowledging the so-called "unconstitutional state of affairs" of the prison system in the country. In this precedent, the Justices recognized the existence of repeated violations of human rights within those facilities. However, it refrained from establishing a clear definition of this "state of affairs" and from giving a decisive and final decision on the matter. Years later, the proceedings are still ongoing while no consistent changes regarding the operation of detention centers have occurred. This article discusses three topics on this issue: the first section analyses the broad context of the Prison System in Brazil and the elements that characterize its humanitarian crisis that led STF to acknowledge its "unconstitutional state of affairs". Section two, then, discusses the meaning of this concept, its origins in Colombian Jurisprudence, and how the Brazilian Supreme Court applied the concept without clearly defining or adapting it to Brazilian reality. The last section discusses some of the consequences from STF's precedent and the positive and negative perspectives for the future of this topic in Brazil.

1 Lawyer. Researcher. Phd Candidate in Law and Development - FGV Direito SP (Mario Henrique Simonsen Scholarship). Master of Laws degree in Law and Development - FGV Direito SP. Bachelor of Laws degree - PUC/SP. Contact: anabeatrizgpassos@gmail.com.

2 Lawyer. Researcher. Professor at Centro Universitário Paulistano. Master of Laws degree in Law and Development - FGV Direito SP. Bachelor of Laws degree - PUC/SP. Contact: gsgrava@gmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Keywords: “Unconstitutional state of affairs”; Brazilian prison system; ADPF n. 347/DF; Federal Supreme Court of Brazil.

1. Crisis in the Brazilian prison system and the ADPF n. 347 case

Brazil has the third-largest prison population in the world: in the first half of 2020, the number of prisoners reached 753,966 people, 27% of them (209,257) still awaiting a final conviction (CNJ, 2021, p. 11). Prisons of the country are overcrowded, dirty and many are under the control of criminal organizations. In detention, people are submitted to violence, torture, and multiple violations of their rights to health, education, safety, and access to justice. This concerning scenario violates human rights protected by international treaties signed by Brazil, as well as the prerogatives established by the nation’s Constitution, its criminal laws, and the regulations of criminal procedures and enforcement - such as the Código Penal, the Código de Processo Penal, and the Lei de Execuções Penais.

These transgressions are well known and have moved different stakeholders to act - though none of their initiatives has been enough to generate the transformations necessary to solve this deadlock. Internally, for instance, the Chamber of Deputies (Câmara dos Deputados) has promoted during the last 40 years at least four different parliamentary inquiry commissions (Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI) on the topic: in 1976, 1993, 2008, and 2015[3]. Internationally, both the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court HR) and the United Nations (UN) have made recommendations to Brazil regarding the treatment of prisoners and the poor conditions of criminal facilities in the country (UN, 2012; 2016), “indicating the necessity of a reduction of the number of detainees as a way to tackle the issue” (CNJ, 2021, p.11, our

3 Such initiatives were reactions to events of national commotion, such as the Massacre of Carandiru in (1992) and the rebellion of Complexo Prisional do Curado (2015).

translation). The Inter-American Court, in particular, has granted since 1998 seven provisional measures to the Brazilian State related to this subject. Four of them are in effect ordering measures for the "protection of life and personal integrity of the population deprived of liberty in three penitentiary institutions and a socio-educational center [for adolescents] in different states and regions of Brazil" (I/A COURT HR, 2021, p. 3). But the challenges in those facilities remain.

In 2015, the political party PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) filed a complaint with the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal - STF), pleading the Justices to declare the existence of an "unconstitutional state of affairs" of the prison system and to take several measures to ensure the prevention and protection of prisoners against the human rights violations explained above (PSOL, 2015, p. 1). The Court received the plea and proceedings of the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 began in May of that year. In September, the Justices granted only two of the eight provisional measures requested by PSOL, as follows: (i) an order for the implementation, within 90 days, of a system of custody hearings by the courts of the country, allowing detainees to be brought before a judge during the first 24 hours of the arrest (as legally established by Article 7.5 of the American Convention on Human Rights, and by Article 9.3 of the International Covenant on Civil and Political Rights); and (ii) the release of funds, by the Federal Government, to the National Penitentiary Fund (Fundo Penitenciário Nacional). STF also determined that the Federal and state Governments should provide updated information regarding the current situation of prison facilities.

Though most of the requests by PSOL have been denied, the case has become a relevant judicial landmark in Brazil. For the first time, the Court framed the "scenario of massive and persistent violations of fundamental rights" of the prison system as

an “unconstitutional state of affairs”, that is, a context caused by “structural deficiencies and the failure of public policies” that can be overcome only by “comprehensive normative, administrative and budgetary measures” (STF, 2015, p. 3, our translation).

However, as of 2021, more than five years later, no final decision has been reached yet in ADPF n. 347, even though there has been a noticeable deterioration of the prison system since the previous year due to the Covid-19 pandemic. In May, before his retirement from the Court, Justice Marco Aurélio Mello cast his vote, reinstating his view on the subject as a widespread problem produced by a general failure of the public policies on the matter (STF, 2021, p. 21 e 22). The votes by the remaining Justices, 11 in total, are pending.

Even though no final verdict has yet been reached, the theoretical discussions about the topic remain relevant. In particular, it is necessary to discuss what STF meant when it defined, legally, the state of Brazilian prisons as under an “unconstitutional state of affairs” and whether the introduction of this new concept to the country’s Jurisprudence will mean a change in this unlawful scenario or if it is a terminology void of particular significance and meaning.

2. The “unconstitutional state of affairs” of prisons

The concept of the “unconstitutional state of affairs” was first introduced by the Colombian Constitutional Court in 1997 (Sentencia SU-559/97). Following that precedent, the judges incorporated it and used it again in many different contexts throughout the years. In all of these cases, as Pérez (2013, p. 86) explains, the Court identified systematic violations against the supremacy of the Constitution and the fundamental rights of the people produced not by a single fact or event but by structural causes. According to this view, the actions of a single entity or institution cannot be enough to overcome such threats, and the intervention of the Judiciary

is, then, justified (COLOMBIA, 2013, p. 27). And since the issues are complex and relevant, this intervention must not be limited, in scope, to the parties involved (PÉREZ, 2013, p. 86):

> The Constitutional Court has a duty to collaborate in harmony with the remaining bodies of the State to achieve its purposes [...] The duty of collaboration becomes imperative if the administrative remedies available can avoid the excessive use of litigation (acción de tutela). The finite sources available to the administration of justice are scarce. If enforcing the diligent accountability of the constitutional obligations of a particular authority contributes to reducing the number of constitutional lawsuits that, in another context, would inevitably be filled, such an action becomes the legitimate means by which the Court must exercise its function of protector of the integrity of the Constitution and the effectiveness of its mandates (COLOMBIA, 1997, p. 37, our translation).

By 2004, the Court had applied the "unconstitutional state of affairs" in eight of its legal precedents, dealing with many different situations, as follows:

> The Court has declared in eight different times the existence of an unconstitutional state of affairs. In the first time, this was done due to the lack of measures by the local governments to subscribe its teachers to the "Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", even though they had been performing wage deductions for pensions and other social services under the law (SU-559 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz). After this decision, the Court has declared the unconstitutional state of affairs on at least seven other occasions: 1) due to the situation of pensioners of the Caja Nacional de Previsión (T-068 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero); 2) due to the continuous violation of the detainees, whether those under investigation or prosecution, in the many prisons of the country (T-153 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; 3) due to the lack of a social security system for the healthcare of people under investigation or detained (T-606 y T-607 de 1998, MP José Gregorio Hernández Galindo); 4) due to the frequent delays in the payment of pensions during a long period at the department of Bolívar (T-525 de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz) and 5) of the department of Chocó (SU-090 de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero); 6) due to the lack of actions for the protection of human rights activists (T-590 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero) and 7) due to the lack of action regarding the summons of those approved

> on a contest for the position of notary (Sentencias SU-250 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero, y T-1695 de 2000, MP. Marta Victoria Sáchica Méndez) (COLOMBIA, 2013, p. 30, footnote 12, our translation).

Considering that the number of cases had multiplied in the few years since the concept was first introduced, the Court established, in Sentencia T-025/04, a list of six cumulative factors required to the declaration of an unconstitutional state of affairs, which have been applied in the cases that followed (such as T-068/10, T-701/12, T-388/13 and T-302/17). These six factors, below, are translated and adapted from the original text (COLOMBIA, 2004, p. 79 and 80):

1) the massive and widespread violation of distinct constitutional rights that affects a large number of people;
2) the persistent lack of action from the authorities in accomplishing their duties to guarantee those rights;
3) the adoption of unconstitutional practices, such as the incorporation of the acción de tutela as part of the procedures required to guarantee the undermined rights;
4) the inexistence of legislative, administrative, or budgetary expedients adequate to avoid the violation of those rights;
5) the existence of a social problem that can be overcome by the intervention of many entities, requiring the adoption of a complex and coordinated group of actions and a level of resources that depends on a relevant additional budgetary effort;
6) if all parties affected by the same problem utilize the acción de tutela to obtain the protection of their rights, major judicial congestion would be produced.

In its plea on ADPF n. 347, PSOL intentionally brought this concept of the "unconstitutional state of affairs" to STF and compared

the technique used by the Colombian Court in these precedents to those seen in Courts from the United States (at the prison reform cases), South Africa (Grootboom case), and Argentina (Verbitsky case) (PSOL, 2015, p. 12-14). Though these Courts did not use the same terminology, in all of these examples, the Judiciary was presented with "massive violations of rights caused by structural failures in public policies" that "demanded complex solutions [...] not fit to the Court's traditional role of [merely] invalidating normative acts" (PSOL, 2015, p. 14).

On the one hand, it may be said that PSOL was successful in this endeavor. By granting part of the provisional measures requested under the declaration that Brazilian prisons are, indeed, under an "unconstitutional state of affairs", STF verified the presence of these elements in the Brazilian case. That is, it defined the Brazilian prison system as a scenario where massive violations of human rights are endemic, where the public authorities in the three branches of Government (Judiciary, Legislative and Executive) lack in their response to the issue, where the complexity of the problem requires sophisticated solutions, and where there is a potential increase in litigation and judicial congestion if the Judiciary remains silent or passive (STF, 2015, p. 29-37). The Court, in this sense, did not refrain from accepting its role as a stakeholder in the reconstruction of these flawed public policies - on the contrary, it incorporated the idea that the Judiciary Branch has the power and the duty to break this deadlock by forcing the other actors to take a stand:

> Theoretical controversies are not enough to repel the conclusion that, once it is understood that the requirements of the unconstitutional state of affairs are present, the Court has the possibility to take part, in due measure, on primarily political decisions without clashing with the democratic principle and the separation of powers.
>
> The sharp violation of fundamental rights, configuring the transgression to human dignity and an existential baseline, justifies a more assertive role to be played by the Court.

> [...] Only the Federal Supreme Court is capable, in this circumstance, of overcoming the political and institutional barriers that have been preventing the achievement of solutions, which means the Court has to remove the other Branches from inertia, to catalyze the debates and new public policies, to coordinate the actions and to monitor the results. This is what is expected of this Court, and it cannot be forced to avoid intervention in the name of the democratic principle when the political channels are obstructed [...] (STF, 2015, p. 13).

On the other hand, however, PSOL wasn't yet successful in its attempt to extract from the Court more concrete measures to attack the issue. The Justices didn't take the opportunity (at least for now) to define, with rigor and consistency, what it understands as an "unconstitutional state of affairs" and how the factors and elements developed by the Colombian Court apply (or don't apply) to the Brazilian law and Jurisprudence. Though it has incorporated the general concept and accepted the role of an intervenor in the public policies established, STF did not create a clear interpretation of its own and did not adopt objective goals, tasks, and enforcement mechanisms to ensure accountability from the Executive, the Legislative, and the other courts of law in the country. These omissions, for the moment, put the benchmark decision in a fragile state, creating challenges yet to be overcome when the Court finally resolves the case in its definitive decision.

3. Challenges for the future

Though the final decision in ADPF n. 347 is yet to be determined by STF, the mere acknowledgment of the Brazilian prison system as problematic and unconstitutional has remarkable rhetorical strength and, as verified by Machado (2020), its effects may be spread to other courts of law. It is not possible, at the moment, to claim that this precedent so far represents a divide that has effectively changed (or not) the position of judges and other public authorities

on the issue of the prison system. However, the many times the concept of the "unconstitutional state of affairs" has already been mentioned, both by STF and by other courts in different contexts, may be seen, under an optimistic perspective, as these "historically hesitating instances taking their share of responsibility on the carceral problem" (MACHADO, 2020, p. 659, our translation).

As Machado (2020, p. 658) observes, the Judiciary may, indeed, have a distinct role as an actor concerned with long-term comprehensive issues traditionally understood as areas where only the Executive and Legislative branches had a part to play - and this may be the case of the prison system in Brazil. Under this perspective, as Taylor suggests (2008, p. 12), "judicialization can be seen as the extension of politics by other means": though the Judiciary "holds 'neither the purse nor the sword' – that is, neither the budgetary powers of the legislative branch nor the coercive powers of the executive", it "fulfills a vital political role" in arriving at decisions on public policy regarding topics that are controversial (TAYLOR, 2008, p. 14 and 15). As the author explains:

> Especially after policy has been implemented, it can be contested in the courts by a variety of actors from both the traditional political sphere and civil society more broadly. The Judiciary must necessarily address these cases – even against its own will and delaying to the maximum – meaning that it is forced to hear opinions that often run contrary to the predominant interests of the Executive-Legislative majority. (TAYLOR, 2008, p. 12).

Nevertheless, from a pessimistic perspective, it is also possible to notice that, by delaying its final decision on the case and avoiding a more objective and clear view on what constitutes the "unconstitutional state of affairs" of prisons and how to deal with it, the Supreme Court also acts as a supporter of the status quo. The Judiciary, as a whole, is a perpetrator of this state of affairs in Brazil, as it maintains a large number of provisional arrests

despite the availability of other cautionary means prescribed by the law and rarely opts to substitute prison for other sanctions such as community services and fines. STF explicitly refrained from acting upon these areas, denying most PSOL's requests that involved a sharper intervention of the Court on the Judiciary itself.

Moreover, there are still structural challenges that all the three Branches will have to address in the future. There is low investment in prison facilities. There is a need for policies to furthering access to justice. The criminal proceedings have not yet fully transitioned to digital technology and often last for many years. Measures that seek improvement of the conditions of incarceration are often seen as unpopular and given that Brazil is a developing nation where other public services are also lacking, financial and budgetary limitations often constitute paralyzing barriers. Prejudices by law enforcers, policymakers, representatives, judges, and other officials are also far from being overcome.

In conclusion, though the matter has a high degree of relevance and symbolism, all of these challenges are risks that may hinder its full potential in practice (PASSOS, LIGUORI FILHO e GRAVA, 2016, p. 4). It is possible to notice, on the positive side, a change in the Supreme Court's position. By declaring the prison system unconstitutional, STF makes explicit an issue that other courts and public authorities cannot ignore. In this sense, the "unconstitutional state of affairs" may prove to be a useful concept. However, a more technical and objective stance by the Court on the matter is still lacking. So on the negative side, there are still doubts about the effectiveness of this benchmark. Since a final decision by the Court is yet to be seen, both sides combined suggest the need for caution and skepticism in due measure.

Closing remarks

This paper discussed the Brazilian Supreme Court's first

decision applying the concept of the "unconstitutional state of affairs", a notion inspired by the Colombian Jurisprudence. This topic was addressed during the proceedings of ADPF n. 347, in 2015, when the Justices acknowledged the gravity of the human rights violations in the Brazilian prison system. Five years later, little has changed, but the benchmark decision has its strength in its symbolism: yes, to the Supreme Court, prisons in Brazil are under an unconstitutional state. But the challenges to change that reality are yet far from being over. Now what?

References

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU.559/97. Bogotá, 6 de noviembre de 1997. Available at: <https://bit.ly/2TYudVJ> Accessed on June 22nd, 2021.

____. Corte Constitucional. Sentencia T-025/04. Bogotá, 17 de junio de 2004. Available at: <https://bit.ly/3h54hBf>. Accessed on June 27th, 2021.

____. Corte Constitucional. Sentencia T-388/13. Bogotá, 28 de junio de 2013. Available at: <https://bit.ly/3jjPZxS>. Accessed on June 27th, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Informe sobre as medidas provisórias adotadas em relação ao Brasil. Brasília: CNJ, 2021. Available at: <https://bit.ly/3w2jOpv>. Accessed on June 27th, 2021.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (I/A COURT H.R). Matters of the Socio-Educational Internment Facility, of the Penitentiary Complex of Curado, of the Penitentiary Complex of Pedrinhas and the Criminal Institute of Plácido de Sá Carvalho regarding Brazil. Provisional Measures. Order of the President of the Inter-American Court of Human Rights of April, 20, 2021. Available at: <https://bit.ly/3A3di4V>. Accessed on June 27th, 2021.

MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é

inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. Revista de Investigações Constitucionais, v. 7, p. 631-664, 2020.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL). Petição inicial na ADPF nº 347 MC/DF. Brasília, 2015.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; GRAVA, Guilherme Saraiva. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. Boletim IBCCRIM, v. 283, p. 3-4, 2016.

PÉREZ, Juan Carlos Henao. El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. Revista de Economia Institucional, v. 15, n. 29, jun/dec 2013, pp. 67-102.

TAYLOR, Matthew M.. The judiciary and public policy in Brazil. Dados, Rio de Janeiro, v. 4, Selected Edition, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ADPF nº 347 MC/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 9 de setembro de 2015.

____. ADPF nº 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário Virtual, Voto do Relator, 28 de maio de 2021.

UNITED NATIONS (UN). Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil. UN General Assembly, Geneva, 29 January 2016, A/HRC/31/57/Add.4. Available at: <https://bit.ly/3jfFn3f>. Accessed on June 26th, 2021.

____. Report on the visit of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment to Brazil. UN Committee Against Tourture, Geneva, 5 July 2012, CAT/OP/BRA/1. Available at: <https://bit.ly/3qy0xv8>. Accessed on June 26th, 2021.

Pandemia e discurso do ódio na sociedade em rede: um debate entre dignidade humana e liberdade de expressão

Pandemic and hate speech in networked society: a debate between human dignity and freedom of expression

Luciana Faria de Carvalho[1]

Ricardo Pinha Alonso[2]

Sumário: 1. Novas mídias e a intensificação do discurso do ódio; 2. O conflito existente entre dignidade humana e liberdade de expressão; 3. A pandemia como ambiente a fomentar o discurso do ódio; Considerações. Referências.

Resumo: Estatísticas demonstram que o ódio e a polarização no discurso aumentaram após a ocorrência da Pandemia de Covid 19. O presente trabalho objetivou abordar o discurso do ódio na sociedade em rede e o debate existente entre dignidade humana e liberdade de expressão. Trata-se de uma análise dessa prática odiosa e polarizada que afeta não apenas a dignidade da pessoa humana que recebe tais ataques à sua personalidade, mas ao próprio estado democrático de direito. Empregou-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, objetivando o conhecimento das práticas de discursos do ódio no Brasil, tendo o ambiente pandêmico como fomentador. Constatou-se inicialmente, que com o aparecimento das novas mídias digitais, trazidas com a sociedade em rede, o discurso do ódio passou a contaminar as redes sociais. Numa análise comparativa entre Estados Unidos, Alemanha e Brasil,

1 Mestranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Marília-SP em parceria com a Escola Mato-Grossense de Magistrados (EMAM). Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), e em Direito Processual Penal, pela Universidade Gama Filho (UGF). Analista judiciária do TJMT. E-mail: luciana.carvalho@tjmt.jus.

2 Professor Doutor em Direito do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Coordenador e Professor titular - Faculdades Integradas de Ourinhos. Professor titular no Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Marília. Procurador do Estado de São Paulo. E-mail: ripial1@gmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

verificou-se que o princípio da dignidade é mais preservado na Alemanha em detrimento da liberdade de expressão, seguida pelo Brasil, com o uso do princípio da ponderação, enquanto que nos Estados Unidos se preserva fortemente a liberdade de expressão, por influência liberal. Percebeu-se também, o agravamento do discurso do ódio na pandemia de Covid 19, caracterizado por misoginia, racismo e preconceito contra índios e imigrantes, ressaltando também a obrigatoriedade da aplicação de medidas de remoção de conteúdo do ódio pelas redes sociais, no entanto, concluiu-se que o princípio da dignidade deve lastrear as relações humanas.

Palavras-chave: Discurso do ódio; Pandemia; Liberdade de expressão; Dignidade.

Abstract: Statistics show that hate speech and polarization increased after the occurrence of the Covid Pandemic 19. The present work aimed to approach the hate speech in the network society and the existing debate between human dignity and freedom of expression. It is a analysis of this hateful and polarized practice that affects not only the dignity of the human person who receives such attacks on his personality, but also on the democratic rule of law itself. The deductive method was used, with bibliographical research, aiming at the knowledge of the practices of hate speech in Brazil, having the pandemic environment as a promoter. Initially, it was found that with the appearance of new digital media, brought with the network society, hate speech began to contaminate social networks. In a comparative analysis between the United States, Germany and Brazil, it was found that the principle of dignity is more preserved in Germany to the detriment of freedom of expression, followed by Brazil, using the principle of weighting, while in the United States it is preserved strongly freedom of expression, by liberal influence. It was also noticed the worsening of hate speech in the Covid 19 pandemic, such as misogyny, racism and prejudice against Indians and immigrants, also emphasizing the mandatory application of measures to remove hate content by social networks, however, he concluded It should be noted that the principle of dignity must underpin human relations.

Keywords: Hate speech; Pandemic; Freedom of expression; Dignity.

1. Novas mídias e a intensificação do discurso do ódio.

Há tempos atrás, sem o auxílio do computador ou do celular,

a humanidade não possuía tão amplo poder de fala ou de discurso, numa sociedade verticalizada ou piramidal, ainda que o direito à liberdade de expressão já fosse reconhecido nas legislações mundiais.

É na sociedade da informação delineada por Daniel Bell[3], que surge a internet, período em que se tem como bem de consumo a informação, já que o conhecimento passou a ser difundido rapidamente na era do capitalismo informacional, numa sociedade pós-industrial.

Com o novo paradigma tecnológico, baseado na tecnologia da informação[4], que passa a ser um bem valioso, surge também um novo movimento que rompia com os paradigmas da modernidade, criando uma visão multidimensional, em que as partes se relacionam com o todo, fazendo com que a pós-modernidade trouxesse um ambiente propício ao crescimento da internet.

Assim, nos últimos tempos, porém, com o avanço das tecnologias de informação e comunicação (TICs), com a superação do paradigma piramidal[5] e a horizontalização do conhecimento na sociedade em rede de Castells[6], o direito à liberdade de expressão se popularizou no século XXI, amplificado ainda mais com o uso das redes sociais e plataformas digitais.

José Eduardo Faria[7] observa que com o aparecimento das novas mídias digitais também aumentou a polarização, tendo como consequência infundadas acusações, informações distorcidas, mentiras e narrações enviesadas, denominadas de fake news, propagando-se a desinformação nas redes, cujo controle é

3 BELL, Daniel. O advento da Sociedade Pós-Industrial. São Paulo. Cultrix. 1974, p. 299.

4 CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede. 21ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 74.

5 MOLINA. André Araújo. Os direitos fundamentais na pós modernidade .1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2017, p. 108.

6 CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede. 21ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

7 FARIA. José Eduardo (org.), in Valente, Mariana Giorgetti; Gasparian, Taís; Macedo Júnior, Ronaldo Porto. A Liberdade de expressão e as novas mídias (Debates) Editora Perspectiva S/A. 2020. pp. 4-5.

impossível até mesmo pelos tribunais eleitorais. Da mesma forma, o discurso do ódio ganhou corpo e passou a contaminar as redes sociais.

Complementa o autor, ao descrever a sociedade e a democracia digital, onde tudo parece ser aceitável, com seus discursos, mobilização e descontinuidade:

> Na sociedade digitalizada, tudo funciona a partir de mensagens e discursos que acenam com uma rejeição generalizada ao estado de coisas, prometendo soluções e redenções pela descontinuidade e a ruptura. A mobilização por meio de redes sociais possibilita vetos e protestos, mas não o labor argumentativo nem a construção de acordos com base num debate livre e crítico e a consecução de compromissos cívicos. O que é absurdo na democracia representativa, como ameaças de retaliação a anunciantes nos meios de comunicação, na democracia digital torna-se algo normal ou comum[8].

A expressão "discurso do ódio" se intensifica e propaga facilmente no ambiente cibernético, local em que a pessoa pós-moderna abriu mão de sua privacidade para expor sua intimidade nas plataformas e redes sociais, onde se tem a impressão de que não há limites para a liberdade de expressão. A internet é o fio condutor responsável por novos anseios pós-modernos, ligados às transformações digitais, atores sociais, com a sensação de relativização do tempo e das responsabilidades e reflexos das condutas humanas[9].

Quando uma pessoa se utiliza de um discurso para tornar menor outro semelhante, há um claro desrespeito, inicialmente ao princípio da igualdade, pois, num estado democrático de direito, todos somos iguais, não existindo raça, sexo, opção sexual que seja superiores a outra raça, além da violação da dignidade.

As minorias podem representar vários grupos em nosso país, tais como negros, mulheres, LGBTs, judeus, imigrantes, índios,

8 FARIA, op. cit, p. 149.

9 FAUSTINO, André. Fake News. A liberdade de expressão nas redes sociais na sociedade da informação. Lura Editorial. São Paulo: 2019. Ver a página.

militantes de direita ou de esquerda (ao se tratar da polarização política), religiosos das mais diversas crenças e tantos outros que podem ser vítimas da violência do discurso.

Vivemos numa sociedade complexa, caracterizada, historicamente, pela plurinacionalidade, cuja colonização foi feita inicialmente pela miscigenação entre índios, brancos, negros e não como forma de povoamento de apenas um povo, como ocorreu nos Estados Unidos. O Brasil surgiu como colônia de exploração, vindo para o nosso país todas as formas de raça, encontrando aqui os povos originários. Mas nossa forma originária não pode se justificar como causa do discurso do ódio, porque nos Estados Unidos ele também existe, não obstante ter tido uma forma de povoamento diversa da brasileira. Desse modo, difícil apontar as causas do discurso do ódio em fatores históricos ou jurídicos.

No entanto, sobre as causas do ódio no discurso nas mídias sociais, torna-se necessária trazer a observação de Posner[10] acerca do anonimato, ou da sensação de anonimato gerada pelos discursos em rede, já que a sensação de proteção que o usuário de computador possui é maior do que nos discursos presenciais, por exemplo, mesmo que sua identidade venha a ser descoberta após sua postagem.

Sem mencionar, ainda, que nas redes sociais é possível, muitas vezes, a criação de perfis falsos para a prática de condutas ilícitas e até mesmo para a disseminação dos discursos do ódio, acobertada pela falsa sensação de impunidade.

2. O conflito existente entre dignidade humana e liberdade de expressão.

Não há como debater o discurso do ódio sem passar pelos dois vieses, tanto dos direitos humanos, quanto da liberdade de

10 POSNER, Richard. The Speech Market na the Legacy of Schenck. In.: L.C. Bollinger e G. R. Stone (eds.), Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era. London: University of Chicago Press, 2002.

expressão.

A liberdade de expressão é analisada juridicamente de forma diversa em alguns países, de acordo com a história e experiência jurídica de cada um. Nos Estados Unidos ela é garantida na 1ª Emenda, sendo um princípio acima de todos os demais, prevendo que não será feita nenhuma lei pelo Congresso que possa reduzir a liberdade de expressão ou de imprensa. Os estudos que justificam a liberdade de expressão naquele país, acima de tudo, possuem ligações com a influência do Liberalismo e com a doutrina da primeira emenda, que se encontram transparecidas nos leading cases da Suprema Corte norte-americana.[11]

No país, vários movimentos de esquerda, denominados "No Plataform" eram comuns, no sentido de interditar os discursos do ódio, e de certa forma, não dar plataforma a esses discursos, por serem antidemocráticos.

Segundo estudos de FISS, há um leque extenso para compreensão da liberdade de expressão e de imprensa norte-americanas, existindo a teoria libertária e a teoria democrática. Na limitação da liberdade de expressão individual, há "contra-valores" baseados no liberalismo, como ordem pública e segurança nacional. Já a democracia, para FISS, tem o condão de colocar o Estado ao lado da liberdade de expressão, na medida em que se deve reduzir as vozes de uns para ouvir as vozes dos demais, sendo o discurso do ódio uma forma de discurso que deve passar pela regulação estatal. Assim, observa que pela teoria do efeito silenciador do discurso, de alguma forma haverá ofensa à liberdade de expressão dos grupos não hegemônicos que são excluídos do debate.[12]

Na Alemanha e na Europa em geral, pouco se tolera o discurso do ódio, privilegiando a dignidade humana, tendo em vista

11 JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Liberdade de Expressão: Que Lições Podemos Aprender com a Experiência Americana. in Valente, Mariana Giorgetti; Gasparian, Taís; Macedo Júnior, Ronaldo Porto. A Liberdade de expressão e as novas mídias (Debates). Editora Perspectiva S/A. 2020. p. 125

12 FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. pp 26,36.

o contexto do holocausto vivido naquele país, com a tendência de privilegiar os direitos humanos em detrimento do direito de liberdade de expressão.[13].

No Brasil a liberdade de expressão também é mais relativizada, encontrando limite no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, ao Judiciário é conferido certo grau discricionário para avaliar os limites da liberdade de expressão, sendo que as decisões, do STF, em sua maioria, baseiam-se na ponderação dos interesses em conflito.[14]

Um dos modelos paradigmáticos, considerados supostamente um leading case é, certamente, o julgamento do STF, no caso Elwanger, no HC 82.424/RS, sobre direito à liberdade de expressão e discurso do ódio.

Elwanger foi denunciado por incitação ao racismo (artigo 20, da Lei 7.716/1989), absolvido em primeira instância e condenado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul à reprimenda de 02 anos (com a aplicação da suspensão condicional da pena). Tendo recorrido ao STJ, que denegou a ordem, por, fim, dirigiu novo HC ao Supremo, com o argumento da extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição, alegando a defesa que nao se tratava de racismo porque judeus não eram considerados como raça.

O Habeas Corpus foi denegado e prevaleceu a alegação do princípio da ponderação, no entanto, houve por parte dos ministros diversos argumentos, tanto para o deferimento, quanto para o indeferimento do writ. Para o seu deferimento foi abordada a declaração de prescrição, visto que os judeus nao constituem raça, sendo impossível a condenação por crime imprescritível como o racismo, e ainda houve o argumento pela defesa da liberdade de expressão. De igual forma, para o indeferimento do

13 CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão.São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p.19.

14 JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Liberdade de Expressão: Que Lições Podemos Aprender com a Experiência Americana. in Valente, Mariana Giorgetti; Gasparian, Taís; Macedo Júnior, Ronaldo Porto. A Liberdade de expressão e as novas mídias (Debates). Editora Perspectiva S/A. 2020. p. 108.

writ houve argumentos que enveredaram pelos temas de tratados internacionais e, finalmente, pela ponderação dos bens em conflito, numa somatória de decisões individuais. [15]

Na análise de Streck[16] a teoria alemã nao foi aplicada da forma como o é naquele país, havendo a chamada mixagem teórica, abarcando a jurisprudência de valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy, que se desdobrou em uma não aplicação do texto constitucional em detrimento de escolhas de valores pelo julgador, porém, de uma forma subjetiva.

Assim, o julgamento paradigmático foi acompanhado tanto por argumentos em defesa da ponderação e em relação ao conflito existente entre o direito à liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. No entanto, percebe-se no Brasil, conforme ponderação de SILVA[17], uma "mixagem teórica (...) resultando em uma "ponderação" aplicada sem critérios seguros, e que serve, muitas vezes, de recurso para os julgadores empregarem posturas subjetivas", sendo o caso Elwanger um exemplo dessa prática, não obstante ter sido um resultado adequado à Constituição brasileira.

Oportuno trazer também, a título de exemplo e não de análise aprofundada, um julgamento conhecido da comunidade jurídica proferido pelo Tribunal de São Paulo em 2014, acerca do discurso do ódio proferido por meio de declarações homofóbicas. No conhecido caso Levy Fidelix, a argumentação daquela Corte não foi a negação do direito do então candidato presidencial em expressar sua opinião, mas o fato de suas declarações terem ultrapassado os limites da liberdade de expressão, incidindo-se em discurso do ódio, por empregar "palavras hostis e infelizes" a um grupo de

15 CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 155,156.

16 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 206.

17 SILVA, Bruna Marques da. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Supremo Tribunal Federal: uma analise de RHC nº 146303/RJ à luz da crítica da hermenêutica do direito. Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica v.6.n.2 (2020) – julho-dezembro. p. 17.

pessoas que "também são seres humanos" e que merecem respeito, em observação ao princípio da igualdade. Porém, o candidato foi posteriormente absolvido da acusação, a despeito, no entanto, de pagamento de multa milionária pelas palavras proferidas[18].

Assim, verifica-se que não há direitos absolutos em nossa Constituição Federal, sendo o conflito jurídico resolvido pelo princípio da Proporcionalidade e da Ponderação, quando se trata de direitos em mesmo status constitucional.

3. A pandemia como ambiente a fomentar o discurso do ódio.

O Brasil e o mundo passam por um momento em que a humanidade sofre os efeitos não apenas econômicos e sociais de uma crise pandêmica causada pelo vírus chinês, mas segundo pesquisas e notícias divulgadas na internet, demonstra-se que o período pandêmico amplificou a polarização e o ódio nos discursos. Sabe-se também que a violência está intimamente relacionada com o isolamento social causado pela pandemia.

Sobre essa temática, a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, criada em 2007, tendo sua sede na Áustria (Viena) lançou diretrizes em junho de 2021 para serem seguidas pelos 27 páises membros do seu bloco participativo, na luta contra as desigualdades crescentes e contra as ameças sobre a coesão da sociedade.

Foi demonstrado, ainda, que a pandemia de Covid 19 trouxe brechas nos direitos fundamentais, no que se refere à saúde, educação, emprego e proteção social. Além disso, o momento pandêmico "alimentou a discriminação, os crimes do ódio e o discurso do ódio contra minorias, em particular contra pessoas de

18 Apelação Cível n. 1098711-29.2014.8.26.0100, 4a Câmara de Dir. Privado, relator(a): Natan Zelinschi de Arruda, acórdão publicado em agosto de 2017).

origem imigrante e cigana".[19]

Segundo dados da BBC News, uma das causas do ódio no discurso no Brasil, tendo como mote a pandemia foi, por exemplo, contra indígenas, em virtude da disseminação de notícias em grupos de waths app no interior do país, que apontavam os nativos como responsáveis pela propagação da Covid 19, na comunidade, com dizeres típicos apontando que "isso não é gente", sendo as denúncias alvos de investigação do Ministério Público Federal[20].

Estudos da FGV (Fundação Getútlio Vargas) com o apoio da Embaixada da Alemanha em Brasília, sobre discurso do ódio em ambientes digitais, realizado entre novembro de 2020 a fevereiro de 2021 apontam que os principais temas no twiter e no facebook giram em torno de assuntos como misoginia e racismo. Também se apurou a intensificação do discurso sobre a censura, após as sanções às contas do então presidente dos Estados Unidos, Donald Trump[21].

O debate sobre liberdade de expressão, segundo a pesquisa, gira em torno dos seus limites e não de sua legitimidade, confirmando o papel das mídias digitais noticiosas no agravamento dos discursos do ódio, e revelou que, além das mídias, figuras públicas, principalmente, artistas e políticos são atores fundamentais para a expansão do debate político[22].

Também são alarmantes os dados referentes à remoção de conteúdo eivado de ódio durante a pandemia. Segundo relatório do Facebook, no 4º trimestre de 2020 foram removidos mais de 26 milhões de conteúdos caracterizados pelo discurso do ódio, a nível

19 TSF. Pandemia "alimentou discurso de ódio".10.jun.2021. Disponível em: https://www.tsf.pt/mundo/pandemia-alimentou-discurso-de-odio-agencia-da-ue-defende-garantia-dos-direitos-fundamentais-13822479.html. Acesso em: 20.06.2021.

20 LEMOS. Vinicius. BBC NEWS. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53541373. Acesso em 20.jun.2021.

21 FGV. Estudo inédito da FGV DAPP mostra tensão entre combate a discurso de ódio e acusações de censura nas redes sociais. 19.03.2021. Disponível em: https://portal.fgv.br/noticias/estudo-inedito-fgv-dapp-mostra-tensao-entre-combate-discurso-odio-e-acusacoes-censura-redes.Acesso em 20.jun.2021.

22 Ibid.

mundial, número 21% maior que no semestre anterior[23].

Porém, um ponto positivo a se observar é que com o auxílio de inteligência artificial (IA) 97% do conteúdo pode ser detectado e removido antes da denúncia do usuário, conforme dados do primeiro trimestre de 2021, que se comparados a 2017 essa taxa era de apenas 23%.[24]

Desde o marco civil da internet no Brasil (Lei 12.965/14), o provedor de aplicações de internet é corresponsável pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, acaso não tome providências para retirar ou indisponibilizar o conteúdo, após ordem judicial[25]. E isso vale para discursos eivados de tons odiosos, incitações a crimes e divulgação de fatos sabidos como mentirosos (fake News).

Um acordo entre o Facebook, Google, Microsoft e Twiter em 31 de maio de 2016 fez com que tais plataformas fossem obrigadas, a partir de então, num prazo de 24 horas, a avaliar os conteúdos de notificações para remoção do discurso do ódio[26].

Dessa forma, tornou-se possível contar com um aparato tecnológico um pouco mais coeso para não disponibilização e controle dos conteúdos odiosos.

No âmbito legal, tem-se a Leis 7.716/1989 que prevê a punição para os crimes de racismo, discriminação ou preconceito de raça, cor, religião ou procedência nacional, podendo ser nela inserida a punição a todas as formas de preconceitos divulgadas pela internet. Já a Lei 13.642/2018 prevê a punição à misoginia, quando o crime praticado por meio da rede difunda conteúdo misógino, definido como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres.

---

23 ROSEN, Guy. Facebook. Relatório de Aplicação dos Padrões da Comunidade, quarto trimestre de 2020. Disponível em: https://about.fb.com/br/news/2021/02/relatorio-de-aplicacao-dos-padroes-da-comunidade-quarto-trimestre-de-2020/. Acesso em 20.06.2021.

24 Ibid. Disponível em: https://about.fb.com/br/news/2021/05/relatorio-de-aplicacao-dos-padroes-da-comunidade-primeiro-trimestre-de-2021/.

25 CARVALHO, ANA Cristina Azevedo. Marco Civil da internet no Brasil: análise da Lei 12.965/14 e o direito de informação. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014, p 132.

26

Enfim, são diversos instrumentos na tentativa de coibir a prática do discurso do ódio, que poderão servir de estudos e reflexões para uma próxima pesquisa, no entanto, a dignidade da pessoa humana é o princípio que deve reger as relações interpessoais.

Considerações finais

Diante do presente estudo, percebe-se que a prática do discurso do ódio afeta não apenas a dignidade humana, mas o próprio estado democrático de direito, que para ser consolidado é necessário o entendimento do respeito às minorias, em observação ao Princípio da Igualdade, pois dessa forma, também haverá o respeito à liberdade de expressão.

Constatou-se também que, muitas vezes a prática do ódio no discurso é estimulada pela possibilidade de um falso anonimato nas redes, o que pode ser obtido, muitas vezes pela criação, por exemplo, de um perfil falso, o que traz uma falsa sensação de impunidade.

Sobre o conflito existente entre a dignidade humana e a liberdade de expressão, verificou-se que na Alemanha e na Europa em geral, a dignidade humana é privilegiada e pouco se tolera o discurso do ódio, em face das repercussões do holocausto e do nazismo.

No Brasil, a liberdade de expressão é mais relativizada, tendo a dignidade humana como limitadora e o emprego do princípio da ponderação da teoria alemã, no entanto, com uma mixagem teórica de argumentos, utilizando-se da teoria dos valores, em detrimento da aplicação do texto constitucional o que, segundo STRECK[27] pode facilitar a utilização de argumentos subjetivos pelo judiciário. Já nos Estados Unidos, a liberdade de expressão prevalece sobre a dignidade humana, tendo em vista a existência do modelo Liberal.

Se o discurso do ódio foi amplificado com as redes sociais e

27 Ibid.

plataformas digitais no limiar da sociedade da informação de Daniel Bell, verificou-se que é na pandemia que ele se amplia ainda mais, devido aos reflexos do isolamento, tendo como maiores vítimas, no facebook e twiter, os imigrantes, ciganos, índios, mulheres e negros. A misoginia e o racismo foram os principais assuntos alvos do ódio, segundo a Fundação Getúlio Vargas, sendo, igualmente alarmantes os dados de remoção de conteúdo odioso do Facebook.

Como ponto positivo da pesquisa, constatou-se que a inteligência artificial (IA) está sendo um importante instrumento para remoção do discurso do ódio na rede social do Facebook, apesar da presença do aparato legislativo das Leis 7.716/1989 e 13.642/2018 que prevêem punição contra o racimo e misogninia, respectivamente, sem olvidar, contudo, o respeito ao Princípio da Dignidade como orientador das relações humanas.

Referências

BELL, Daniel. O advento da Sociedade Pós-Industrial. São Paulo. Cultrix. 1974.

CARVALHO, ANA Cristina Azevedo. Marco Civil da internet no Brasil: análise da Lei 12.965/14 e o direito de informação. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014, p 132.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede. 21ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira : como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão.São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p.19.

FARIA. José Eduardo (org.), in Valente, Mariana Giorgetti; Gasparian, Taís; Macedo Júnior, Ronaldo Porto. A Liberdade de expressão e as novas mídias (Debates) . Editora Perspectiva S/A. 2020.

FAUSTINO, André. Fake News. A liberdade de expressão nas redes sociais na sociedade da informação. Lura Editorial. São Paulo: 2019

FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FGV. Estudo inédito da FGV DAPP mostra tensão entre combate a discurso de ódio e acusações de censura nas redes sociais. 19.03.2021.Disponível em: https://portal.fgv.br/noticias/estudo-inedito-fgv-dapp-mostra-tensao-entre-combate-discurso-odio-e-acusacoes-censura-redes.Acesso em 20.jun.2021.

JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Liberdade de Expressão: Que Lições Podemos Aprender com a Experiência Americana. in Valente, Mariana Giorgetti; Gasparian, Taís; Macedo Júnior, Ronaldo Porto. A Liberdade de expressão e as novas mídias (Debates). Editora Perspectiva S/A. 2020. p. 125

LEMOS. Vinicius. BBC NEWS. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53541373. Acesso em 20.jun.2021.

MOLINA. André Araújo. Os direitos fundamentais na pós modernidade.1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2017.

POSNER, Richard. The Speech Market na the Legacy of Schenck. In.: L.C. Bollinger e G. R. Stone (eds.), Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era. London: University of Chicago Press, 2002.

ROSEN, Guy. Facebook. Relatório de Aplicação dos Padrões da Comunidade, quarto trimestre de 2020. Disponível em: https://about.fb.com/br/news/2021/02/relatorio-de-aplicacao-dos-padroes-da-comunidade-quarto-trimestre-de-2020/.Acesso em 20.06.2021.

SILVA, Bruna Marques da. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Supremo Tribunal Federal: uma analise de RHC nº 146303/RJ à luz da crítica da hermenêutica do direito. Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica v.6.n.2 (2020) – julho-dezembro.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

Vigiar, reter e oprimir: uma breve análise sobre a (in)existência de assistência jurídico-social e ancoragem moral no caso das mulheres deslocadas internas

Watching, retaining and oppressing: a brief analysis of the (in) existence of legal and social assistance and moral anchorage in the case of internally displaced women

Guilherme Vieira Barbosa[1]

Sumário: Introdução. 1. Quem são os deslocados internos. 2. Mulheres deslocadas internas: um mergulho na vulnerabilidade de pessoas já oprimidas. 3. Da necessidade de mudança do pensamento e das medidas jurídico sociais aplicáveis às mulheres deslocadas internas. Considerações finais. Referências.

Resumo: Num mundo globalizado onde há o conflito entre valores gerados por sistemas que pregam conceitos distintos, há uma minoria que se encontra vulnerável e à mercê de quaisquer direitos efetivos, os deslocados internos, que são todo grupo numeroso de pessoas que foram forçadas, de forma súbita ou inesperada, a desenraizar-se e a abandonar as suas casas, fixando-se em locais diferentes no seu país, em razão de perseguições por razões diversas, mas que acabam não cruzando fronteiras, o que por si só gera graves e acentuados problemas, já que acabam se submetendo a condições de vida degradantes nos locais onde lhes são permitidos sobreviver. A situação se agrava ainda mais tendo em vista que os deslocados internos estão inseridos num contexto onde inexiste uma organização internacional específica para sua proteção, e pior, onde o próprio Estado de tais migrantes geralmente é o grande (ou único) propulsor e gerador dessas migrações internas de pessoas observadas dentro de suas fronteiras, o que o torna, na maioria das vezes, como o principal agente potencializador de resultados e agravamentos de violência, opressão e perseguição à situação já complicada desses grupos. A partir do levantamento bibliográfico e do método dedutivo,

1 Mestre e Doutorando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP) sob orientação do Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault. E-mail: guilhermevieirabarbosa@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

observa-se o panorama jurídico-social desses migrantes que fogem para sobreviver, mas em vez de encontrar respaldo no novo local que os acolhe, acabam encarando entraves, às vezes, ainda piores. Ademais, partindo da mesma premissa e metodologia, focar-se-á em analisar e expor os principais conceitos, questões e propostas que abarcam o panorama dessas pessoas reféns e vulneráveis de sua própria lamentável situação, e mais especificamente de grupos minoritários de direitos inseridos no âmbito já precário das migrações forçadas, como as mulheres deslocadas internas, existentes nas estranhas desse fenômeno migratório, já que as dificuldades que se levantam diariamente para efetivação dos direitos a elas inerentes fogem do controle e ultrapassam todo limite admissível de razão e bom senso, já que tais minorias frágeis lutam por preceitos basilares e direitos mínimos existenciais, tal como a ruptura do dogma de sujeito único e universal de direitos pautado em estereótipos e condições extremamente divergente das suas, o que acabam por acarretar em imensuráveis dificuldades de se desenvolverem e se inserirem no seu contexto social de maneira digna e formal, além de garantir e efetivar o seu direito de ter direitos como marco de tolerância e respeito à dignidade humana independente de estereótipos, como, os que causaram suas perseguições e migrações.

Palavras-chave: Deslocados internos; Mulheres; Migrações; Dignidade Humana; Diversidade.

Abstract: In a globalized world where there is a conflict between values generated by systems that preach different concepts, there is a minority that is vulnerable and at the mercy of any effective rights, the internally displaced, which are every large group of people who were forced, suddenly or unexpected, uprooting and abandoning their homes, settling in different places in their country, due to persecution for different reasons, but which end up not crossing borders, which in itself generates serious and accentuated problems, as they end up subjecting themselves to degrading living conditions in places where they are allowed to survive. The situation is even more aggravated given that internally displaced people are inserted in a context where there is no specific international organization for their protection, and worse, where the State of such migrants is usually the great (or only) driver and generator of these migrations of people observed within its borders, which makes it, in most cases, the main agent of potential results and worsening of violence, oppression and persecution of the already complicated situation of these groups. By the bibliographical survey and the deductive method, the legal-social panorama of these migrants who flee to survive can be observed, but instead of finding support in the new place that welcomes them, they end up facing obstacles, sometimes even worse. Furthermore, starting from

the same premise and methodology, it will focus on analyzing and exposing the main concepts, issues and proposals that encompass the panorama of these hostages and vulnerable people of their own regrettable situation, and more specifically of minority rights groups inserted in the already precarious context of forced migrations, such as internally displaced women, existing in the strangers of this migratory phenomenon, since the difficulties that arise daily for the realization of the rights inherent to them are beyond control and exceed any admissible limit of reason and common sense, already that such fragile minorities fight for basic precepts and minimum existential rights, such as the rupture of the dogma of a single and universal subject of rights based on stereotypes and conditions that are extremely divergent from their own, which end up causing immeasurable difficulties to develop and insert themselves in its social context in a dignified and formal manner, in addition to ensuring and implementing their right to have rights as a framework for tolerance and respect for human dignity regardless of stereotypes, such as those that caused their persecution and migration.

Keywords: Internally displaced persons; Women; Migrations; Human dignity; Diversity.

Introdução

O desenvolvimento da comunidade internacional e a intensificação das relações da sociedade de Estados que a compõe, tem gerado novos rumos que começam a ser traçados, novos benefícios e conquistas a serem almejados e alcançados, mas também novos desafios e questões que precisam ser lidados sob uma óptica cada vez mais humanista, justa, coletiva e igualitária, e dentre os vários, um dos que mais se destaca é a proteção dos grupos vulneráveis de pessoas, que estão à mercê de qualquer amparo jurídico-social e político e às vezes, dentro de seu próprio país, possuem até seus bens jurídicos fundamentais e direitos inerentes ameaçados ou já lesados pela opressão avassaladora do homem sobre o próprio homem.

É sob esse prisma que se insere o estudo dos deslocados internos, um dos grandes desafios para a humanidade do século atual, já que tal questão demanda um esforço para sistematizar as normas de proteção internacional, principalmente as aplicadas às diferentes

situações de migração, recepção, tolerância e acolhimento ao próprio nacional desamparado[2], visto que um dos árduos compromissos da comunidade internacional é o de aprimorar e efetivar a proteção dos direitos humanos basilares já assegurados a todas as pessoas em movimento[3] e que estão sem qualquer tutela e amparo nacional ou internacional devido a fatores estruturais e básicos, como por exemplo, a falta de efetividade e aplicação dos direitos e pressupostos oriundos da cidadania em si de um nacional dentro de seu próprio país, e que foi forçado a migrar para viver, o que atinge diretamente um direito fundamental do ser humano.

1. Quem são os deslocados internos

Assim, deslocados internos, denominados também como refugiados internos (em inglês, internally displaced people, ou a sigla IDP), são pessoas forçadas a fugir de suas casas, de suas regiões ou dos locais de moradia dentro de seu próprio país, mas, que de maneira diferente dos refugiados, não cruzam uma fronteira internacional para encontrar abrigo, proteção e amparo, permanecendo dentro de sua própria nação.

Em contexto geral, os deslocados internos fogem e migram por razões similares às dos refugiados (como por exemplo, conflitos armados, violências generalizadas, violações de direitos humanos, perseguição religiosa, de gênero ou étnica, etc.), mas permanecem dentro das fronteiras de seu país, e com isso, continuam legalmente sob proteção das autoridades do governo do seu país, ainda que esse governo possa ser o próprio causador do seu deslocamento.[4]

Portanto, em suma, os deslocados internos podem ser considerados

2 Cf. CHOLEWINSKI, Ryszard; PERRUCHOUD, Richard; MACDONALD, Euan. International migration law: developing paradigms and key challenges. Hage: T.M.C. Asser Press, 2007.

3 Cf. MCADAM, Jane. Book reviews, international migration law: developing paradigms and key challenges. International Journal of Refugee Law, Oxford, v. 19, n. 4, p. 776-779, 2007.

4 ACNUR. Deslocados internos. ACNUR. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/> Acesso em 25 fez. 2021.

todo e qualquer grupo numeroso de pessoas que foram forçadas, de forma súbita ou inesperada, a desenraizar-se e a abandonar as suas casas, fixando-se em locais diferentes no seu país. São as "pessoas que, por forças alheias as suas vontades, tiveram que deixar seus lares, a fim de proteger suas vidas, e que buscam proteção"[5].

2. Mulheres deslocadas internas: um mergulho na vulnerabilidade de pessoas já oprimidas

Não bastassem se encontrar em uma situação de grande vulnerabilidade, já que a situação dos deslocados internos se mostra como de pessoas suscetíveis à intensas incidências de questões frágeis e delicadas, existem ainda, dentre de seu cerne, grupos que se apresentam em circunstâncias ainda mais avassaladoras, já que se mostram em um panorama de extrema rendição para o contexto sociocultural e político a que estão inseridos, e dentre vários, vale-se aqui destacar o caso das mulheres deslocadas internas.

Sabe-se, que desde as transformações sociais despontadas a partir da década de 60 do século XX, a partir de incontáveis lutas, guerras e movimentos liberatórios[6], busca-se com grande anseio a desconstrução do ideal de um sujeito único universal, visando a ruptura transcultural dos ditames até então impostos sob o prisma "ideal" do "homem branco europeu", para alcançar a incompletude cultural em sua máxima possível, qual seja, a nova construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos[7].

E sob esta égide que se analisa a questão das mulheres, o que se mostra bem intrigante, já que mesmo a igualdade estando, há anos, na teoria, garantida e respaldada a todos os seres humanos, inclusive e principalmente às mulheres, nota-se que internamente

5 JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 164.

6 SCAVONE, Lucila. Estudos de gênero: uma sociologia feminista?. Revista Estudos Feministas, v. 16, n.1, p. 173-186, 2008.

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 48, p. 11-32, 1997

há discrepância no que é efetivado a cada grupo específico de mulher, já que se continua a constatar uma gritante distância e uma significativa diferença no que cerne à aplicação da liberdade e da igualdade plasmada na norma e sua efetiva concretização como direito, para determinados grupos femininos, como é o caso das mulheres que são deslocadas internas.

> "A igualdade perante a lei não é necessariamente igualdade de facto. Necessitamos que as trabalhadoras consigam a igualdade com os trabalhadores, não apenas perante a lei, mas também perante a vida. Para isto é preciso que as trabalhadoras intervenham cada vez mais na administração das empresas públicas e na administração do Estado."[8].

Assim, indubitavelmente, a situação das mulheres ainda se mostra extremamente delicada nos panoramas atuais comparadas com as demais classes e grupos formadores da sociedade atual. Contudo, a situação das mulheres deslocadas internas se apresenta em um espaço, em condições e num panorama ainda pior, já que em um contexto onde inexiste uma organização internacional específica destinada e criada para a proteção dos deslocados internos, pois o Alto Comissariado das Nações Unidas para o Refugiados (ACNUR) desempenha apenas papel e função subsidiária no assunto[9], gera-se implicitamente a ausência de vinculação ou obrigação de um determinado organismo ou ente internacional (ou mesmo órgão interno) em protegê-las.

Ora, se as condições "normais" de uma mulher no dia a dia já são duras e infinitamente mais árduas e rigorosas se comparadas com as pautadas na égide do "homem médio tradicional"[10], o contexto das mulheres deslocadas internas se mostra desesperador, pois nem a "normalidade" das demais mulheres de sua sociedade

8 CAMACHO, João (Coord.). Sobre a emancipação da mulher: situação da mulher na sociedade burguesa. Lisboa: Cadernos Cultura Popular, 1974. p. 49.

9 O ACNUR tem atuado de forma subsidiária na defesa e tutela mínima aos direitos e necessidades dos deslocados internos, mas seu foco primordial continua sendo a questão dos refugiados ao redor do mundo

10 Cf. BUTLER, Judith. Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

elas possuem, visto que estão eterna fuga para sobreviver. E pior, ante a ausência de um organismo internacional específico para sua tutela, como supracitado, a elas caberia apenas recorrerem ao seu Estado para ampará-las, já que este detém o controle, autonomia e domínio sobre seu território.

Todavia, como visto, na maioria das vezes e não raro é o caso do próprio Estado ser o propulsor e gerador das migrações internas de pessoas observadas dentro de suas fronteiras, o que o torna, na maioria das vezes, como o principal agente potencializador de resultados e agravamentos de violência, opressão e perseguição à situação já complicada desses grupos vulneráveis, como as mulheres e crianças deslocadas internas.

> "Elas que estão mais desprotegidas, as famílias monoparentais femininas,[...] As mulheres continuam a ser as mais pobres dos pobres, inclusivamente no pós-guerra [...] essas mulheres, algumas tinham sido raptadas, outras eram filhas de militares ou mulheres, quando era preciso eram também militares, quando não eram, estavam nos serviços de apoio, não tiveram direito a nada, passei em muitas comunidades rurais e urbanas e essas famílias eram as que estavam completamente à mercê, atacadas por doenças, não tinham ajuda para construir uma casa e trabalhar a terra, são quem vivem em piores condições, quem tem menos oportunidades, quem mais morre, são essas famílias e continuam a ser, os mais pobres dos pobres."[11]

Assim, essencial se mostra, primeiramente o reconhecimento, e posteriormente a devida tutela e amparo, aos grupos minoritários de direitos, como as mulheres deslocadas internas, existentes nas estranhas da sociedade moderna, já que as dificuldades e os entraves que se levantam a cada dia para a efetivação dos direitos a eles inerentes fogem do controle e ultrapassam todo limite admissível de razão e bom senso, já que tais minorias frágeis e vulneráveis lutam por preceitos basilares e direitos mínimos existenciais, tal como a ruptura do dogma de sujeito único e universal de direitos pautado em estereótipos e condições socioeconômicas (homem

11 HUMAN RIGHTS WATCH. Eles partiram as casas: desocupações forçadas e insegurança da posse da terra para os pobres da cidade de Luanda, Luanda/Nova Iorque: Human Rights Watch, 2007. 19-7a.

branco médio) extremamente divergente das suas. Beauvoir afirma "[a]grada-lhe (ao homem) permanecer o sujeito soberano, o superior absoluto, o ser essencial; recusa-se a considerar concretamente a companheira como sua igual." [12] Nesse mesmo sentido, Paulo Freire destaca o martírio diário sofrido há décadas pelas "subcategorias" dos severamente oprimidos dentro dos grupos vulneráveis, como o caso das deslocadas internas, sustentando que a:

> "grande tarefa humanista e histórica dos oprimidos [consiste em] libertar-se a si e aos opressores. Estes, que oprimem, exploram e violentam, em razão do seu poder, não podem ter, neste poder, a força de libertação dos oprimidos nem de si mesmos. Só o poder que nasça da debilidade dos oprimidos será suficientemente forte para libertar a ambos. Por isto é que o poder dos opressores, quando se pretende amenizar ante a debilidade dos oprimidos não apenas quase sempre se expressa em falsa generosidade, como jamais a ultrapassa. Os opressores, falsamente generosos, têm necessidade, para que a sua "generosidade" continue tendo oportunidade de realizar-se, da permanência da injustiça. A"ordem" social injusta é a fonte geradora, permanente, desta "generosidade" que se nutre da morte, do desalento e da miséria."[13]

3. Da necessidade de mudança do pensamento e das medidas jurídico sociais aplicáveis às mulheres deslocadas internas

Por isso, diante de um quadro desanimador de extrema perseguição, diante de um vetor político e socioeconômico desfavoráveis, diante de uma perseguição descontrolada e que transcende todas as bases de essência do ser de uma pessoa, e perante uma ordem social injustamente imposta[14], mostra-se minimamente essencial e necessário que exista um processo de conscientização geral dos oprimidos e sobre os oprimidos[15], nesse caso, das mulheres deslocadas internas, visto que

12 BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo. Lisboa: Bertrand Editora, 1987. p. 553.

13 FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1970. p. 30.

14 Cf. BUTLER, Judith. Precarious Life. Londres: Verso, 2004.

15 Cf. FASSIN, Didier. La raison humanitaire: une historie morale du temps présent. Paris: Seuil/Gallimard. 2010.

o maior anseio, que é a força de sua libertação[16], se encontra respaldado nelas mesmas.

A quebra de tais grilhões pelas mulheres deslocadas internas não ocorrerá e nem chegará pelo acaso, muito menos pelos seu flagelo em silêncio, pelo contrário, se dará pela prática de ações de intensa busca pelo conhecimento e reconhecimento das suas necessidades, das suas batalhas e na gana por vê-las superadas. E isso só ocorrerá quando sobrevier e se instaurar uma conscientização[17] de que inexiste diferença ou inferioridade de gênero, e principalmente com a noção solidificada de que todos somos seres humanos detentores do mais alto preceito da vida: a dignidade.

Mas medidas práticas precisam ser idealizadas e postas em ação, caso contrário, as mulheres que são forçadas a migrar internamente todos os dias, logo preferirão sucumbir desde já e sem sofrer do que se deslocar com intenso martírio e flagelo. Não basta ficarmos apenas no liame da discussão teórica e conscientização interna de uma sociedade, enquanto diariamente pessoas fogem e se deslocam dentro de seus países em colapso sociocultural apenas visando sobreviver, apenas para ter mais um dia de vida.

E dentre as várias perspectivas pragmáticas que se manifestam nesse sentido, embora ainda sejam discretos os esforços realizados atualmente, é de se destacar o relatório da ONU "Combater a violência baseada em género: uma chave para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio"[18], que apesar não de não tutelar especificamente apenas sobre os problemas das mulheres deslocadas internas, abarca o assunto das opressões em virtude de gênero e perseguições lastreadas na violência contra a mulher, razão pela qual visa explanar e propor iniciativas com a finalidade de alcançar e combater a exploração e o abuso sexual de mulheres nas situações

16 Cf. RAGO, Margareth; GALLO, Sílvio (orgs.). Michel Foucault e as insurreições: é inútil revoltar-se? São Paulo: Intermeios, 2017, p.363-374.

17 FREIRE, Paulo. Uma educação para a liberdade. Porto: Publicações Escorpião, 1972. p. 57-58.

18 ONU. Combater a violência baseada em género: uma chave para alcançar os objetivos de desenvolvimento do milênio, Nova Iorque: ONU, 2005.

consideradas, talvez, as maiores propulsoras de deslocados internos no mundo: nos conflitos armados.

De tal documento, é possível apontar como propostas de ações, ao nível macro, que visam combater ou minimamente amparar a situação de mulheres deslocadas internas, as seguintes: 1) Criação de um Comitê especial responsável pela investigação, através de meios e instrumentos legais aplicáveis a cada nação, dos casos de violência baseada em gênero, visando com isso também harmonizar os meios e institutos daquele país às necessidades e defesas dos grupos de mulheres vulneráveis e adaptar os instrumentos legais daquele Estado para promover a sua implementação em regiões onde a perseguição de gênero alcança patamares alarmantes e assustadores em razão da cultura, como na África e na Ásia; 2) Exercer pressão sobre o sistema legal, seja dos Estados ou do meio internacional, com o intuito de criar, aperfeiçoar e reforçar leis que abominem qualquer tipo de violência, sobretudo, sexual contra mulheres em situação de vulnerabilidade, ou qualquer outra em razão do gênero, tal como objetivando a declaração do estupro como um crime contra a humanidade, sobretudo quando tal delito é utilizado como instrumento de guerra ou inibição/opressão social sobre minorias; 3) Inserir a classe das mulheres em programas de desmilitarização e reinserção de âmbito interno ou internacional, reconhecendo-as assim como agentes autónomos; 4) Impulsionar e estimular a criação e implementação pelos Estados e organismos internacionais específicos de medidas preventivas e protetivas contra a violência de gênero em situações durante e pós-guerra; 5) Pautar pela defesa e inclusão dos Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos nos diálogos sobre política nacional e na legislação dos Estados ao redor do mundo; 6) Expor a questão de vulnerabilidade das mulheres em situações de conflitos, deslocadas internas ou não, através de mídia e campanhas visando a conscientização; 7) Estimular a criação e fortalecimento de ONGs que visam garantir e pressionar políticas públicas em prol das mulheres; 8) Facilitar os meios para denúncias de violência e perseguição contra mulheres, em situação de vulnerabilidade ou não; 9) Criar e fomentar locais especiais para refugiados e deslocados

internos em Estados com altos índices dessas questões, visando instituir em tais áreas maior facilitação e acesso a medidas preventivas, protetivas e formas de denúncia de violência baseada em gênero.

Todas essas propostas se mostram pontuais e extremamente necessária para trazer refrigério mínimo à situação das deslocadas internas, que se veem, na maior parte das vezes, à mercê total de qualquer assistência social em seus países, carecendo de amparo internacional para se sustentarem e aguentarem mais um dia, um único dia de cada vez, pois "no sentido do empoderamento, as dinâmicas dos eixos de poder – raça, classe, gênero etc. – podem fazer com que se criem resistências e mobilizações políticas individuais e coletivas entre os membros dos grupos marginalizados"[19].

Todavia, todas essas ações se mostrarão em vão se parcerias não forem firmadas entre organismos internacionais, em especial a ONU, e os vários setores e institutos sociais internos de cada Estado; bem como essencial se mostra a criação de órgão especializado de tutela dos direitos dos deslocados internos, assim como basilar é a necessidade de adoção e exigência pela ONU de padrões e códigos de conduta de seus Estados-membros, para que não apenas cessem as perseguições em si a todo ser humano, seja pelos entes estatais (forças armadas nacionais e polícia), seja pela própria sociedade em si, mas especialmente que não seja reconhecida ou mesmo promovida, ainda que indiretamente, qualquer tipo de violência de gênero contra grupos que já estão marginalizados e em situação de extrema vulnerabilidade, como as mulheres deslocadas internas.

Sabe-se que quanto maior a participação e presença ativa das mulheres nos campos de refugiados ou deslocados internos, apesar de maiores violações e transgressões em razão do gênero, também indubitavelmente maiores são os benefícios e qualidade de vida, não

19 MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro; FREITAS, Viviane Gonçalves. Gênero autonomia e subjetivação política de mulheres negras no Brasil. Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, ano XX, n. 40, ago./dez., 2017. p. 23

somente para elas, mas para a toda a comunidade[20]. É certo que em todos assentamentos e organizações formadas apenas por mulheres refugiadas ou deslocadas internas, ou então por sua esmagadora maioria, nota-se maior eficácia e destreza de funcionamento de tais organizações.[21] Ora, o que deixa nítido e cristalino que o problema jamais esteve com as mulheres em tal situação de vulnerabilidade; pelo contrário, nelas se encontra a solução e elementos para uma maior e melhor organização.

Assim, além das ideias e medidas já postas em práticas nos campos de refugiados e de IDPs que visam diminuir e amenizar as violências e transgressões de gênero (tais como colocar banheiros e bebedouros em locais iluminados, instituição de programas de educação e saúde sexual, distribuição de apitos e lanternas à mulheres e meninas, etc.), outras propostas e medidas, mais amplas, complexas, sérias e extensivas, precisar ser acrescentadas e colocadas em prática visando o fortalecimento das mulheres como pessoas participativas e decisivas do meio que estão inseridas, já que isso (quando estão no controle), como visto, se mostra bem melhor na realidade dos campos.

Por isso, vale mencionar a importância, dentre várias medidas, a criação de comissões com participação ativa das mulheres nos campos de refugiados e IDPs visando instituir uma voz permanente e ativa contra a violência sexual e de gênero de quaisquer outro tipo, e principalmente a concessão às mulheres deslocadas internas de uma maior participação nos processos de administração e exercício de poder dos aludidos campos, tais como poder decisório sobre realojamento e distribuição das provisões básicas, dentre outros, o que por si só demonstraria atribuição de competências e autoridades, e com isso, levaria a maior autonomia, capacidade política e oportunidades das mulheres no compartilhamento de suas experiências antes e durante os conflitos que as fizeram se deslocar, assumindo posições até então exercidas majoritariamente

20 Cf. COHEN, Roberta. Refugee and Internally Displaced Women: a development perspective, Washington DC: The Brookings Institution, 1995.
21 Cf. COHEN, Roberta. op. cit.

apenas por homens, e com isso, iniciado a tão sonhada conquista da transformação da sociedade no que cerne às questões de gênero e às pessoas em deslocamento.

Considerações finais

A mera e simples proteção formal, sem ferramentas pragmáticas, aos direitos das minorias migrantes, como as mulheres deslocadas internas, não será jamais suficiente para resolver o problema de integração inadequada delas ao contexto socioeconômico a que estão inseridas e que por elas é enfrentado diariamente como migrante. Mostra-se necessário a conjunção de esforços na difusão dos mecanismos jurídico-sociais de amparo, resguardo e proteção dos deslocados internos, bem como a implementação de políticas e ações de conscientização pública entre os próprios migrantes versando sobre a migração por ameaça de subsistência e a dificuldade encontrada por questões de gênero.

O primeiro passo no caminho para a integração das deslocadas internas à sociedade que as acolhe e estão inseridas perpassa pela necessidade de acolhimento e inserção no contexto jurídico-social e político em si, e aí incluído uma vida digna pautada em cargos, posições, liberdade e tomada de decisões, pois este é a forma pela qual a migrante forçada conseguirá proporcionar meios de reconhecimento socioeconômico, fixar raízes e desenvolver muito mais que uma banal sobrevivência; desenvolverá subsistência digna.

A ausência de reconhecimento e valorização das mulheres deslocadas internas, pelo simples fato de serem do gênero feminino, que migram diariamente, mas se veem impedidas de atravessar nas fronteiras é brincar com um acaso que se sabe muito bem qual é o destino. Deslocados forçados não podem mais continuar a mercê e à margem do processo de garantia dos direitos inerentes ao próprio homem afirmados pelas legislações pátrias, não podem mais encontrar tamanhos entraves para ver suas garantias efetivadas, não podem

enfrentar condições precárias de desinformação e garantia dos seus direitos somada ao preconceito por estereótipos e sexo. Não se todos queremos ter um futuro. Todos, sem exceção. A batalha é a mesma: a intensa e incansável procura por plenas condições de inserção social e autossustento. E essa luta não é de uma estrangeira que precisou deslocar para sobreviver, mas do ser humano como ápice de sua diversidade.

Referências

ACNUR. Deslocados internos. ACNUR. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/> Acesso em 25 fez. 2021

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo. Lisboa: Bertrand Editora, 1987.

BUTLER, Judith. Precarious Life. Londres: Verso, 2004.

_____. Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CAMACHO, João (Coord.). Sobre a emancipação da mulher: situação da mulher na sociedade burguesa. Lisboa: Cadernos Cultura Popular, 1974.

CHOLEWINSKI, Ryszard; PERRUCHOUD, Richard; MACDONALD, Euan. International migration law: developing paradigms and key challenges. Hage: T.M.C. Asser Press, 2007

COHEN, Roberta. Refugee and Internally Displaced Women: a development perspective, Washington DC: The Brookings Institution, 1995.

FASSIN, Didier. La raison humanitaire: une historie morale du temps présent. Paris: Seuil/Gallimard. 2010.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1970.

_____. Uma educação para a liberdade. Porto: Publicações Escorpião, 1972.

HUMAN RIGHTS WATCH. Eles partiram as casas: desocupações forçadas e insegurança da posse da terra para os pobres da cidade de Luanda, Luanda/Nova Iorque: Human Rights Watch, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Editora Método, 2007.

MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro; FREITAS, Viviane Gonçalves. Gênero autonomia e subjetivação política de mulheres negras no Brasil. Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, ano XX, n. 40, ago./dez., 2017.

MCADAM, Jane. Book reviews, international migration law: developing paradigms and key challenges. International Journal of Refugee Law, Oxford, v. 19, n. 4, p. 776-779, 2007

ONU. Combater a violência baseada em género: uma chave para alcançar os objetivos de desenvolvimento do milênio, Nova Iorque: ONU, 2005.

RAGO, Margareth; GALLO, Sílvio (orgs.). Michel Foucault e as insurreições: é inútil revoltar-se? São Paulo: Intermeios, 2017, p.363-374.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 48, p. 11-32, 1997.

SCAVONE, Lucila. Estudos de gênero: uma sociologia feminista?. Revista Estudos Feministas, v. 16, n.1, p. 173-186, 2008

Projeto de Lei 490 de 2007 e seus impactos para os direitos dos povos indígenas ao território

Legislative proposal 490 from 2007 and its impacts on indegenous peoples rights to the territory

Clara Raquel Nascimento Silva[1]

Sumário: 1. Contextualização. 2. Principais alterações trazidas pelo Projeto de Lei 940/2007. 3. Procedimento atual de demarcação de Terras Indígenas. 4. Divergência do conceito de terra indígena. 5. Estado esquiva-se da proteção da cultura indígena para legitimar a retomada de posse pela União. 6. Considerações Finais.

Resumo: O projeto de lei 490, apesar de proposto em 2007, encontra-se em 2021 em vias finais de aprovação perante o Congresso Nacional. Seu texto, que encontra veemente reprovação pelas representações indígenas em todo o país, representa um grave retrocesso nas conquistas oriundas de muita luta pelos povos indígenas do Brasil, além de representar uma ameaça ao direito de posse de suas terras constitucionalmente garantido. Diante deste cenário, foi realizada uma Pesquisa Bibliográfica, objetivando analisar três pontos principais do texto do projeto, a partir da confrontação com a legislação pátria, bem como com dispositivos internacionais que versam sobre direitos de populações indígenas. Por meio de um método dedutivo, analisando os dados por meio de análise de conteúdo, observou-se a clara intenção do projeto de alterar a concepção de terra indígena consolidando um entendimento aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, conhecido como tese do marco temporal. Também, foi analisada a previsão trazida pelo projeto em permitir, mesmo depois de demarcada a terra indígena, nova destinação à terra diante de alteração cultural do povo indígena que a ocupava, resgatando a concepção de integração do indígena à sociedade, estratégia utilizada no período colonial que foi responsável pela perda de diversas populações indígenas em todo o mundo.

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida, Mestranda no Programa de Pós- Graduação em Direitos Humanos da UFPE, contato: clararaquelnascimento22@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Palavras-chave: terras indígenas; projeto de lei 940; marco temporal.

Abstract: The legislative proposal 490, despite being presented in 2007, is in 2021 in the final stages of approval by the National Congress. His text, which finds vehement disapproval by indigenous representations across the country, represents a serious setback in the achievements arising from much struggle for indigenous peoples in Brazil, in addition to representing a threat to the constitutionally guaranteed right to the territory. In this scenario, a Bibliographic Research was carried out, aiming to analyze three main points of the project text, from the confrontation with the national legislation, as well as with international provisions that deal with the rights of indigenous populations. Through a deductive method, analyzing the data through content analysis, the clear intention of the project to change the concept of indigenous land was observed, consolidating an understanding applied by the Federal Supreme Court in 2009, known as the time boundry thesis. Also, the forecast brought by the project in analysis, even after demarcating the indigenous land, a new allocation to the land was analyzed in view of the cultural change of the indigenous people who occupied it, rescuing the concept of integration of the indigenous into society, a strategy used in the colonial period which was responsible for the loss of diverse indigenous populations around the world.

Key-words: indigenous territory; legislative proposal 490; time boundry.

1. Contextualização

A luta dos povos indígenas no Brasil remonta ao primeiro contato entre povos originários e invasores durante a expansão marítima europeia. Nos séculos seguintes, a história brasileira foi marcada pela dizimação e escravização de povos indígenas,[2] além da invasão de seus territórios, a exemplo da utilização da Lei de Terras de 1850, que legitimou a invasão dos territórios indígenas.[3] Sete textos constitucionais depois, após participação

2 LOPES, Ana; MATTOS, Karine. O direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília n. 43, n. 170, p. 221 – 234, abr./jun. 2006.

3 JUNIOR, Tercio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, 2004, jan./jun. p. 689-699.

e reivindicação de indígenas de todo o país, vive-se sob o manto da atual Constituição de 1988, que reconheceu o direito originário das populações indígenas a, entre outros pontos, gozar da posse de seus territórios.[4]

Está em votação no Congresso Nacional um Projeto de Lei que pode alterar todo o procedimento de terras indígenas no Brasil. Diante da tramitação no legislativo,[5] grupos de indígenas de todo o país têm feito pressão em Brasília pelo arquivamento do projeto, contudo, este já se encontra caminhando para os plenários das Casas Legislativas.

Dessa forma, diante deste cenário preocupante de ataque aos direitos de populações indígenas, este trabalho fez uma análise do Projeto de lei 490 de 2007, a partir do último parecer apresentado pelo Relator, Deputado Arthur Oliveira Maia (DEM-BA) dia 15 de maio de 2021. Por meio do método dedutivo, foram analisados os dados coletados por meio de Análise de Conteúdo. Foi feita, assim, uma análise, partindo-se de uma Revisão de Literatura das principais alterações trazidas pelo referido Projeto de Lei, seus possíveis impactos para as terras indígenas no Brasil do ponto de vista jurídico constitucional, bem como à luz da legislação internacional de Direitos Humanos.

2. Principais alterações trazidas pelo Projeto de Lei 940/2007

Apresentado pelo Deputado Federal Homero Pereira, o Projeto de Lei 490 de 2007 tem por objetivo alterar o Estatuto do Índio, lei 6.001 de 1973, criticando a atuação da FUNAI no processo atual.

> Dessa forma, embora esteja amparada na Lei n° 6.001/73, a FUNAI vê-se compelida a exercer seu juízo discricionário sobre questões complexas que extrapolam os limites de sua

4 CAVALCANTE, Thiago. “Terra indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. Revista História, São Paulo, v. 35, e75, 2016.

5 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 491/2007. Atividade Legislativa, Projetos de Lei e outras disposições.

> competência administrativa.
>
> O Congresso Nacional está alijado do processo, não por falta de determinação constitucional, mas por falta de uma norma infraconstitucional que, em sintonia com o art. 2º, da Constituição Federal, faça a necessária alteração da norma legal vigente, em obediência ao disposto no art. 48. Falta, pois, ao Poder Legislativo aprovar alteração da Lei n° 6.001, a fim de adequá-la ao texto constitucional. [6]

A partir da referida argumentação, alega o Deputado que a propositura do projeto de lei se faz necessária para adequar-se às previsões da Constituição, no entanto, conforme se verá mais à frente, as alterações propostas revelam a clara intenção de proteger a propriedade de particulares em detrimento do retardo de transferência da posse para os povos indígenas.

Ao longo dos anos seguintes, em meio à tramitação na Câmara dos Deputados, outros projetos de lei foram apensados ao mesmo projeto. Assim, o PL 490 conta atualmente, conforme Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, com mais treze projetos de lei apensados, seguem alguns deles:

> O Projeto de Lei n° 3.700, de 2020 (...) inversão da posse somente poderá ocorrer após a conclusão do processo demarcatório.
>
> O PL n° 2.302, de 2007 (...) determinando, entre outras providências, que a demarcação de terras indígenas seja feita mediante lei.
>
> O PL n° 2.311, de 2007 (...) estabelecendo critérios para identificação e delimitação das terras indígenas.
>
> O PL n° 3.896, de 2012 (...) dispondo sobre indenização de detentores de títulos.
>
> O PL n° 1.003, de 2015 (...) estabelece que as desocupações por desapropriações resultantes da demarcação de terras indígenas e quilombolas só serão efetivadas após o pagamento da justa indenização em dinheiro, calculada sobre o valor da terra e benfeitorias, ao seu legítimo proprietário ou a quem detenha a sua posse de boa-fé, atestada por qualquer documento público.
>
> O PL n° 5.993, de 2009 (...) as condicionantes para a

6 BRASIL. Câmara dos Deputados – Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Projeto de Lei 490/2007. Altera a Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021.

> demarcação das terras estabelecidas por ocasião do julgamento e apreciação de matéria relativa à demarcação da terra indígena "Raposa Serra do Sol" no Supremo Tribunal Federal.
>
> O PL n° 2.479, de 2011(...) determina que a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será submetida à aprovação do Congresso Nacional, nos termos dos arts. 22, XIV, 49, X e 231 da Constituição Federal.[7]

Assim, tendo por base o texto do Substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania em 12/05/2021, foram extraídos os pontos que serão analisados e enfrentados no próximo tópico deste artigo.

O primeiro deles consiste na mudança do procedimento de demarcação de terras, a ser transferida da competência da Funai para o Congresso Nacional. O segundo, na consolidação do entendimento construído pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a legalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, aplicando critérios específicos para a configuração de terra indígena, refletindo a tese do fato indígena. Exige-se, portanto certos requisitos para a caracterização de terra indígena, sendo estes:

> Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, eram simultaneamente:
>
> (...)
>
> § 2o A ausência da comunidade indígena na área pretendida em 05 de outubro de 1988 descaracteriza o enquadramento no inciso I do caput, salvo no caso de renitente esbulho devidamente comprovado.[8]

Dessa forma, a proposta consiste na aplicação da tese do marco temporal, para qual, apenas compreende-se como terra

7 BRASIL. Câmara dos Deputados – Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Projeto de Lei 490/2007. Altera a Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2009613&filename=Tramitacao-PL+490/2007 > Acesso em: 15/06/2021.

8 BRASIL. Câmara dos Deputados – Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Projeto de Lei 490/2007. Altera a Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021.

indígena aquela tradicionalmente ocupada pelo povo na data de promulgação da Constituição de 1988, ou que nesta mesma data estivesse sob disputa judicial. Após o julgamento, já se denuncia os perigosos impactos que tem resultado em severos retrocessos. "Com essa data simbólica, porém antropologicamente aleatória e arbitrária, diversos processos de demarcação vem sendo contestadas nos tribunais regionais, ao não se poder provar que um grupo indígena tenha estado em ocupação de uma certa área naquela data."[9]

O terceiro ponto destacado consiste da possibilidade de que a área indígena possa deixar de sê-la, resgatando uma visão integracionistas das populações indígenas, além de não deixar claro em seu texto quais as circunstâncias que caracterizariam uma alteração de traços culturais e justificam a retomada da posse.

> Seção II
>
> Das áreas indígenas reservadas
>
> Art. 16. São áreas indígenas reservadas as destinadas pela União à posse e ocupação por comunidades indígenas, de forma a garantir sua subsistência digna e preservação de sua cultura.
>
> §4o Caso, em razão da alteração dos traços culturais da comunidade ou por outros fatores ocasionados pelo decurso do tempo, seja verificado não ser a área indígena reservada essencial para o cumprimento da finalidade mencionada no caput, poderá a União:
>
> I – retomá-la, dando-lhe outra destinação de interesse público ou social;
>
> II – destiná-la ao Programa Nacional de Reforma Agrária, destinando-se os lotes preferencialmente a indígenas que tenham, caso tenham aptidão agrícola e assim desejem.[10]

A leitura flutuante dos pontos destacados acima já antecede

9 GOMES, Mércio. Os Índios e o Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo, 1ª Edição, Editora Contexto, 2018, p. 113.

10 BRASIL. Câmara dos Deputados – Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Projeto de Lei 490/2007. Altera a Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021.

a discussão que aqui teve lugar, visto que, conforme resumo dos projetos de lei apensados, nota-se um claro interesse de favorecer aqueles que economicamente se beneficiam com o aproveitamento econômico de terras indígenas, como bem preleciona Gomes:

> Em segundo lugar, as demarcações foram facilitadas porque o valor das terras nos estados agrícolas estava baixo o suficiente para que os ocupantes fazendeiros ou posseiros abrissem mão das terras irregularmente ocupadas (agora reconhecidas como indígenas), pelo valor das indenizações sobre as benfeitorias nela contidas. Com efeito, com a valorização astronômica destas terras em virtude da expansão do agronegócio nos últimos 15 anos, os fazendeiros passaram a colocar dificuldades de toda sorte, e não menos com a mediação de advogados traquejados nas lides agrárias e nos tribunais regionais[11].

3. Procedimento atual para demarcação de Terras Indígenas

Apesar dos avanços legislativos no Brasil, ainda estamos muito longe de proteger as populações indígenas, conferindo-lhes autonomia, a exemplo de Equador e Bolívia, que adotam o plurinacionalismo.[12] A Constituição de 1988 é ainda, um dos primeiros passos.

> Desde a Constituição Federal, o procedimento de demarcação das terras indígenas tem sido modificado ao longo dos anos, porém, sempre sob a iniciativa e prerrogativa da Funai. Em linhas gerais, cabe ao órgão: reconhecer as demandas indígenas; analisar seu mérito; delimitar, junto com os índios interessados o perímetro da terra; publicar o relatório antropológico para ser revisado ou contestado por terceiros; analisar as objeções, reconhecê-las em todo, em parte ou denegá-las; e, após o aval do Ministério da Justiça, contratar empresas de demarcação para realizar a tarefa in situ. Por fim, colher as cadernetas de demarcação, fazer os mapas com limites e levar o produto final para o Ministério da Justiça determinar suas últimas averiguações e decisões para chegar à Presidência da República para homologação

11 GOMES, Mércio. Os Índios e o Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo, 1ª Edição, Editora Contexto, 2018. P. 114.

12 GASPARINI, Marcelo; RODRIGUES, Saulo. Dignidade da pessoa humana na perspectiva do novo Constitucionalismo Latino-Americano. Curitiba, Editora Juruá, 2016.

final. [13]

O minucioso procedimento acima descrito visa concretizar todo o processo técnico investigando, por meio de um estudo antropológico, qual a área que deve ser entendida por indígena de acordo com os atuais critérios estabelecidos na Constituição. Ainda, o procedimento, em sede administrativa, respeita o livre contraditório, permitindo que terceiros possam contestá-lo no tempo devido. Desde o início dos processos, a Funai já contabiliza 441 territórios regularizados, mas ainda cerca de 245 estão em processo de demarcação. Uma vez aprovado o Projeto de Lei 490, todos esses processos ficam fragilizados pelo novo conceito de terra indígena. Ressalta-se ainda que nos últimos anos, partir do governo de Dilma Rousseff, o ritmo de homologação tem caminhado para uma paralisação,[14] havendo terras indígenas aguardando há cerca de 9 anos por homologação.[15]

4. Divergência do conceito de terra indígena

A interpretação do artigo 231 da Constituição Federal tem recebido dois tratamentos desde a sua promulgação. O primeiro entendimento, do indigenato, consiste numa visão de que esse direito é apenas declarado pelo texto constitucional, não criado por este, tanto que o próprio constituinte estabeleceu um prazo de cinco anos para a conclusão de demarcação de todos os territórios indígenas no Brasil.[16] Segundo esta visão, são os direitos dos povos indígenas igualados aos direitos fundamentais do

13 GOMES, Mércio. Os Índios e o Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo, 1ª Edição, Editora Contexto, 2018. P. 113

14 SOZUA, Oswaldo. Com pior desempenho em demarcações desde 1985, Temer tem quatro Terras Indígenas para homologar. Instituto Socioambiental, 19 abr. 2018. Disponível em: < https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/com-pior-desempenho-em-demarcacoes-desde-1985-temer-tem-quatro-terras-indigenas-para-homologar > Acesso em: 24/06/2021.

15 INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. A omissão do governo federal na homologação das Terras Indígenas ameaça os povos indígenas no exercício de seus direitos universais. Programa de Monitoramento de Áreas Protegidas. Disponível em: < https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/nota_tecnica_monitoramento.pdf > Acesso em: 25/06/2021.

16 JUNIOR, Tercio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, 2004, jan./jun. p. 689-699.

artigo 5º do mesmo texto, sendo portanto cláusulas pétreas,[17] que não poderiam ser alteradas sequer por Emenda Constitucional, levantando a possível inconstitucionalidade do Projeto de Lei 490.

Noutro polo, teoria do fato indígena,[18] originária do julgamento no Supremo Tribunal Federal em 2009 da legalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no qual interpreta o tribunal pela necessidade de comprovação de posse tradicional do povo indígena na respectiva terra.[19] A comprovação de posse, bem como demais critérios aplicados neste julgamento foram incluídos no Projeto de Lei aqui analisados, consolidando assim um entendimento que não se encontra tão estável na Egrégia Corte, destacando-se o julgamento pendente da terra indígena de Xokleng.[20]

Além do julgamento de 2009, o referido Projeto de Lei também ressalta a Súmula 650 da mesma Corte[21] e o Parecer 05 GMF 05 da Advocacia Geral da União[22], ambos defendendo a necessidade de preenchimento de critérios, como a presença do povo indígena em questão no respectivo território precisamente em 05 de outubro de 1988, ignorando todo o processo histórico de invasão dessas terras e ausência de amparo legal para sua retomada nos séculos anteriores.

17 WAGNER, Daize; FARIAS, Aline. A demarcação de terras indígenas e a segurança jurídica. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 375-404, maio/agosto 2020.

18 LOPES, Ana; MATTOS, Karine. O direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília n. 43, n. 170, p. 221 – 234, abr./jun. 2006.

19 CAVALCANTE, Thiago. "Terra indígena": aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. Revista História, São Paulo, v. 35, e75, 2016.

20 JUSTIÇA GLOBAL. STF inicia julgamento sobre demarcação de terras do povo indígena Xokleng. 18 jun. 2021. Justiça Global. Disponível em: < http://www.global.org.br/blog/stf-inicia-julgamento-sobre-demarcacao-de-terras-do-povo-indigena-xokleng/ > Acesso em: 19/06/2021.

21 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aplicação de Súmulas no STF. Brasília, 24 nov. 2003. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1634> Acesso em: 20/06/2021.

22 BRASIL. Despacho do Presidente da República. Parecer n. GMF 05 de 19 de jul. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm > Acesso em: 23/06/2019.

5. Estado esquiva-se da proteção da cultura indígena para legitimar a retomada de posse pela União

Por fim, o último ponto de análise consiste na possibilidade de retomada da posse pela União caso esta, em decorrência de "alterações de traços culturais ou por outro fatores"[23] deixe de servir à subsistência e preservação da cultura daquele povo indígena. Tal previsão confere instabilidade a todo o processo de demarcação e garantia de posse para as populações indígenas, resgatando toda a política integracionista aplicada há tantos séculos, visto que caminha na posição contrária à preservação da cultura indígena. Além de não deixar claro quais seriam os outros fatores que poderiam legitimar essa retomada de posse pela União.

Legislações internacionais propõem aos Estados o compromisso de contribuir para a preservação das populações indígenas proporcionando-lhes as condições para viver de acordo com sua cultura, buscando proporcionar um ambiente para que essas populações cresçam. Busca dar novas armas à resistência dessas etnias em sociedades que têm, ao longo das décadas, contribuído para o seu extermínio, guiados principalmente pelo interesse econômico em suas terras.[24]

Assim, pode-se citar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a qual, entre outros aspectos, reforça a cosmovisão indígena sobre suas terras, sendo esta parte da coletividade, como um ser que a integra.[25] Ao ratificá-la, assumem os Estados, entre eles o Brasil, o compromisso de preservar estas terras, direção contrária ao Projeto de Lei 490/07.

23 BRASIL. Câmara dos Deputados – Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Projeto de Lei 490/2007. Altera a Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021.

24 FILHO, Carlos. Terra mercadoria, terra vazia: povos, natureza e patrimônio cultural. Revista InSURgência. Brasília, ano 1, v. 1, n. 1, jan./jun, 2015.

25 BRASIL. Decreto 10.088, de 5 de novembro de 2019 (Promulgação de Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho). Brasília, 5 nov. 2019.

Portanto, permitir nova destinação às terras que já foram reconhecidas como indígenas, ou seja, que fazem parte daquele povo, seria não apenas adotar uma política integracionista, mas legitimar a dizimação de um povo, visto que a terra integra o povo indígena. Ressaltando ainda o descumprimento dos compromissos assumidos internacionalmente, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual, em seu artigo 13, prevê o dever do Estado de garantir aos povos indígenas estabelece o compromisso dos Estados de contribuir para a preservação da cultura indígena.[26]

Por fim, a previsão expressa na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, da qual resgata-se a necessidade de além de não adotar uma política de assimilação desses povos à sociedade, mas também de atuar de forma a garantir as condições para que vivam de acordo com a sua cultura.

> Artigo 8
>
> 1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura.
>
> 2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de:
>
> (...)
>
> b) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos.[27]

6. Considerações Finais

Apesar do clamor dos povos indígenas em Brasília, pouca atenção tem se dado aos impactos que o Projeto de lei 940 de 2007 e demais projetos a ele apensos, podem ocasionar para as populações indígenas no Brasil.

Diante de um cenário de crise sanitária, econômica e política, destacando o ainda pendente julgamento no Supremo Tribunal

26 BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Convenção Americana de Direitos Humanos). Brasília, 6 nov. 1992.

27 NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro, 2008, mar. 2008.

Federal que aprecia a aplicação ou não dos critérios previstos pelo projeto de lei para o reconhecimento de uma terra indígena, deve-se observar com atenção a escolha do momento para desengavetar um projeto que estava parado há anos e em poucos meses, ganhou rápida tramitação para sua aprovação.

Referências

BARBOSA, Lucas. Terra indígena Raposa Serra do Sol e a Petição 3388: Retrocessos à questão indígena contemporânea. Curitiba, 2018. Monografia, Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Disponível em: < https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62822/LUCAS%20CAVICHIOLO%20MOREIRA%20BARBOSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 24/06/2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Convenção Americana de Direitos Humanos). Brasília, 6 nov. 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 25/06/2021.

BRASIL. Decreto 10.088, de 5 de novembro de 2019 (Promulgação de Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho). Brasília, 5 nov. 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm >Acesso em: 20/06/2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados – Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Projeto de Lei 490/2007. Altera a Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2009613&filename=Tramitacao-PL+490/2007 > Acesso em: 15/06/2021.

BRASIL. Despacho do Presidente da República. Parecer n. GMF 05 de 19 de jul. 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm > Acesso em:

23/06/2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Tramitação Projeto de Lei 490/2007. Atividade Legislativa, Projetos de Lei e outras disposições. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311> Acesso em: 25/06/2021.

CAVALCANTE, Thiago. "Terra indígena": aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. Revista História, São Paulo, v. 35, e75, 2016. Disponível em: < https://doi.org/10.1590/1980-436920160000000075 > Acesso em: 20/06/2021.

FILHO, Carlos. Terra mercadoria, terra vazia: povos, natureza e patrimônio cultural. Revista InSURgência. Brasília, ano 1, v. 1, n. 1, jan./jun, 2015.

GASPARINI, Marcelo; RODRIGUES, Saulo. Dignidade da pessoa humana na perspectiva do novo Constitucionalismo Latino-Americano. Curitiba, Editora Juruá, 2016.

GOMES, Mércio. Os Índios e o Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo, 1ª Edição, Editora Contexto, 2018.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. A omissão do governo federal na homologação das Terras Indígenas ameaça os povos indígenas no exercício de seus direitos universais. Programa de Monitoramento de Áreas Protegidas. Disponível em: < https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/nota_tecnica_monitoramento.pdf > Acesso em: 25/06/2021.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro, 2008, mar. 2008. Disponível em: < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf > Acesso em: 24/06/2021.

LOPES, Ana; MATTOS, Karine. O direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília n. 43, n. 170, p. 221 – 234, abr./jun. 2006. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/

handle/id/92744 > Acesso em: 21/06/2021.

JUNIOR, Tercio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, 2004, jan. /jun. p. 689-699.

OSOWSKI, Raquel. O marco temporal para a demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento. Dossiê – Remoções forçadas de grupos indígenas no Brasil republicano, Mediações Revista de Ciências Sociais, Londrina, v. 22, n. 2, p. 320 -346, jul./dez. 2017. Disponível em: < https://dx.doi.org/10.5433/2176-6665.2017v22n2p320 > Acesso em: 18/06/2021.

WAGNER, Daize; FARIAS, Aline. A demarcação de terras indígenas e a segurança jurídica. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 375-404, maio/agosto 2020. Disponível em: < https://doi.org/10.18623/rvd.v17i38.1780 > Acesso em: 24/06/2021.

JUSTIÇA GLOBAL. STF inicia julgamento sobre demarcação de terras do povo indígena Xokleng. 18 jun. 2021. Justiça Global. Disponível em: < http://www.global.org.br/blog/stf-inicia-julgamento-sobre-demarcacao-de-terras-do-povo-indigena-xokleng/ > Acesso em: 19/06/2021.

SOZUA, Oswaldo. Com pior desempenho em demarcações desde 1985, Temer tem quatro Terras Indígenas para homologar. Instituto Socioambiental, 19 abr. 2018. Disponível em: < https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/com-pior-desempenho-em-demarcacoes-desde-1985-temer-tem-quatro-terras-indigenas-para-homologar > Acesso em: 24/06/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Aplicação de Súmulas no STF. Brasília, 24 nov. 2003. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1634> Acesso em: 20/06/2021.

Princípios Consumeristas e Ético-Profissionais Aplicáveis aos Médicos Digital Influencers

Consumerist and Ethical-Professional Principles Applicable to Doctors Digital Influencers

Camille C. Bianchi Dos Santos[1]

Yasmin A. Folha Machado[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Médicos Influenciadores Digitais; 3. Princípios do Código de Defesa do Consumidor; 4. Princípios Éticos; 5. Considerações Finais.

Resumo: A era digital inaugurou um processo de celeridade e busca de profissionais por intermédio de ferramentas online de pesquisa, bem como de perfis em redes sociais. Somado a isto, tem-se o desejo dos profissionais de reconhecimento perante a comunidade, porquanto o número crescente de indivíduos que conquistam a formação em nível superior implica na necessidade de destaque em meio à concorrência. Tal realidade não é diferente quanto aos profissionais da Medicina, que cada vez mais estão inseridos nas redes sociais, por meio da criação de perfis voltados à promoção de suas carreiras. Por conseguinte, em que pese o Código de Ética Médica, bem como as Resoluções do Conselho Federal de Medicina inerentes ao tema, não vedem a criação de webpagesprofissionais, inobstante a necessidade de atendimento a princípios éticos

1 Doutoranda em Direito pela PUCPR. Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela PUCPR. Especialista em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra - Portugal. Especialista em Direito Médico pela Unicuritiba. Graduada em Direito pela PUCPR. Integrante do Grupo de Pesquisas de Direito da Saúde e Empresas Médicas, coordenado e dirigido pelo Prof. Dr. Desembargador Miguel Kfouri Neto. Vice- Membro titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogada. Contato: folhamachadoadvocacia@outlook.com.

2 Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania, pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Especialista em Direito Civil e Processual Civil, bem como em Direito Médico, ambos pelo Unicuritiba. Graduada em Direito pelo Unicuritiba. Integrante do Grupo de Pesquisas de Direito da Saúde e Empresas Médicas, coordenado e dirigido pelo Prof. Dr. Desembargador Miguel Kfouri Neto. Advogada. Contato: camillebianchi.s@gmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

norteadores da atividade médica na internet, bem como a observação aos direitos dos pacientes enquanto consumidores, nos termos do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim sendo, o médico que decidir utilizar as redes sociais como uma estratégia de publicidade do seu trabalho precisa se adequar às disposições legais e ético-profissionais aplicáveis. A finalidade de observar tais preceitos consiste em dar legalidade às condutas do profissional e assegurar que a preservação dos direitos de seus paciente, entendidos neste contexto como consumidores dos serviços.

Palavras-chave: Médicos influenciadores. Digital influencers. Princípios consumeristas. Princípios ético-profissionais. Publicidade médica.

Abstract: The digital era inaugurated a processofspeedandsearch for professionalsthrough online search tools, as well as profiles on social networks. Addedtothis, thereisthedesireofprofessionals for recognition in thecommunity, as thegrowingnumberofindividualswhoachievehighereducationimpliestheneedto stand out amidstthecompetition. This reality is no different for medical professionals, who are increasinglyinserted in social networks, throughthecreationof profiles aimedatpromotingtheircareers. Therefore, despitetheCodeof Medical Ethics, as well as theResolutionsofthe Federal Councilof Medicine inherenttothesubject, they do notprohibitthecreationof professional webpages, despitetheneedtocomplywithethicalprinciplesthatguide medical activityonthe internet, as well as theobservationoftherightsofpatients as consumers, undertheunderstandingconsolidatedbythe Superior Courtof Justice. Therefore, thephysicianwho decides to use social networks as a publicitystrategy for hiswork must complywiththeapplicable legal andethical-professional provisions. The purposeofobservingthesepreceptsistogivelegalitytotheprofessional'sconductandensurethepreservationoftherightsoftheirpatients, understood in thiscontext as serviceconsumers.

Keywords: Influencing doctors. Digital influencers. Consumerist principles. Ethical-professional principles. Medical advertising.

1. Introdução

Nosso planeta possui cerca de 7,8 bilhões de pessoas, dessas,5,2 bilhões usam um telefone celular e 4,6 bilhõesusam a Internet. Quanto às mídias sociais, existem 4,2 bilhões deusuários

de mídia social em todo o mundo. Tal número é equivalente a 53% da população mundial[3].

Compreender que o avanço tecnológico integra a realidade mundial é fundamental para prosseguir com a questão das redes sociais e da medicina, pois as redes sociais são um excelente ambiente para divulgação de empresas, serviços profissionais, negócios locais, dentre outros. Além disso, ocrescente de usuários transforma estes ambientes digitais em um verdadeiro celeiro repleto de oportunidades.

Sabendo disto, muitos médicos utilizama internet para promover seu trabalho, prospectando pacientes. Esta conduta, aliás, é lícita e inexiste qualquer óbice imposto pelo Código de Ética Médica.

Ademais, de acordo com a Demografia Médica de 2020[4], o Brasil possui mais de 502 mil médicos, mais que o dobro dos registros do ano 2000, que estimavam cerca de 230 mil profissionais. Esse crescimento significativo é um propulsor para que médicos desejem destacar-se dos demais, inclusive utilizando as redes sociais. Não é por outro motivo que hoje existem inúmeras empresas de marketing digital que atuam exclusivamente nesse nicho, com o objetivo de profissionalizar e potencializar o perfil de médicos nas plataformas digitais.

A fim de guiar o comportamento ético de médicos nas redes sociais, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução nº 2.126 de 2015[5], a qual alterou alguns dispositivos

3 KEMP, Simon. Digital 2021: os mais recentes insights sobre o 'estado do digital'. We Are Social. [27 Jan. 2021. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2021/01/digital-2021-the-latest-insights-into-the-state-of-digital>. Acesso em 21 jun. 2021.

4 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Demografia Médica. Disponível em: <http://www.fenam.org.br/site/noticias_exibir.php?noticia=2109>. Acesso em: 21 jun. 2021.

5 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.126, de 01 de outubro de 2015.Altera as alíneas "c" e "f" do art. 3º, o art. 13 e o anexo II da Resolução CFM nº 1.974/11, que estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2126>. Acesso em 23 jun. 2021

da Resolução nº 1.974/2011 para melhor abordar os critérios norteadores de conduta online dos profissionais.

Neste sentido, o artigo 2º, da Resolução nº 2.126 de 2015, estabelece que"para efeitos de aplicação desta Resolução, são consideradas mídias sociais: sites, blogs, Facebook, Twiter, Instagram, YouTube, WhatsApp e similares".

Assim sendo, o CFM aceita que os médicos utilizem as redes sociais desde que estejam em conformidade com o artigo 8º, da Resolução n˚ 1.974 de 2011[6], que impõe que os conteúdos veiculados sejam de fins estritamente informativo e educativo. Aliás, o artigo 115, do Código de Ética Médica, proíbe ao médico "participar de anúncios de empresas comerciais, qualquer que seja sua natureza, valendo-se de sua profissão".

Contudo, é inegável que, ao utilizar o Instagram, por exemplo, muitos profissionais da medicina acabam por fazer publicidade, ocorrendo a subsunção do fato à vedação do artigo 1o, do Manual de Publicidade Médica, segundo o qual entende-se "por anúncio, publicidade ou propaganda a comunicação ao público, por qualquer meio de divulgação, de atividade profissional de iniciativa, participação e/ou anuência do médico".

Faz-se necessário ressaltar que o Código de Ética Médica explicita que a relação médico e paciente não é uma relação de consumo, conforme aduzido já nos princípios fundamentais do capítulo. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça diverge desta concepção, tendo consolidado o entendimento de aplicação imediata do Código de Defesa do Consumidor.

Isto posto, aos médicos que decidam investir no Instagram como ferramenta de trabalho, serão aplicados tanto os princípios éticos e bioéticos como também os princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor no que couber.

6 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.974, de 2011.Estabelece os critérios norteadores dapropaganda em Medicina, conceituando osanúncios, a divulgação de assuntos médicos,o sensacionalismo, a autopromoção e asproibições referentes à matéria.Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/publicidademedica/arquivos/cfm1974_11.pdf>. Acesso em 23 jun. 2021.

2. Médicos influenciadores digitais

Muito além de profissionais fazendo posts informativos e educacionais sobre medicina, alguns médicos destacam-se por tornarem-se influenciadores nas redes sociais, seja no estilo de vida, seja no comportamento consumerista dos seus seguidores.

Neste sentido, Barbosa, Silva e Brito conceituam minuciosamente o que é ser um influenciador digital:

> Os digital influencerssão indivíduos que exercem demasiada influência sobre um determinado público, possuindo a habilidade de criar e influenciar a mudança de opiniões e comportamentos, podendo conceber padrões por meio de diálogos diretos com seus seguidores. Sendo por muitas vezes criadores de conteúdo, por meio das mídias sociais, em especial, nas plataformas do Instagrame do Youtube, com conteúdo muitas vezes exclusivos, geram uma conexão com seu público em diversas áreas de atuação, como cultura e entretenimento, moda, cuidados com a saúde e corpo, gastronomia, dentre outros[7].

A "descoberta" do poder de persuasão dos influenciadores tornou-os peça chave em diversos quesitos econômicos. Contudo, médicos não podem fazer publicidade de produtos como "garotos propaganda" de produtos relacionados à medicina, de acordo com o artigo 3º, alínea "c", da Resolução n° 174 de 2011.

A problemática torna-se maior quando existe uma publicidade "velada", por exemplo, através de indicações constantes de determinados produtos ou serviços médicos.Isto porque, de acordo com o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor[8], toda publicidade tem que possuir uma identificação publicitária.

---

7 BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. Revista IBERC, v. 2, n. 2, set. 2019, p. 9.

8 BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1998. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2021.

Ademais, como a proibição da referida resolução versa apenas sobre produtos ligados a medicina, tem-se uma margem para interpretação que permite este profissional publicizar aquilo que não se refere a profissão.

Muito embora a influência exercida pelos profissionais da Medicina possa ser considerada positiva e agregadora na maioria dos casos, tem-se um potencial problema quando os princípios fundamentais e preceitos norteadores éticos não são observados, implicando inclusive em violação do Código de Defesa do Consumidor.

3.Princípios do código de defesa do consumidor

Para que o médico influenciador aja dentro da legalidade em seus posts, stories e demais compartilhamentos nas redes sociais, precisará observar os direitos básicos do consumidor (pacientes e seguidores), previstos pelo artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. Estes, consistem, de modo geral, no direito à vida, saúde e segurança; informação adequada e clara; proteção contra publicidade enganosa e abusiva; entre outros.

Para Delgado, o "princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade[9]".

O primeiro e principal princípio é o protecionismo do consumidor, presente no artigo 1º, do CDC, segundo o qual as regras do código não podem ser afastadas e tampouco os direitos negociados. Ainda, todos os demais princípios possuem raízes no protecionismo. E, como afirma Rizzatto Nunes "o fato é que todas as normas instituídas no CDC têm como princípio e meta a

9 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011, p.180.

proteção e a defesa do consumidor[10]".

No mesmo sentido encontra-se o segundo princípio, qual seja, da vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, I, CDC). Tal vulnerabilidade deve ser entendida no sentido informacional, que impõe a necessidade não somente de que esteja disponível, mas sobretudo de sua qualidade"abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária[11]".

Terceiro princípio, que possui aplicabilidade inquestionável neste contexto, é o princípio da informação e transparência.Assim sendo, ao anunciar algo, o médico precisa prezar por informações completas e suficientemente claras.Segundo Martins, "o princípio da transparência consagra que o consumidor tem o direito de ser informado sobre todos os aspectos de serviço ou produto exposto ao consumo, traduzindo assim no princípio da informação[12]".

Já o quarto princípio trata daqualidade e segurança e pode ser exemplificado por um recente caso de má conduta de uma médica influencer, a qual fez propaganda de um suposto soro da imunidade contra a COVID-19, ainda que sequer reconhecido pela comunidade científica. A este respeito, João Batista de Almeida, entende que existe correlação entre o princípio da informação com o direito à segurança, vejamos:

> Há estreita relação com o direito à segurança, pois, se o consumidor tem o direito de consumir produtos e serviços eficientes e seguros, é intuitivo que deve ser ele informado adequadamente acerca do consumo dos produtos e serviços, notadamente no que se refere à especificação correta de quantidade, característica, composição, qualidade e preço, bem como riscos que apresentam[13].

10 RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. Comentários ao Código do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 94

11 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34.

12 MARTINS, Plínio Lacerda. O Abuso nas Relações de Consumo e o Princípio da Boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104-105.

13 ALMEIDA. João Batista de. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

Como quinto princípio, tem-se o dever de confiança, umbilicalmente ligado aos princípios de informação, transparência e segurança. Trata-se da credibilidade que o consumidor tem em relação a produtos ou serviços disponibilizados no mercado. Ou seja, a partir do momento que um influenciador posta um anúncio, por exemplo, de um serviço médico que indica e realiza, o paciente automaticamente cria expectativas legítimas. Marquesaduz que este princípio serve "para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços [...][14]".

Finalmente, o sexto e último princípio é a boa-fé objetiva, que estabelece o modelo ético de conduta a ser seguido, o qual desdobra-se em um dever-ser. Rizzato Nunes[15] ensina que boa-fé objetiva é o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio das relações de consumo.

Portanto, além de observar os princípios, os médicos precisam ater-se às questões estabelecidas no artigo 6º, inciso IV, do CDC, a fim de que sejam suprimidas as publicidades enganosas e abusivas, realizadas por meio de métodos comerciais coercitivos ou desleais. Isto porque, como evidencia Marques "essas normas do CDC aparecem como instrumentos de direito para restabelecer também o equilíbrio, para restabelecer a força da 'vontade', das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática[16]". Conforme os ditames do artigo 37, §§ 1º e 2o, do CDC, entende-se:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
>
> § 1°Qualquer modalidade de informação ou comunicação

14 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

15 NUNES, Luiz Antônio Rizatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2014.

16 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 83.

> de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
>
> § 2°Dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A proibição expressa a este tipo de publicidade, ainda, encontra-se expressa no artigo 114, do Código de Ética Médica, que veda ao médico "anunciar títulos científicos que não possa comprovar e especialidade ou área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina".

Desta feita, se a conduta do médico influencernão se enquadrar nesses cinco princípios consumeristas e comportar ciolação aos dispositivos legais apresentados, entender-se-á que o profissional age licitamente. Contudo, este não é o único aspecto que o influenciador precisa respeitar ao exercer seu poder de persuasão. Concomitantemente com os princípios da proteção ao consumidor, o médico deve respeitar e agir dentro dos ditames ético-profissionais, a seguir tratados.

4.Princípios éticos

Somando-se a todo exposto sobre o Direito do Consumidor, os profissionais influenciadores digitais necessitam portar-se de forma eticamente adequada.

Neste tocante, o Código de Ética Médica[17] elenca como princípio fundamental que "II- o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com

17 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.931, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em 23 jun. 2021.

o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional". No mesmo sentido, que "IV - ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão".

Isto posto, compreende-se que todas as ações que o profissional realizar enquanto médico necessitam, obrigatoriamente, respeitar tais princípios, caso contrário, estar-se-ia diante de uma infração ética. Ademais, a Resolução nº 2.12 de 2015 afirma que "as mídias sociais dos médicos e dos estabelecimentos assistenciais em Medicina deverão obedecer à lei, às resoluções normativas e ao Manual da Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos (Codame)".

Fundamental expor que, de acordo com o código, a medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio. Fato que, infelizmente, acontececom certa frequência, como por exemplo, em caso do profissional da medicina que troca sua mão de obra (em geral cirurgias plásticas estéticas) por posts do paciente famoso, a fim de ter maior publicidade dos seus atos médicos.

Ainda sobre comportamento de médicos (não somente os influencers) nas redes sociais, essa mesma Resolução enfatiza,o artigo 2º que "é vedada a publicação nas mídias sociais de autorretrato (selfie), imagens e/ou áudios que caracterizem sensacionalismo, autopromoção ou concorrência desleal".E, nesta toada, a autopromoção e o sensacionalismo são entendidos no forma dos §§ 1o e 2o do dispositivo, que rigorosamente caracterizam os atos abusivos.

Ademais, o capítulo XIII, do Código de Ética Médica, trata exclusivamente da publicidade médica, eforçando a vedação da divulgação de informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico(artigo 112).

Ainda no contexto ético da publicidade realizada por médicos, Canal comenta que publicidade médica é um assunto

assustadoramente recorrente nos Conselhos Regionais de Medicina e no CFM e informa:

> Cerca de dez por cento de todos os processos em curso e praticamente um quarto daqueles processos éticos principiados ex officio(por iniciativa do próprio conselho, sem a denúncia ou representação de pacientes ou outras entidades) tem como fato originário ou provocador a publicidade antiética, desmedida ou mercantilista[18].

Portanto, ao ser tão enfático quanto às proibições e vedações, se por um lado o Código de Ética Médica possui um caráter coercitivo e muito restrito, de outro possibilita que o médico torne-se conhecido nas redes sociais, desde que observados os direitos dos pacientes enquanto consumidores de receber informações claras, verídicas e com rigor científico, nos termos do Código de Defesa do Consumidor e das Resoluções do CFM.

5.Considerações finais

Entende-se que a influência de médicos nas redes sociais é um mecanismo de divulgação que possui duas faces opostas quando aplicada na medicina. A primeira consiste na possibilidade ético-jurídica de utilizar-se deste eficaz meio de difusão de conteúdo a fim de, legalmente, conseguir obter maior visibilidade profissional. Já no outro extremo, encontra-se a ilegalidade, na qual os limites da proteção do consumidore da ética são rompidos, acarretando em sanções disciplinares ou processos judiciais quanto aqueles que extrapolarem os limites impostos.

Assim sendo, cabe ao profissional zelar tanto pelo decoro de sua profissão quanto pela qualidade, veracidade e segurança das informações transmitidas para o público-alvo. Ao fazer uso das redes sociais para influenciar pessoas, o médico precisa conhecer

18 CANAL, Raul. Erro Médico e Judicialização da Medicina. Brasília: Gráfica e Editora Saturno, 2014, p. 147.

o que preconiza o Código de Defesa do Consumidor no tocante aos direitos básicos do consumidor (leia-se aqui do paciente) e seus princípios fundamentais. Igualmente, importante é agir dentro das premissas estabelecidas no Código de Ética que rege a profissão, o qual visa, fundamentalmente, o bem paciente (fim máximo da medicina).

Portanto, tendo em vista que ao médico não é proibido o uso das redes sociais, sobretudo porque o uso da tecnologia é universal e irrestrito, recomenda-se que todo e qualquer anúncio ou posicionamento médico nas redes socais preze pela discrição, eticidade e distancie-se da autopromoção e do sensacionalismo, a fim de não causar repercussões negativas e a possibilidade de responsabilização ética e civil.

Referências

ALMEIDA, Marcos Inácio Severo de. et al. Quem Lidera sua Opinião? Influência dos Formadores de Opinião Digitais no Engajamento. Revista de Administração Contemporânea. Rio de Janeiro: ANPAD, 2018.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. Revista IBERC, v. 2, n. 2, set. 2019.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1998. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2021.

CANAL, Raul. Erro Médico e Judicialização da Medicina. Brasília: Gráfica e Editora Saturno, 2014

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Demografia Médica de 2020. Disponível em: <http://www.fenam.org.br/site/noticias_exibir.php?noticia=2109>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.931, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em 23 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.974, de 2011. Estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/publicidademedica/arquivos/cfm1974_11.pdf>. Acesso em 23 jun. 2021

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.126, de 01 de outubro de 2015. Altera as alíneas “c” e “f” do art. 3º, o art. 13 e o anexo II da Resolução CFM nº 1.974/11, que estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2126>. Acesso em 23 jun. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

KEMP, Simon. Digital 2021: os mais recentes insights sobre o 'estado do digital'. We Are Social. [27 Jan. 2021. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2021/01/digital-2021-the-latest-insights-into-the-state-of-digital>. Acesso em 21 jun. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2014.

Precarização das relações de trabalho: análise sob a ótica da horizontalidade dos direitos fundamentais e dos precedentes

Precariousness of labor relations: analysis from the perspective of horizontality of fundamental rights and precedents

Stanlei Ernesto Prause Fontana [1]

Sumário: 1. 1. A insuficiência do paradigma liberal clássico e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 2. Devido processo legal entre particulares; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho tem o propósito de investigar se é possível ou não aplicar o devido processo legal aos particulares. Inicialmente, discorre-se sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a insuficiência da visão do liberalismo clássico, de acordo com o qual tais direitos somente são oponíveis contra o Estado. Considera-se adequada a proposta intermediária da eficácia horizontal, que admite a aplicação das normas jusfundamentais nas relações particulares quando constatadas assimetrias sensíveis de poder e quando o bem em jogo for essencial. Em seguida, lançam-se considerações sobre a garantia do devido processo legal nas relações privadas e a relevância que o instituto assume nos casos de trabalhadores vinculados a plataformas de intermediação de serviços desligados sem direito de defesa, bem como se apresentam as críticas aos modelos decisórios que insistem na autonomia da vontade nos casos de prestadores de serviços precarizados a partir da teoria dos precedentes, com ênfase no ideal da integridade. Reflete-se sobre

1 Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. E-mail: stan_chz@hotmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

o livre exercício da profissão e advoga-se que o Estado deve agir para evitar que as sociedades empresárias privem trabalhadores autônomos dos próprios sustentos sem direito de defesa.

Palavras-chave: devido processo legal; direitos fundamentais; eficácia horizontal dos direitos fundamentais; precedentes.

Abstract: This paper has the purpose to investigate if it is possible or not aplly the due process of law to the individuals. At first, it considers about the incidence of fundamental rights in th relations of individiduals and the insuficience view of the classic liberalism, according these rights only are opposable against the State. It ponders the proposal is considered adequate the intermediate proposal of horizontal effectiveness, who admits the aplication of fundamental right norms in the private relationships when sensitive power asymmetries are found and when the right in analysis is essential. Then, it writes about the guarantie of the due process of law in the private relationships and relevance that the institute assumes in the case of workers linked to intermediation platfomrs for disconnected services without defense rights and presents criticism of the decisions models that insist on autonomy of will in the case of outsourced service providers from the theory of precedents, with emphasis on the ideal of integrity. It reflects on the free exercise of the profession and it is argued that the State must act to prevent that corporations deprive self-employed workers of their own livelihood, without defense right.

Keywords: due process of law; fundamentals rights; horizontal effectiveness of fundamentals rights; precedents.

1. A insuficiência do paradigma liberal clássico e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Criações do Estado Liberal Clássico, os direitos fundamentais eram concebidos somente como limitações impostas ao Poder

Público vocacionadas a tutelar o indivíduo contra abusos. Embora a função de status negativus dos conteúdos jusfundamentais permaneça atual e necessária para a tutela adequada do homem, os pressupostos liberais de igualdade absoluta entre os particulares e a ideia de separação rígida entre Estado e Sociedade revelaram-se inadequados com as transformações dos Séculos XIX e XX. Ou seja, a noção de incomunicabilidade entre as esferas pública e privada acabou abandonada [2].

Constataram-se que as lesões e ameaças de lesões contra a pessoa não se originam apenas dos agentes estatais e que atores privados também poderiam causar danos em diversas esferas [3]. As assimetrias de força entre os civis tornaram-se tão graves sem referências normativas quanto o desmedido poder que os entes estatais exerceram antes da afirmação do Iluminismo. Juan María Bilbao Ubillos assevera que as diferenças sociais e econômicas fizeram com que poderes formalmente privados gerassem coações e autoridades similares a dos poderes públicos [4].

Assim, ao lado da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, na qual se inserem as posições, garantias e faculdades fundamentais, construiu-se a dimensão objetiva que contempla valores ou metas a serem concretizadas pelo Estado [5]. José Vieira de Andrade afirma que a doutrina costuma indicar que a dimensão objetiva contém garantias institucionais, deveres de

2 MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. 1ª ed; Coimbra: Almedina, 2005, p. 13-16.

3 Bárbara Dayana Brasil entende que até mesmo os direitos humanos, no cenário internacional dos dias atuais, devem vincular os particulares. A proposta considera a relevância que o capital estrangeiro adquiriu no Direito Internacional e os reflexos que produz nos direitos humanos (2017).

4 UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En Qué Medida Vinculan a Los Particulares a Los Derechos Fundamentales? In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 265.

5 Bodo Pieroth e Bernard Schlink memoram que o Tribunal Constitucional da Alemanha teve grande contribuição na consolidação da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, sobretudo com o julgamento do caso Lüth. Segundo os autores, com base no entendimento de que os direitos fundamentais formam ordem objetiva de valores, as relações entre os particulares devem não apenas evitar lesões nas liberdade jurídico-fundamentais mas também serem interpretadas em conformidade com tais direitos (2012).

proteção, direito organizatório e procedimental, bem como eficácia externa ou horizontal [6].

Clèmerson Merlin Clève observa que a dimensão objetiva compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes públicos com os direitos fundamentais, além de requerer do Poder Judiciário a filtragem constitucional, que nada mais é do que a releitura do ordenamento à luz dos preceitos da Lei Maior, até mesmo no que toca ao princípio da autonomia da vontade [7].

Reconhece-se nos países de tradição romano-germânica a eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais para os aplicarem aos particulares, pelo que giram as discussões em torno dos limites da vinculação. A questão é dificultosa porque ao mesmo tempo em que se deve assegurar a autonomia da vontade, nota característica do Direito Privado, a fim de que se evite a funcionalização da liberdade, é necessário tutelar a dignidade da pessoa humana contra abusos de poder.

A despeito das diversas teorias que versam sobre o assunto, a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas parece ser o modelo mais adequado ao constitucionalismo brasileiro e aos diversos problemas socioeconômicos da comunidade nacional. Daniel Sarmento destaca que a Constituição de 1988 não se limita a tutelar o indivíduo contra ingerências estatais. O considerável número de direitos sociais e o objetivo fundamental da República de construir sociedade livre, justa e igualitária demonstram preocupações com as relações privadas. O projeto político e democrático do constituinte volta-se à igualdade substantiva [8].

Importa identificar quais os critérios válidos para se aplicarem os direitos fundamentais aos particulares, sempre com a preocupação

6 DE ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 5ª ed; Coimbra: Almedina, 2012, p. 109.

7 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 54, Jan/2006, p. 4.

8 SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil in A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed; Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 245.

de manter-se a autonomia da vontade inerente ao Direito Privado. Um vetor importante na seara é o sensível grau de desigualdade fática entre os interessados: quanto maior a discrepância entre as partes, maior a necessidade de tutela do direito fundamental em análise; por outro lado, quanto maior a igualdade entre as partes, maior a proteção conferida à autonomia privada nas situações de conflitos [9].

Justifica-se o critério em análise a partir da ideia de que os direitos fundamentais consubstanciam-se como a lei dos mais fracos e se fundamentam na dignidade da pessoa humana [10], voltados a proteger o ser humano contra arbitrariedades de quaisquer níveis. Encarar como normais sujeições desmedidas a poderes de fato significa tolher a proteção que cada um merece pelo simples fato de ser dotado de dignidade, de possuir valor intrínseco incompatível com instrumentalizações ou coisificações colocadas em prática pelos entes públicos ou privados.

Indo em frente, outro critério importante é a essencialidade do bem que fundamenta a relação privada. Da mesma forma que se passa com a desigualdade fática, quanto maior a importância do bem em questão, maior a necessidade de tutela dos direitos fundamentais implicados [11].

Com efeito, há situações em que os bens em jogo pedem maior intervenção estatal para a proteção de valores constitucionais, como é o caso da vedação de distinções de salário entre homens e mulheres que exercem funções idênticas na iniciativa privada, já que a proibição serve ao propósito de reforçar a igualdade entre os gêneros, desafio histórico na realidade brasileira. Em outros casos, dada a superfluidade dos bens, a autonomia da vontade pode

9 SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil in A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed; Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 272.

10 FERRAJOLI, Luigi. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. 1ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 104.

11 SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil in A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed; Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278.

adquirir proporções maiores.

Uma questão que parece ganhar proeminência é o desligamento de pessoas de associações ou plataformas de intermediação de trabalho sem o devido processo legal. Haveria o direito de defesa em casos de usuários descadastrados pelas supostas práticas de ilegalidades?

2. A aplicação do devido processo legal entre os particulares

A garantia do devido processo legal tem previsão no inciso LIV do art. 5º da Constituição da República. O instituto tem grande amplitude e relevância nas relações processuais e substanciais, pois compreende outras garantias importantes, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito ao juiz natural, a vedação ao emprego de provas ilícita contra o réu e o direito de não ser preso senão por ordem da autoridade competente na forma prescrita pelo ordenamento [12].

Extrai-se que a garantia do devido processo legal tutela tanto a liberdade quanto o patrimônio dos acusados. Estabelece vínculos formais e materiais que condicionam o exercício da coação pública organizada. As garantias consectárias ao instituto têm o escopo de assegurar o julgamento justo, pautado por princípios e regras que limitam e condicionam a validade da ação estatal. Há evidente preocupação com a dignidade humana para que os acusados sejam tratados com respeito.

Em termos estruturais, o devido processo legal é garantia pensada para as relações verticais entre o indivíduo e o Estado. Mas, há situações em que as relações particulares reclamam a aplicação do instituto. Paula Sarno Braga destaca que o devido processo legal tem cabimento nos processos de punição de sócios

12 MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. 4ª ed; São Paulo: Saraiva, 2012, p. 385.

e associados ou de condôminos, com base no entendimento de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais inibe arbitrariedades nesses campos [13].

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as cooperativas não podem expulsar os próprios integrantes sem a observância do devido processo e do consectário do direito de defesa (RE 158215/RS), nem que as associações podem se eximir da aplicação das referidas garantias em situações similares (RE 201819/RJ). Portanto, os espaços de autonomia privada não estão imunes às normas constitucionais. A eficácia e a força normativa da Constituição vinculam os particulares, que não gozam liberdade para agirem com desrespeito aos princípios que se traduzem como conquistas civilizatórias. Os casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal são parâmetros importantes para que outras decisões de casos iguais ou semelhantes não ignorem a eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais.

Acrescente-se que o entendimento exposto se justifica ainda mais no contexto da precarização das relações de trabalho. Na linha das transformações neoliberais, a prestação de serviços por intermédio de plataformas ou de aplicativos tornou-se atividade comum no cotidiano brasileiro. Note-se que o problema se intensifica porque o que está em jogo é a própria liberdade profissional assegurada pelo inc. XIII do art. 5º da Constituição de 1988, que se expressa tanto como direito de resistência quanto como direito prestacional. Na dimensão objetiva do referido direito se fundamenta a atuação do Estado-juiz para concretizar a proteção que a liberdade demanda e a atuação do legislador ordinário, que tem o dever de observar os direitos fundamentais em seu mister [14] [15].

13 BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do Devido Processo Legal a Processos Particulares – Processos Punitivos de Sócios, Associados e Condôminos. Revista de Processo/Instituto Brasileiro de Direito Processual. . 33, n. 161, jul., 2008, p. 301–323.

14 MARTINS, Leonardo; et al. Comentários à Constituição do Brasil. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013. Versão Eletrônica.

15 Tramita o Projeto de Lei nº 3.748/2020, que pretende regulamentar o serviço sob demanda.

No entanto, alguns julgados insistem no argumento de que é possível desligar prestadores de serviços sem prévio direito defesa, em razão do caráter privado nas obrigações assumida entre os contratantes [16]. Parece que a excursão realizada até aqui oferece argumentos suficientes para se refutar tal posicionamento, o que se passa a fazer a partir da perspectiva dos direitos fundamentais e dos precedentes.

Os dois critérios elencados acima parecem legitimar a aplicação do devido processo legal no desligamento de prestadores de serviços de plataformas digitais: (a) a desigualdade fática é manifesta, porquanto o exercício do trabalho em condições precárias reforça a dependência do trabalhador à plataforma, sem a qual não tem condições de exercer a atividade econômica; e (b) a importância do bem jurídico é facilmente constatada, uma vez que se trata de meio de subsistência que se tornou para muitos o único viável em tempos de crise e de desregulamentação.

Desse modo, a visão de que o desligamento de prestadores de serviço não requer prévia notificação, a partir da ideia de que reina a autonomia da vontade nessa seara, ignora o desenvolvimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na dogmática brasileira, que parece ter razões suficientes para vincular os particulares ao conteúdo das posições e garantias jusfundamentais. Conforme

16 Nesse sentido: "Sabe-se que o aplicativo da ré se trata de 'plataforma tecnológica que viabiliza o contato entre motoristas parceiros e pessoas interessadas na prestação de seus serviços", cujos prestadores de serviço atuam de forma independente. Assim, é indiscutível que a ré possui total liberdade e autonomia para contratar ou até mesmo excluir do seu cadastro qualquer pessoa, já que atua no setor privado. Logo é critério exclusivo da ré o cadastramento de seus prestadores e tomadores de serviço, selecionando seus motoristas parceiros e passageiros que aceita na sua plataforma, a fim de garantir a qualidade do serviço prestado, visto que possui responsabilidade em relação ao consumidor. Ainda, em que pese o alarmante fato relatado pela reclamada que sugestionou o banimento do autor (mov. 14 e 20), destaco que inexiste o dever de justificar os motivos que ensejaram a exclusão do autor da plataforma ré.
E mesmo que se tratasse de rescisão imotivada, destaco que a ré atuou dentro dos limites da livre iniciativa, não tendo praticado nenhum ato ilícito apto a ensejar o dever de reparar'" (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0013097-24.2019.8.16.0182 - Curitiba - Rel.: JUÍZA DE DIREITO DA TURMA RECURSAL DOS JUÍZA ADOS ESPECIAIS MELISSA DE AZEVEDO OLIVAS - J. 30.11.2020).

vimos, a Constituição Federal tem forte tendência compromissória e dirigente, sensível aos aspectos sociais e econômicos que caracterizam a história nacional.

Reafirmar a autonomia da vontade em situações de tamanha desigualdade significa violar os deveres de proteção a que o Estado está obrigado a colocar em prática por meio da atividade jurisdicional, o que se agrava ainda mais pela essencialidade do direito ao exercício profissional envolvido. Evidentemente que há casos em que o desligamento ou a suspensão cautelar ou definitiva do trabalhador é necessária para se resguardar a integridade dos usuários e da credibilidade das sociedades empresárias do ramo, mas a questão precisa ser tratada com respeito aos princípios constitucionais.

Sob a ótica dos precedentes, os juízes e os tribunais devem buscar coerência de princípio com as decisões anteriores. A integridade incorporada ao art. 926, do Código de Processo Civil, pode ser bem compreendida à luz do pensamento de Ronald Dworkin, segundo o qual a metáfora do romance em cadeia representa a forma de se conectar o passado com o presente na jurisdição. Não se trata de recuperar ideais políticos ou objetivos práticos de determinado período, mas sim de organizar e justificar as práticas atuais com princípios capazes de garantir futuro honroso [17].

Vale destacar que os precedentes servem à igualdade e afastam a incongruência principiológica dos atos do Estado. A integridade identifica os princípios que sustentam a comunidade política e condena as decisões não universalizáveis, que instituem as soluções voltadas unicamente ao caso concreto. Por certo, qualquer juiz pode divergir dos precedentes, desde que assuma o ônus argumentativo de demonstrar razões sólidas que aconselhem mudanças [18].

17 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 2ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 273-274.

18 PUGLIESE, William Soares. Princípios da Jurisprudência. 1ª ed; Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 109-110.

De toda a sorte, rechaçam-se voluntarismos que comprometem o tratamento igualitário dos jurisdicionados e a segurança jurídica. Fundamentações somente são adequadas no Estado Democrático de Direito se possam ser universalizáveis, qualidade que implica na observância horizontal e vertical dos precedentes [19], sem os quais não se consideram motivadas a decisões. A análise de casos não compreendidos nas razões de decidir deve buscar inspiração, por assim dizer, naquilo que os tribunais fizeram anteriormente, a fim de dar sequência à história institucional.

Anote-se que a argumentação jurídica racional não pode decorrer da pessoalidade da autoridade decisória. Pelo contrário, a justificação assume o dever de apresentar-se como a melhor solução para o caso consoante o direito posto, considerado o conceito de sistema, que não admite todos os tipos de argumentos [20]. Por essa razões, em argumentações dotadas de racionalidade, o indivíduo precisa fundamentar o posicionamento exarado de maneira descentrada e impessoal [21].

Nesse sentido, José Rodrigo Rodriguez afirma que a despersonalização dos provimentos jurisdicionais é capítulo na luta pela redemocratização do Brasil, o que se vincula ao mencionado princípio da segurança jurídica, que não se importa com as pessoas investidas nos cargos com poderes de decisão, mas sim com a legitimidade dos fundamentos que são expostos [22].

Em vista disso, a compreensão do fenômeno recente do trabalho precarizado por meio de plataformas digitais precisa contemplar os princípios enunciados nas decisões anteriores, que estabelecem, em síntese, limites à autonomia da vontade que se

19 MALISKA, Marcos Augusto; HUMENHUK, Hewerstton. Autoritarismo Judicial. XVIII Encontro Nacional do CONPEDI: Constituição e Democracia I. Brasília-DF. 2019, p. 124.

20 RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro). 1ª ed; São Paulo: FGV, 2013, p. 72.

21 RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro). 1ª ed; São Paulo: FGV, 2013, p. 77.

22 RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro). 1ª ed; São Paulo: FGV, 2013, p. 105 e ss.

alicerçam na dimensão objetiva dos direitos fundamentais. São diferenciações arbitrárias, portanto, as que se fazem para endossar o desligamento de trabalhadores de plataformas sem o devido processo legal.

Assim, é necessário repensar os julgamentos de casos semelhantes a partir da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos precedentes, a fim de que se criem fundamentações adequadas em todos os níveis do sistema judiciário, sem distinções que carecem de justificativas em princípios.

Considerações finais

Dessume-se que o paradigma liberal classifico é insuficiente a tutelar os direitos fundamentais porque as desigualdades fáticas entre os homens, verificadas há muito, demonstram que a autonomia da vontade, característica elementar do Direito Privado, produz violações sensíveis entre os particulares. Reconhece-se a eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais nos países de tradição romano-germânica, com discussões sobre os limites da vinculação, que amplia a proteção da tradicional dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Advoga-se a tese da eficácia direta ou imediata dos privados aos direitos fundamentais. Isso porque o modelo parece ser o mais adequado à ordem constitucional brasileira, que consagra consideráveis direitos sociais e elenca objetivos fundamentais, entre eles o de construir sociedade livre, justa e igualitária. Também a realidade socioeconômica brasileira aconselha a vinculação direta, tendo em vista os problemas históricos de marginalização que o Brasil enfrenta.

Se, por um lado, é imperativa a proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas, por outro é necessário garantir a autonomia da vontade para que não se funcionalize a liberdade contratual. Há que se buscar equilíbrio entre a tutela

adequada da pessoa e a liberdade na esfera privada. Dois critérios são adequados na análise do assunto: a desigualdade fática entre os interessados e a essencialidade do bem em jogo, que delimitam a extensão da proteção em graus variados.

Quanto ao devido processo legal entre os particulares, observou-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu em algumas oportunidades a incidência da garantia, a partir da dimensão objetiva e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a fim de anular punições de cooperados ou de associados.

Entretanto, há entendimentos de que a exclusão de trabalhadores de plataformas dispensa o devido processo legal, com o fundamento de que impera a autonomia negocial nas relações privadas. Critica-se tais posicionamentos a partir da teoria dos direitos fundamentais, dada a desigualdade fática dos interessados e a essencialidade do bem em jogo, e da teoria dos precedentes, porquanto a integridade obriga a procura de coerência de princípio nas decisões anteriores e condena distinções arbitrárias em todos os níveis da jurisdição.

Referências Bibliográficas

BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do Devido Processo Legal a Processos Particulares – Processos Punitivos de Sócios, Associados e Condôminos. Revista de Processo/Instituto Brasileiro de Direito Processual. . 33, n. 161, jul., 2008, p. 301–323.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.748/2020. Institui e dispõe sobre o regime de trabalho sob demanda. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2257468

BRASIL, Bárbara Dayana. Direitos Humanos e Investimento Estrangeiro na Ordem Internacional: Perspectivas para interação. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Coimbra, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de

5.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 54, Jan/2006, p. 28-39.

DE ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 5ª ed; Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 2ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. 1ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. 1ª ed; Coimbra: Almedina, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto; HUMENHUK, Hewerstton. Autoritarismo Judicial. XVIII Encontro Nacional do CONPEDI: Constituição e Democracia I. Brasília-DF. 2019, p. 117-132.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional. 4ª ed; São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Leonardo; et al. Comentários à Constituição do Brasil. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013. Versão Eletrônica.

PIEROTH, Bodo; BERNHARD, Schlink. Direitos Fundamentais. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2012. Versão Eletrônica.

PUGLIESE, William Soares. Princípios da Jurisprudência. 1ª ed; Belo Horizonte: Arraes, 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro). 1ª ed; São Paulo: FGV, 2013.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil in A Nova

Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed; Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STF - RE: 158215 RS, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 30/04/1996, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 07-06-1996 PP-19830 EMENT VOL-01831-02 PP-00307 RTJ VOL-00164-02 PP-00757.

STF - RE: 201819 RJ, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577.

TJPR - 1ª Turma Recursal - 0013097-24.2019.8.16.0182 - Curitiba - Rel.: JUÍZA DE DIREITO DA TURMA RECURSAL DOS JUÍZAADOS ESPECIAIS MELISSA DE AZEVEDO OLIVAS - J. 30.11.2020.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En Qué Medida Vinculan a Los Particulares a Los Derechos Fundamentales? in Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Violência contra as mulheres no mundo: políticas de prevenção como estratégia de enfrentamento e promoção dos direitos humanos

Violence against women in the world: prevention policies as a strategy for confronting and promoting human rights

Adriane Medianeira Toaldo[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. A afirmação dos direitos humanos; 3. Violência contra as mulheres: a necessidade de se adotar políticas públicas preventivas como afirmação dos direitos humanos; 4. Considerações Finais.

Resumo: Em todo o planeta, na contramão dos direitos humanos, da afirmação da dignidade das pessoas e a equidade entre os sexos, a violência contra as mulheres persiste em ser uma triste mancha na história da humanidade, evidenciando uma desigualdade histórica de gênero que colocam as pessoas do sexo feminino em situação de inferioridade, evidenciando heranças de uma sociedade patriarcal que atribui papéis de gênero e de subordinação e que considera as mulheres como objeto sexual, sendo a violência um subproduto desta condição imposta que se naturalizou. Na maioria dos estados que se autoproclamam democráticos, os índices de violência de gênero mostram a fragilidade dos governos e das sociedades em promover sua erradicação. Este trabalho, que consiste em uma pesquisa qualitativa, construída pelo método hipotético-dedutivo e sob a abordagem bibliográfica, tem como objetivo relacionar este tipo de violência como inerente à inexistência da afirmação dos direitos humanos bem como estabelecer políticas de prevenção. Concluiu-se que, enquanto não se tomarem medidas necessárias para sua prevenção e punição dos responsáveis e não forem criadas e desenvolvidas políticas públicas de proteção às mulheres, a

1 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, RS. Professora Adjunta da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) – Campus Santa Maria. E-mail: adrianetoaldo@gmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

violência contra elas continuará evidenciando um desrespeito à eficácia dos direitos humanos e um desafio às sociedades e estados democráticos que possuem o dever de combater a desigualdade de gênero e promover a equidade entre homens e mulheres.

Palavras-chave: Violência de gênero; Mundo; Direitos Humanos; Prevenção.

Abstract: Across the planet, in the face of human rights, the affirmation of people's dignity and gender equity, violence against women persists in being a sad stain on human history, evidencing a historical gender inequality that puts women in a situation of inferiority, evidencing inheritances of a patriarchal society that assigns gender and subordination roles and that considers women as a sexual object, violence being a byproduct of this imposed condition that has become naturalized. In most states that claim to be democratic, rates of gender-based violence show the weakness of governments and societies in promoting its eradication. This work, which consists of a bibliographical research, built by the monographic method and under the deductive hypothetical approach, aims to relate this type of violence as inherent to the non-existence of the affirmation of human rights, as well as to establish prevention policies. It was concluded that, as long as the necessary measures for prevention and punishment of those responsible are not taken and public policies to protect women are not created and developed, violence against women will continue to show a disrespect for the effectiveness of human rights and a challenge to societies and democratic states that have a duty to combat gender inequality and promote equality between men and women.

Keywords: Gender violence; world; human rights; Prevention.

1. Introdução

No mundo inteiro, um fato insiste em unificar diferentes povos, o tema da violência contra a mulher, fruto da desigualdade histórica de gênero que naturalizou, de forma simbólica, uma dominação de um sexo sobre o outro, atribuindo-se papéis de gênero que colocam a personagem feminina em estado de subordinação e dependência em relação aos homens, além de seu subproduto mais cruel, a violência. A violência de gênero está na contramão

dos últimos acontecimentos mundiais em que a afirmação dos direitos humanos e dos esforços contínuos para promover os direitos humanos e, entre eles, a equidade entre os sexos.

O objetivo deste trabalho consiste em analisar a violência contra as mulheres no mundo a partir desta perspectiva de contramão da sociedade e dos governos, ensejando uma mudança de posicionamento e de atitude perante o problema, adotando políticas de prevenção que estejam relacionadas com à afirmação dos direitos humanos. O estudo consiste em uma pesquisa qualitativa construída sob a égide da abordagem hipotético-dedutiva e elaborada através do procedimento bibliográfico. O trabalho apresenta-se dividido em duas seções. Na primeira, aborda-se a questão dos direitos humanos e sua afirmação a partir de meados do século XX. Na segunda, relaciona-se a questão da violência contra a mulher como um subproduto da dominação masculina que atenta contra a eficácia dos direitos humanos no mundo, exigindo que se adotem sistemas de prevenção.

2. A afirmação dos direitos humanos

A partir do Século XX, houve um movimento crescente de afirmação dos direitos humanos no mundo inteiro, objetivando validá-los no plano internacional e procurando o apoio dos estados nacionais para que fossem assegurados, protegidos ou concretizados. No entanto, sabe-se que esta visão ainda enfrenta resistências, seja pelo aspecto cultural, seja pela soberania de cada nação e sua autodeterminação enquanto resultante de sua historicidade.

Porém, a humanidade sente uma necessidade social e moral de realizar a defesa efetiva dos direitos humanos como condição inerente à dignidade das pessoas, havendo um debate crescente sobre doutrinas políticas e jurídicas que possam efetivamente garantir sua concretização (PIOVESAN, 2018).

Mesmo respeitando a história cultural de cada povo, é possível afirmar que existem direitos humanos universais. Mesmo que se respeite a autodeterminação de uma nação, violência contra as mulheres, tortura, ausência de liberdade são exemplos de direitos humanos sendo negligenciados, o que torna estas práticas indefensáveis em qualquer lugar do planeta, pois são atitudes que envergonham a humanidade como um todo (GORCZEVSKI, 2009).

As atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus geraram a necessidade de um instrumento político que consagrassem uma nova era que foi construída por todas as nações aliadas durante a guerra. Foi assim que surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 na Assembleia Geral das Nações Unidas, que oferece uma concepção moderna sobre esta questão, afirmando que estes direitos são universais e indivisíveis. Universal porque devem acontecer em escala internacional e indivisível porque a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais consiste em uma condição para a observância dos direitos civis e políticos. Assim, a Declaração consiste em um ideal a ser alcançado por todos os povos e nações que compreendem a sua importância (PIOVESAN, 2018).

Em razão do desenvolvimento econômico e social, outras declarações surgiram no decorrer do século passado, reafirmando os direitos já proclamados, intensificando-os ou aprimorando suas características. Da mesma forma, surgiram convenções regionais nos continentes encarregadas de organizar sistemas de fiscalização e denúncias de situações que desrespeitavam flagrantemente os direitos humanos. Cita-se, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como o Pacto de San José, que consignou direitos elementares em sua carta, como a vida, a integridade, a liberdade, a honra, a dignidade, a igualdade, a proteção jurídica e outros tantos deveres dos Estados e das sociedades para com seus povos. Foi deste encontro que derivaram a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, importantes mecanismos de monitoramento e implementação destas garantias (HAHN; TRAMONTINA, 2012).

Os Estados que são signatários desta Convenção reconhecem sua competência para a consideração de queixas específicas, devendo alterar suas legislações internas para adequá-las ao seu conteúdo jurídico. Da mesma forma, denúncias realizadas nestes órgãos costumam ter repercussão internacional e provocar mudanças internas, beneficiando a sociedade com proteção às diferentes facetas da dignidade humana. O fim destas organizações consiste em proteger as pessoas e não os Estados que dela fazem parte.

Situação idêntica ocorreu na Europa, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, promulgada em 1953. Na prática, ela significou a união dos países em torno de um eixo democrático de proteção e garantia dos direitos do homem, protegendo aspectos civis, políticos, econômicos e sociais das comunidades e, ao mesmo tempo, garantindo a vida, a liberdade, a segurança, a igualdade e tantos outros direitos que fundamentam a existência das pessoas na contemporaneidade. Da mesma forma que na América, existem a Comissão Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que atuam como fiscalizadores das obrigações firmadas neste acordo continental que tem como fim último proteger a dignidade humana.

Da mesma forma, existe na África a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos povos, que atua em todo o continente para implementar os direitos estabelecidos na Carta Africana, que surgiu em 2004. Este é o documento base da Comissão, que promove um conjunto de direitos políticos e econômicos, sociais e culturais com a expressa previsão de que estes direitos são indissociáveis para a satisfação das necessidades humanas, estabelecendo mecanismos de investigação mediante denúncias, cria relatórios específicos, adota resoluções e interpreta os dispositivos da Carta

Africana.

O continente asiático, também preocupado com a promoção dos direitos humanos, criou a Comissão Asiática de Direitos Humanos procura proteger e promover os direitos humanos por meio do monitoramento, investigação, defesa e ações solidárias no continente. Esta Comissão trabalha a partir das Declarações de Bangkok e de Viena, procurando promover e proteger os direitos humanos no continente. O grande problema para este organismo consiste na diversidade de culturas e de formas de estado existentes na Ásia. Os principais problemas relativos à temática dos direitos humanos são os direitos das mulheres, das crianças, a autodeterminação dos povos e a contradição existente entre os direitos humanos defendidos no ocidente com a cultura milenar asiática (MORE, 2021).

Muitos estudiosos costumam fazer uma divisão dos direitos humanos por temas específicos, no sentido de facilitar seu entendimento, criando categorias que tem como objetivo compartimentar a legislação e ofertar a tutela em momentos distintos. Os primeiros direitos a serem considerados seriam os individuais e coletivos, dos quais fariam parte o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, estabelecendo uma relação direta entre o indivíduo e o Estado, propondo a sua inviolabilidade. Estes direitos têm como premissa que a sua oferta garante uma vida digna no contexto de uma democracia, afirmando que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei ou que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (SARLET; FIGUEIREDO, 2013).

A segunda categoria de direitos seriam os de cunho social, estando presentes na maioria das legislações contemporâneas que adotaram o constitucionalismo. São conhecidos como direitos prestacionais, pois exigem do poder público a sua oferta na forma de políticas públicas, demandando a alocação de recursos estruturais, financeiros, tecnológicos e humanos para sua efetivação. Fazem

parte deste rol a saúde, educação, alimentação, transporte, proteção à maternidade, infância e velhice, segurança e trabalho bem como assistência aos desamparados (SARLET, 2018).

Uma terceira categoria, que se enquadra no conjunto de direitos humanos e fundamentais, consiste nos direitos de nacionalidade que todo cidadão possui por fazer parte de um Estado ou nação, preconizando uma relação de caráter jurídico e político que estabelece, além da proteção do Estado, deveres advindos da ordem estatal, como o voto ou a admissão nas forças armadas, por exemplo (MARCO, 2015). A quarta e última categoria constitui os direitos políticos, que incluem a liberdade de se manifestar, de se organizar em diferentes tipos de associações, possibilitando ao cidadão a participação política nos destinos do Estado, com sua capacidade de votar (direito político ativo) e de ser votado (direito político passivo) (CARVALHO, 2016).

Certamente, há ainda um longo caminho para a afirmação dos direitos humanos na seara internacional, pois frequentemente se ouvem denúncias de afronta às mais elementares necessidades humanas, fruto da desigualdade social e do egoísmo, situações que ensejam ainda com maior importância a organização da luta política nos mais diferentes Estados para garantir a dignidade humana.

3. Violência contra as mulheres: a necessidade de se adotar políticas públicas preventivas como afirmação dos direitos humanos

Na história das sociedades humanas, em cuja maior parte predominou o sistema de patriarcado, as mulheres sempre foram relegadas a uma condição secundária na escala social, sofrendo, além da discriminação, diferentes formas de violência que mantiveram seu papel de subordinadas e submissas. Ainda hoje, em que se afirmam direitos humanos como a igualdade, a violência de gênero talvez se constitua na mais vergonhosa violação dos direitos

humanos, pois não conhece fronteiras geográficas, culturais ou de riqueza. Enquanto este tipo de violência continuar a existir, não se pode falar de igualdade, desenvolvimento e paz social (BORDIEU, 2002).

Uma análise rápida dos dados oferecidos por pesquisas mostra a grandiosidade do problema. Cerca de 120 milhões de mulheres no planeta já afirmaram ter sofrido estupros, ou seja, relações sexuais sem o seu consentimento. Na Índia, país famoso por esta prática, 92% da população feminina relatou sofrer algum tipo de assédio ou violência sexual. Meninas e mulheres compõem 70% do contingente de pessoas traficadas no mundo. Na União Europeia, uma em cada dez mulheres disseram ter sofrido assédio sexual pela Internet. No Brasil, 20% das mulheres que já haviam sido agredidas uma vez relataram que isto teria acontecido em outras cinco vezes (VIEIRA; GARCIA; MACIEL. 2020).

O Brasil é um dos líderes quando o assunto é desigualdade de gênero, estando em 92º lugar no mundo. A Organização Mundial de Saúde (OMS) detectou que o país é o quinto do mundo no número de feminicídios. Segundo o Atlas da Violência de 2020, 4.519 mulheres foram assassinadas em 2018, representando uma taxa de 4,3 homicídios para cada 100 mil habitantes do sexo feminino. Isto significa dizer que uma mulher é morta a cada duas horas (VIEIRA; GARCIA; MACIEL. 2020).

Os números falam por si, evidenciando efeitos desastrosos para uma sociedade que almeja rumos diferentes, visualizando-se o fragmento de famílias, o futuro sendo ameaçado de jovens e as sequelas físicas e psicológicas que impedem as vítimas de seguir uma vida normal. Entende-se que a violência de gênero constitui um aspecto inerente ao tipo de sociedade dominada pelos homens, que as consideravam inferiores e objetos sexuais, utilizando a violência como prova de sua masculinidade (SANTOS et al., 2019).

A violência de gênero assumiu um caráter naturalizante ao ser construída historicamente, tornando-se aceita dentro da

sociedade, de acordo com a divisão social construída entre os sexos e que a torna legítima. Anos de socialização desse caráter biológico refletem a justificação natural da representação arbitrária dos gêneros, pois é desta forma que o "forte" (masculino) se relaciona com o "fraco" (feminino) e ambos aceitam suas condições pré-determinadas como se fossem naturais (BORDIEU, 2002).

Criados neste ambiente e nesta perspectiva cultural, as novas gerações de homens e mulheres assimilam tais pressupostos como verdades imutáveis, aceitando as construções simbólicas construídas sobre os papéis de cada sexo. Ao ocultar que a construção simbólica consiste em uma arbitrariedade, admite-se que a dominação exista e, com ela, seu subproduto, a violência (SCOTT, 1990). Assim, como sistema opressivo, a sociedade dos homens utilizou-se da violência para subjuga aquelas que não concordavam com a situação. E como esta agressão é gerada de diversas formas, muitas vezes não se percebe o seu teor, evidenciando-se apenas quando acontecem crimes mais graves, como é o caso do feminicídio.

No entanto, é preciso ressaltar que todo desrespeito à condição feminina se configura como uma forma de violência, incluindo-se aqui comentários pessoais, exemplos veiculados nos meios de comunicação, como ações políticas, no mercado de trabalho, no ambiente familiar, nas piadas machistas, na falta de apoio social para as mulheres que desejem se separar dos companheiros violentos, nas agressões verbais e físicas e, infelizmente, nos assassinatos. E tudo começa com formas de violência quase sempre imperceptíveis, naturalizadas, e sua continuidade tende sempre a aumentar, gerando, no final a violência física (BORDIEU, 2008).

Nessa toada, a desigualdade de gênero representa a discriminação de qualquer natureza ligada ao fato de ser homem ou ser mulher, em severo descompasso com os direitos fundamentais que o Estado democrático de direito intenta proteger. No contexto

das relações afetivas, a desigualdade reflete na objetificação feminina, culminando na violência e no feminicídio. O nível de objetificação torna-se tão alto que tem como consequência mais alarmante o homicídio motivado, diretamente, pela discriminação de gênero ou pela violência doméstica.

A violência contra as mulheres foi reconhecida como uma afronta aos direitos humanos em 1993, na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos. Como decorrência disso, ocorreu a Convenção de Belém do Pará, que ratificou este posicionamento para o continente americano, definindo a violência contra as mulheres como uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, definindo-a como qualquer ação ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, tanto na esfera pública como na privada, devendo-se garantir, em todos os Estados, o direito a uma vida livre de violência para as pessoas do sexo feminino (CIDH, 1994).

O foco da Convenção de Belém do Pará foi o compromisso das nações americanas participantes no sentido de adotar ações de prevenção, punição e erradicação da violência contra as mulheres, adotando medidas legais que possibilitem a investigação, apuração e punição dos agressores, ao mesmo tempo em que possa garantir recursos adequados e suficientes para oferecer tratamento às vítimas (CIDH, 1994)

A condenação dos atos de violência contra as mulheres está embasada em pressuposto de direitos humanos, que preconizam a equidade de gênero, além da ideia de que o ser humano tem direito à dignidade, motivo pelo qual a violência não pode ser aceita como um subproduto natural das relações entre as pessoas, nem entre homens e mulheres e nem entre quaisquer outras relações. Por este motivo é que os estudos de gênero têm sido tão importantes, pois são eles que fornecem o cabedal teórico que permite entender como a dominação e seu correlato, a violência, se tornaram ações

aceitas e naturalizadas no cotidiano, existindo até mesmo um ditado popular que afirma que em briga de marido e mulher não se mete a colher (SCOTT, 1990).

Mas isto está mudando, pois os números das denúncias, além de impressionantes, revelam uma nova postura das mulheres no século XXI, que é a de denunciarem os abusos, protegidas pelas legislações de muitos países que estão preocupados em combater este tipo de violência. A sociedade caminha para um novo tipo de empoderamento, o feminino, que rejeita a ideia de que a violência constitui o cotidiano comum das relações. Pelo contrário, ela evidencia os resquícios de uma sociedade patriarcal, que perdurou por muitos séculos, na qual a mulher era considerada um objeto do homem.

Mas as denúncias também evidenciam que não bastam leis para proteger as mulheres após as agressões, criminalizando os homens (geralmente companheiros ou ex-companheiros), pois é preciso estar um passo à frente da situação, criando políticas públicas de enfrentamento e prevenção. A sociedade civil e os Estados precisam se unir na criação de mecanismos que impeçam a naturalização da violência, ensinando as pessoas a vivenciar uma cultura de paz, amor e respeito. Há uma necessidade imperiosa de empoderar ambos (meninos e meninas, homens e mulheres) em um novo tipo de entendimento, na qual a diversidade não signifique superioridade, a diferença não justifique agressão e maus-tratos e a fragilidade não seja motivo de abusos.

Por outro lado, políticas públicas eficientes, como a criação de centros de prevenção, campanhas educativas e adaptação de currículos escolares, podem se constituir em elementos de prevenção eficazes. Por políticas públicas pode-se entender o conjunto de ações protagonizadas pelo Estado, mas que podem ser organizadas em conjunto com a sociedade, que são orientadas para um determinado objetivo, refletindo ou traduzindo ações ou decisões para responder a determinados problemas da sociedade.

Especificamente sobre políticas públicas para combater a violência contra mulheres, é necessário entender que a violência é um produto da desigualdade de gênero, iniciando-se o trabalho com a identificação destas diferenças e com a definição de prioridades a partir de um conjunto de eixos que possibilitem a emancipação da mulher. Estes itens podem formar uma agenda de inserção dos atores sociais em programas específicos de combate à violência a mulher, políticas de atenção integral à sua saúde, geração de emprego, renda e capacitação, acesso a crédito, acesso à propriedade e combate à discriminação no trabalho, cujos propósitos são o de inserir as pessoas do sexo feminino em condições de igualdade no meio social (SANTOS, 2018).

A violência contra a mulher precisa acabar, como uma condição sine qua non de sociedades democráticas e civilizadas, pois não há argumento no mundo que justifique a sua perpetuação.

4. Considerações Finais

Uma célebre frase elaborada pela Organização das Nações Unidas afirma que quando uma mulher é agredida toda a sociedade também é. Nada mais verdadeiro se pensar que é da mulher que se origina a principal composição social existente na sociedade, a família, base de toda a organização econômica, política e cultural existente. Não somente todas as pessoas são fruto da condição feminina biológica de gerar novos seres, perpetuando a espécie humana, como também se constroem culturalmente pela educação oferecida pelas mulheres, em sua maioria, dentro de casa.

Se elas são tão importantes, porque assumem papéis secundários na vida em sociedade, reproduzindo, muitas vezes, conceitos que as desqualificam e as submetem a condições inferiores. Porque foram submetidas a uma naturalização da desigualdade, em que diferentes papéis foram atribuídos a ambos os sexos, gerando uma supremacia masculina que ainda perdura

na maior parte das sociedades.

E onde se evidencia a violência contra elas? Primeiramente, ela surge como forma de impor a dominação, mas posteriormente afirma-se como inerente a sua condição de objeto sexual masculino, que vê na mesma um objeto de prazer, quer ela queira ou não. Assim, as várias formas de violência se justificam pela sua condição feminina, entendimento que explica porque a violência contra a mulher é uma violência de gênero.

Mas o que dizem os defensores dos direitos humanos? Que todas as pessoas são iguais e que nenhum merece qualquer tipo de tratamento abusivo. Então, enquanto estamos afirmando os direitos humanos como inerentes à dignidade das pessoas, não se pode esquecer que a violência contra as mulheres vai na contramão deste pressuposto, evidenciando a sua ineficácia. A sociedade necessita evoluir e ambos, homens e mulheres, precisam se emancipar e adotar um novo tipo de empoderamento, que considere as pessoas como iguais, independente de seu sexo e de suas características. Esta consiste em uma condição para que a violência contra a mulher seja erradicada, para que as sociedades democráticas possam dizer, com certeza, que são promotoras dos direitos humanos.

Enquanto isto não acontece, é papel dos Estados e da sociedade civil organizada a criação e promoção de leis efetivas que possibilitem investigar e punir os culpados ao mesmo tempo em que desenvolvem políticas públicas de apoio às vítimas, para que as mesmas possam superar as traumáticas sequelas da violência, que causa problemas para toda a sociedade. Outro ponto muito importante é o desenvolvimento de políticas de prevenção, que instrumentalizem a sociedade, o poder público e, principalmente, as mulheres, a coibir e evitar que a violência contra o sexo feminino seja aceito e naturalizado, investindo em campanhas de cunho educativo para mudar a cultura existente, introduzindo a noção de respeito com o sexo oposto, condição necessária para a equidade

e igualdade.

Referências Bibliográficas

BORDIEU, Pierre. A dominação masculina: a condição feminina e a dominação simbólica. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR,

PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER,

"CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ". Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

GORCZEVSKI, Clovis. Direitos humanos: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

HAHN, Paulo; TRAMONTINA, Robison. Direitos humanos na diversidade cultural: toeira crítica e interculturalidade. In: GORCZEVSKI, Clovis; LEAL, Mônia Clarrisa Henning. Constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas. Curtitiba: Multideia, 2012.

MARCO, Carla Fernanda de. O direito fundamental à nacionalidade: a apatridia e a competência atributiva da ONU. Jundiaí, Paco Editorial, 2015.

SANTOS, E. B. Políticas públicas e cidadania para as mulheres no Brasil. In: MEDEIROS, L. Políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher. Rio de Janeiro: Letra Capital / PUCRio:

Departamento de Serviço Social, 2018. p. 47-62.

SANTOS, R. G.; MOREIRA, J. G.; FONSECA, A. L. G. et al. Violência contra a mulher a partir das teorias de gênero. Rev. Mult. Psic. v.13, n. 44, p. 97-117, 2019.

SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2018.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. In: SARLET, I. W., TIMM, L. B., & BARCELLOS, A. P. (Orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação e Realidade, Porto Alegre, n. 16, p. 5-22, jul./dez. 1990.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 18. ed. São Paulo: Saraiva: 2018.

VIEIRA, P. M.; GARCIA, L. P.; MACIEL, E. L. N. Isolamento social e aumento da violência doméstica: o que isso nos revela. Rev. Bras. Epidemiol., n 23, p. E20033, 2020

COVID-19: é possível garantir o direito fundamental à educação no ensino fundamental público no Brasil, em situações de exceção, por meio da educação à distância?

COVID-19: is it possible to guarantee the fundamental right to education in public elementary school in Brazil, in exceptional situations, through e-learning?

Carolina Piovesan Alfier[1]

Sumário: Introdução; 2. O direito à educação; 3. A educação à distância (EAD); 3.1. Acesso à tecnologia no Brasil; 4. A efetividade do direito à educação; 5. Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho pretende analisar se a educação a distância pode ser considerada como forma de efetivação do direito à educação no ensino fundamental público no âmbito da pandemia de Covid-19 no Brasil. Primeiramente, o artigo contextualizará a situação pandêmica no país, caracterizada pela doença que, em razão do alto grau de contágio e grande mortalidade, fez com que os governos adotassem uma série de medidas restritivas, dentre as quais o fechamento das instituições de ensino. Em seguida, analisará os aspectos jurídicos do direito fundamental à educação, com foco principalmente nos dispositivos constitucionais que asseguram referido direito. Após, passará a tratar da previsão legal da educação a distância, contida na Lei de Diretrizes e Bases (LDB), além de suas características e especificidades, analisando sua aplicabilidade em situações excepcionais. O trabalho verificará, então, os requisitos tecnológicos necessários para a utilização desse sistema de ensino, bem como sua existência e disseminação entre os domicílios brasileiros, por meio da coleta e análise de dados estatísticos. Por fim, diante do cenário

1 Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Advogada. Contato: carolina.alfier@hotmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

apresentado, esse estudo pretende refletir acerca da garantia do direito fundamental à educação, e das conseqüências de sua inobservância em tempos adversos. O enfrentamento à questão formulada será realizado com a aplicação do método dialético, através da técnica de pesquisa bibliográfica e estatística, concluindo-se pela impossibilidade de se assegurar a efetivação do direito à educação por meio da educação a distância no ensino fundamental público brasileiro.

Palavras-chave: Covid-19; educação; EAD; tecnologia.

Abstract: The present work intends to analyze if e-learning can be considered as a form of realization of the right to education in public elementary education in the scope of the Covid-19 pandemic in Brazil. First, the article will contextualize the pandemic situation in the country, characterized by the disease that, due to the high degree of contagion and high mortality, caused governments to adopt a series of restrictive measures, including the closing of educational institutions. Then, it will analyze the legal aspects of the fundamental right to education, focusing mainly on the constitutional provisions that ensure that right. Afterwards, it will deal with the legal provision of e-learning, contained in the Law of Guidelines and Bases (LDB), in addition to its characteristics and specificities, analyzing its applicability in exceptional situations. The work will then verify the technological requirements necessary for the use of e-learning, as well as its existence and dissemination among Brazilian households, through the collection and analysis of statistical data. Finally, given the scenario presented, this study intends to reflect on the guarantee of the fundamental right to education, and the consequences of its failure in adverse times. The confrontation of the formulated question will be carried out with the application of the dialectical method, through the technique of bibliographic and statistical research, concluding by the impossibility of ensuring the realization of the right to education through e-learning in Brazilian public elementary school.

Keywords: Covid-19; education; e-learning; technology.

Introdução

Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde declarou estado de pandemia diante da transmissão mundial do coronavírus (Sars-Cov-2), causador da doença Covid-19. A partir

da declaração da OMS e das expectativas de aumento de contágio e mortalidade advindos da doença, os governantes de todo o mundo passaram a adotar medidas para estabelecer o isolamento social, dentre elas o fechamento dos serviços considerados não essenciais (comércio em geral, academias, restaurantes, etc.) e também das escolas.

No Brasil, a determinação estatal de fechamento das escolas fez com que as instituições públicas de ensino buscassem um modo de se adaptar aos obstáculos advindos da pandemia da Covid-19. Em alguns Estados, por exemplo, foi implementada uma forma considerada emergencial de EAD, com a elaboração de uma plataforma digital de estudos, e a realização de aulas e atividades on-line. No entanto, nem a União e nem o Ministério da Educação apresentaram diretrizes para a padronização da EAD nos Estados, e cada ente desenvolveu suas próprias ferramentas de ensino.

Diante dessa conjuntura, deve-se atentar para a situação específica do ensino fundamental público, constituído pelos alunos do primeiro ao nono ano, com idade entre seis e quatorze anos, matriculados nas escolas estaduais. Analisando-se os requisitos legais e factuais para a implementação e o sucesso da EAD, deve-se questionar se é possível a utilização desse sistema para a garantia plena do direito à educação previsto na Constituição Federal.

2. O direito à educação

A Constituição Federal de 1988 assegurou a todos o direito à educação, de responsabilidade do Estado, da família e da sociedade, tratando de sua promoção a partir de princípios como igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, gratuidade no ensino público, e garantia do padrão de qualidade, dentre outros, conforme o disposto nos artigos 205, 206 e 227 (BRASIL, 1988).

A relevância com que o direito à educação é tratado na Carta

Magna reflete a valorização e o reconhecimento de sua importância por toda a sociedade. A educação é ferramenta de conhecimento e desvelamento do mundo, que possibilita a evolução do ser humano, o exercício efetivo da cidadania e o próprio progresso do país, razão pela qual foi erigida à categoria de direito fundamental.

Mas para além de aduzir o direito fundamental à educação, a Constituição apresentou os instrumentos para sua realização, determinando, no artigo 208, que o dever estatal de promover a educação será efetivado por meio da oferta de educação básica obrigatória e gratuita, e de programas suplementares voltados às necessidades materiais dos educandos.

Assim, observa-se que tanto o direito à educação quanto as garantias à sua promoção estão previstos textualmente no ordenamento jurídico pátrio. E o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito é um dos instrumentos para a sua concretização, ou seja, para a efetivação desse direito.

No entanto, deve-se perguntar, para além da série de instrumentos teóricos previstos com o fim de assegurar o direito universal à educação, quais são as condições físicas e estruturais necessárias para que a promessa de acesso à educação pública, universal e gratuita seja realmente consubstanciada. E mais ainda, deve-se perguntar se a manutenção dessa promessa de acesso, ou seja, se a manutenção do compromisso constitucional e legal de promover o direito à educação, pode ocorrer em tempos de exceção.

3. A educação à distância (EAD)

A educação a distância (EAD) é prevista no artigo 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), e regulamentada pelo Decreto nº 9.057/2007, no qual é conceituada como uma espécie educacional em que alunos e professores estão separados física e temporalmente e, por isso, faz-se necessária a utilização

de meios e tecnologias de informação e comunicação (TIC) para o desenvolvimento das atividades didático-pedagógicas (BRASIL, 2007)

Para a oferta regular da EAD, a LDB estabelece, ainda no artigo 80, uma série de requisitos às instituições de ensino, como credenciamento e regulamentação específicos, e até mesmo a previsão de canais televisivos especialmente voltados para essa função. Tais exigências objetivam incentivar o desenvolvimento e a difusão da EAD em todos os níveis e modalidades de ensino (BRASIl, 1996).

Em uma análise inicial, a flexibilização de tempo e de espaço físico, características inerentes ao sistema de ensino a distância, podem ser consideradas como uma forma de democratização do conhecimento. A possibilidade de acesso ao conteúdo didático e pedagógico independentemente da existência de transporte e estrutura física fornecidos pelo Estado, e em datas e horários determinados pelos próprios alunos, seriam fatores positivos para a disseminação do conteúdo escolar.

No caso do ensino fundamental público, porém, a LDB estipula a educação presencial como regra no artigo 32 (BRASIL, 1996). A educação à distância será considerada apenas como complementação ou em caso de emergência. A primazia pela educação presencial se justifica em razão do ensino fundamental representar a fase estrutural, de constituição dos alicerces do aprendizado, na qual é indispensável a interação e intervenção diárias, constantes, do professor para a formação inicial dos cidadãos.

O cenário experimentado pelo Brasil diante da pandemia da Covid-19, provocando o fechamento das escolas e o isolamento social, carateriza-se, sem dúvida, como uma situação de emergência. Diante dessa conjuntura, a adoção do ensino a distância seria possível como uma forma de garantir a manutenção das aulas, e poderia, hipoteticamente, assegurar o direito à educação.

É importante ressaltar que a implementação da educação a distância deve, evidentemente, obedecer aos pressupostos exigidos pela legislação. Além das condições determinadas pela LDB no artigo 80, o Decreto nº 9.057/2007 ainda dispõe que a oferta de educação a distância deverá garantir as condições de acesso nos espaços e meios utilizados para sua promoção (BRASIL, 2007).

De fato, para se efetivar o acesso concreto à educação, os estudantes da EAD precisam dispor, dentre outras, de condições estruturais como um local adequado e uma quantia financeira relevante, uma vez que devem adquirir um computador e possuir conexão estável de internet para viabilizar os estudos. Ademais, deve-se considerar a necessidade de suficiente interação entre os alunos e o professor, indagando-se se um processo educativo baseado na transmissão de conteúdo diante da passividade dos estudantes seria satisfatório para o alcance do aprendizado.

Assim, considerando-se as condições estruturais como fundamentais para o desenvolvimento da educação à distância, deve-se investigar, no caso concreto, quais são as circunstâncias de acesso à tecnologia no Brasil. Em seguida, deve-se indagar se a conjuntura encontrada é suficiente para a efetivação do direito à educação no ensino fundamental público por meio da EAD.

3.1. Acesso à tecnologia no Brasil

O avanço da tecnologia, gerando constantes inovações e formas de relacionamento, é um fenômeno mundial e, como tal, interfere em toda a sociedade. No entanto, deve-se considerar a grande disparidade no acesso à tecnologia no Brasil, que pode ser verificada pelos dados da última pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua (PNAD), realizada em 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, principal órgão responsável pelos dados e informações do país.

Na pesquisa mencionada, o IBGE realizou um levantamento

do número de residências e cidadãos que dispõem de diferentes formas de tecnologia, como computador, tablet, e acesso à internet. Segundo a PNAD 2018, 55,9% (cinquenta e cinco vírgula nove por cento) dos domicílios brasileiros não possuem nem computador e nem tablet. As estatísticas são mais alarmantes nas regiões norte e nordeste, onde 71,5% (setenta e um vírgula cinco por cento) e 70,3% (setenta vírgula três por cento), respectivamente, das residências não dispõem de nenhum desses aparelhos. Dentre os Estados da federação, a pior situação é a do Maranhão, onde em 96,8% (noventa e seis vírgula oito por cento) dos domicílios não há computador ou tablet (IBGE, 2018).

Na mesma pesquisa o IBGE investigou o nível de acesso à internet dos domicílios e de seus moradores no Brasil. Os dados levantados demonstram que 79,1% (setenta e nove vírgula um por cento) dos domicílios e 83,3% (oitenta e três vírgula três por cento) dos moradores dos domicílios analisados dispõem de internet. Especificamente na zona rural, no entanto, esse número cai para 49,2% (quarenta e nove vírgula dois por cento) dos domicílios e 53,8% (cinquenta e três vírgula oito por cento) dos seus moradores (IBGE, 2018).

Dentre as causas que inviabilizam o alcance da internet aos moradores no país estão o auto custo (32,2% - trinta e dois vírgula dois por cento), a indisponibilidade do serviço na área do domicílio (11% - onze por cento) e o fato das pessoas não saberem utilizá-la (17,5% - dezessete vírgula cinco por cento) (IBGE, 2018).

Grande parte do acesso à internet é realizado por meio do telefone celular, que está presente em 93,2% (noventa e três vírgula dois por cento) das residências pesquisadas no Brasil. Aproximadamente metade dos domicílios que possuem internet utilizam-na por meio de computador ou tablet (50,5% - cinquenta vírgula cinco por cento). Poucos domicílios utilizam a internet por meio da televisão (23,3% - vinte e três vírgula três por cento) (IBGE, 2018).

Da análise dos dados fornecidos pelo IBGE verifica-se que, apesar da internet ter sido disseminada amplamente pelo país, alcançando quase 80% (oitenta por cento) dos domicílios, mais de 20% (vinte por cento) das residências ainda permanecem afastadas dessa tecnologia. Na zona rural seu acesso é ainda mais limitado, atingindo menos da metade dos domicílios.

A implementação da educação à distância depende, necessariamente, do acesso à internet para ser efetivada. No entanto, verifica-se que muitos domicílios na zona urbana, e mais da metade dos domicílios na zona rural no Brasil estariam impedidos de acessar esse modelo de educação em razão da ausência de internet.

Ademais, a maioria dos domicílios também não possui computador ou tablet e, assim, o acesso à internet ocorreria majoritariamente pelo celular, equipamento que, no caso do ensino a distância, dificulta e precariza os estudos, a obtenção do conteúdo didático e a interação com os professores.

Desse modo, a adoção da educação a distância por meio da internet, condição essencial para sua concretização, encontra grande obstáculo nas próprias estruturas brasileiras, uma vez que essas impedem o acesso de grande parte da população e, consequentemente, dos estudantes, à condição tecnológica primária e necessária para a realização do ensino.

Cumpre recordar, porém, que o § 4º do artigo 80 da LDB (BRASIL, 1996) prevê a possibilidade de transmissão do conteúdo educacional por meio de programas de televisão específicos para tal. De fato, a adoção dessa alternativa poderia aumentar a difusão do ensino, uma vez que 96,4% (noventa e seis vírgula quatro por cento) dos domicílios brasileiros possuem aparelho de televisão, inclusive 92% (noventa e dois por cento) dos domicílios rurais (IBGE, 2018).

Com efeito, a mídia televisiva faz parte do ambiente dos estudantes e de suas famílias, assim como a internet e as demais

tecnologias, e sua importância deve ser considerada. No entanto, é necessário indagar, novamente, se a mera transmissão de conteúdo dedicado à temática educacional é suficiente para atender a necessidade de aprendizado dos alunos. Seja para aqueles que dispõem de acesso à internet, seja para aqueles que poderiam assistir às aulas somente por meio da televisão, um ensino recebido de modo passivo pelo estudante, sem interação com o professor, a matéria e os colegas, supre os objetivos constitucionais da educação, quais sejam, o desenvolvimento integral da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e, até mesmo, sua qualificação para o mercado de trabalho?

4. A efetividade do direito à educação

O direito à educação deve ser entendido como um direito que objetiva o desenvolvimento integral do indivíduo, de seu senso de cidadania, de seu pensamento crítico. Há muito tempo foi superada a visão de que a educação se faz por meio da memorização, pelos alunos, do conteúdo didático ministrado pelo professor, a chamada "educação bancária", nos ensinamentos de Paulo Freire (1994, p. 37).

Ao afastar-se a prática da educação dessa concepção bancária, seu objetivo passa a ser o desenvolvimento global do sujeito, por meio de uma prática problematizadora da realidade, em constante renovação e transformação. O ponto mais importante para o desenvolvimento dessa noção de aprendizado passa a ser a mediatização do processo educacional, realizada pelo professor em conjunto com o aluno e considerando o ambiente onde vivem, ainda segundo Paulo Freire (1994, p. 54).

Tais objetivos e práticas educacionais devem ser mantidos na adoção da educação a distância, a fim de que seja concretizado o real significado desse direito fundamental. Maria Luiza Belloni (2002, p. 123) evidencia que a EAD trará novos desafios aos sujeitos do

processo de educação, mas que os princípios de uma educação integral devem ser mantidos.:

É evidente que a busca por uma educação efetiva e de qualidade prossegue no sistema de educação a distância. Do mesmo modo, porém, permanecem os obstáculos didáticos e pedagógicos encontrados no ensino público presencial.

Em um contexto de uso emergencial, sem qualquer preparação prévia, ou projeto público de embasamento, a utilização das tecnologias de informação e comunicação se torna ainda mais problemática. Aos desafios enfrentados pelos professores do ensino público na efetivação do aprendizado são acrescidos os obstáculos da mediatização por meio da tecnologia.

Verifica-se, portanto, que muitos dos desafios da educação brasileira pública presencial permanecem os mesmos na educação a distância. Problemas como a localização e a estrutura física das escolas são superados, mas surgem outros entraves, como a dificuldade no acesso às tecnologia de informação e comunicação e suas consequências, de modo que a EAD não pode ser considerada como uma solução para os problemas educacionais do país, e não é capaz de efetivar o direito à educação, em sua amplitude, no âmbito do ensino público, durante um período emergencial.

5. Considerações finais

Diante do contexto único de transformação das relações sociais, observado a partir das medidas tomadas para a contenção da pandemia da Covid-19, a reflexão sobre a manutenção e efetivação dos direitos fundamentais durante esse período de exceção mostra-se de grande importância.

Dentre os direitos cuja conservação e estabilidade devem ser verificadas durante um momento tão adverso, está o direito à educação, que se mostra como um dos mais afetados no contexto pandêmico. Como direito fundamental, se a educação deve ser

garantida em tempos comuns, sua proteção deve ser ainda maior em situações de emergência, nas quais se escancara o desamparo dos que dependem do Estado para promovê-la.

No presente artigo foi analisado o direito fundamental à educação como direito público subjetivo, e examinada a possibilidade da utilização da educação a distância como forma de manutenção desse direito fundamental em situações emergenciais.

A tentativa de se buscar a educação a distancia como forma de garantia do direito constitucional à educação, no âmbito do ensino público, acaba por revelar os graves problemas de acesso às tecnologias, e consequentemente, ao aprendizado, resultando na exacerbação das desigualdades sociais e da vulnerabilidade entre os alunos do país.

Assim, diante de uma experiência de imensa crise, como esta decorrente da Covid-19, se não é possível garantir o direito à educação, pode-se ao menos buscar repensar questões como as formas de acesso ao ensino, a viabilidade da utilização das tecnologias na realidade estrutural brasileira, a necessidade de conservação da interação entre professores e alunos para se atingir os objetivos essenciais da educação, e até mesmo o dever de se construir uma política pública de educação como superação, e não como forma de manutenção da exclusão social.

Referências bibliográficas

BELLONI, Maria Luiza. Ensaio sobre a educação a distância no Brasil. Revista Educ. Soc., Campinas, v. 23, n. 78, p. 117-142, abril 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 de junho de 2020.

BRASIL. Decreto nº. 9057, de 25 de maio de 2017. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 26

maio 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9057.htm>. Acesso em 08 de junho de 2020.

BRASIL. Pesquisa nacional por amostra de domicílios continua de 2018. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/17270-pnad-continua.html?edicao=27138&t=resultados>. Acesso em 15.06.2020.

BRASIL. Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2020.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 17a ed, 23a reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

Lei Geral de Proteção de Dados e relações de trabalho: análise jurisprudencial no âmbito do Tribunal Regional da 2ª Região (Brasil)

General Data Protection Law and labour relations: jurisprudential analysis in the Regional Labour Court of the 2nd Region (Brazil)

Maria Hemília Fonseca [1]

Ana Carla Bliacheriene[2]

Catharina Lopes Scodro [3]

Sumário: Introdução; 1. Tecnologias, meio ambiente do trabalho-digital e Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil; 2. Reflexões a partir da LGPD na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; Considerações Finais.

Resumo: Com a 4ª Revolução Industrial, o desenvolvimento e a introdução de novas tecnologias no modo de produção de bens possibilitaram mudanças no modo e nas condições da prestação de serviços. Nesse cenário, foram impactadas as relações de trabalho e, por conseguinte, o meio ambiente do trabalho, o qual pode interagir fortemente com o meio ambiente cultural digital. Tal interação no meio ambiente do trabalho-digital possibilita reflexões no âmbito da privacidade e, sobretudo, da proteção de dados dos trabalhadores. Nesse sentido, no Brasil, foi aprovada a Lei

1 Professora e pesquisadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP USP). Livre-Docente da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutora em Direito (bolsista CNPq) e Mestre em Direito das Relações Sociais (bolsista CAPES), na subárea de Direito do Trabalho, da Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: mariahemilia@usp.br

2 Professora de Direito da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (EACH USP). Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. E-mail: acb@usp.br

3 Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP USP), com bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Fundação CAPES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: catharina.scodro@usp.br

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Geral de Proteção de Dados ("LGPD", Lei nº 13.709/2018), responsável por regular a proteção dos dados pessoais e a disciplinar o seu tratamento. À vista disso, o presente estudo se propôs a compreender como a Lei Geral de Proteção de Dados tem se apresentado na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, considerando os recortes geográfico, processual e temporal. Para tanto, valeu-se do método dedutivo e da revisão de literatura narrativa e jurisprudencial, bem como da análise de conteúdo das sentenças e acórdãos proferidos no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, publicadas de 18 de setembro de 2020 a 18 de junho de 2021, que resultaram em 12 decisões.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD); meio ambiente do trabalho-digital; Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

Abstract: With the 4th Industrial Revolution, the development and tha introduction of new technologies in the mode of producing goods enabled changes in the way and conditions of service provision. In this scenario, labour relations and, consequently, the working environment were impacted, which can strongly interact with the digital cultural environment. This interaction in the digital working environment enables reflections in the sphere of privacy and, above all, in the protection of workers' data. In this sense, in Brazil, the General Data Protection Law (Law No. 13.709/2018) was approved, responsible for regulating the protection of personal data and disciplining its treatment. In view of this, this study aimed to understand how the General Data Protection Law has been presented in the jurisprudence of the Regional Labour Court of the 2nd Region, considering the geographic, procedural and temporal aspects. For that, it was used the deductive method and the review of narrative and jurisprudential, as well as the content analysis of the judgments rendered in the scope of the Regional Labour Court of the 2nd Region (Brazil), published from September 18, 2020 to June18, 2021, which resulted in 12 decisions.

Keywords: General Data Protection Law; digital working environment; Regional Labour Court of the 2nd Region (Brazil).

Introdução

Em 2018, foi aprovada, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados ("LGPD", Lei nº 13.709/2018), responsável por regular a proteção dos dados pessoais e a disciplinar os parâmetros gerais

de seu tratamento. Tal Lei entrou em vigor parcialmente em 18 de setembro de 2020 e integralmente em 03 de maio de 2021 e se aplica à pluralidade de situações relacionadas aos dados e ao seu tratamento tendo reflexos quanto à privacidade, inclusive nas relações de trabalho.

As relações de trabalho podem suscitar aspectos pertinentes à privacidade nas diferentes fases – pré-contratual, contratual e pós-contratual – bem como em relação às variadas sujeitos de direito, como o trabalhador, o empregador, o gerente e os clientes, por exemplo. Tais aspectos se ampliam ao considerar a dimensão resultante da interação do meio ambiente do trabalho-digital, a partir da introdução e do desenvolvimento de novas tecnologias, tais quais: ambientes virtuais de interação; big data e base de dados; internet das coisas; robotização; mineração de dados, inteligência artificial e outros.

À vista disso, o presente estudo se propôs a compreender como a Lei Geral de Proteção de Dados, ainda de uma regulamentação mais ampliada, vem sendo recepcionada e interpretada na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT2), considerando os recortes geográfico, processual e temporal das ações analisadas. Para tanto, valeu-se do método dedutivo[4] e das técnicas de revisão de literatura narrativa e jurisprudencial, bem como da análise de conteúdo das sentenças e acórdãos proferidos no âmbito do TRT2, publicadas entre 18 de setembro de 2020 e 18 de junho de 2021, que resultaram em doze (12) decisões, como material de análise.

1. Tecnologias, meio ambiente do trabalho-digital e Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil

Desde o final do século XX, o desenvolvimento de novas tecnologias possibilitou a transformação no modo de produção

4 MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. Metodologia científica. São Paulo: Atlas, 2003. p. 90.

de bens, a partir da geração de riquezas e da consolidação de dispositivos de nas áreas da microeletrônica, da computação (como, por exemplo, software e hardware), das telecomunicações e da radiodifusão[5]. Tal cenário oportunizou um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, da sociedade e da cultura, levando, por consequência, às mudanças no modo e nas condições da prestação de serviços[6].

Essas mudanças, ainda em andamento e cujos os efeitos não somos capazes de visualizar em sua totalidade, podem ser identificadas, conjuntamente, na simplificação de operações relacionadas à fabricação e ao processo produtivo, bem como na complexificação das atividades pertinentes à pesquisa e ao desenvolvimento[7]. Nesse sentido, as mudanças na prestação de serviços puderam ser verificadas a partir da reestruturação e da alteração "na organização das empresas, nos métodos de produção, nas relações de trabalho e na política financeira dos governos" [8].

Percebe-se que a introdução das novas tecnologias possibilitou alterações na prestação dos serviços e, sobretudo, na organização do trabalho, nas relações interpessoais entabuladas e nas condições de realização da atividade laborativa. Assim, o meio ambiente do trabalho – compreendido como uma dimensão do meio ambiente (natural, artificial e cultural) - foi impactado.

Nesse sentido, o meio ambiente do trabalho incorpora um sistema dinâmico de leis, influências e interações da relação de trabalho, consolidando o local em que "se desenrola boa parte da vida do trabalhador" [9]. Na Constituição Federal brasileira (1988), a

5 CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
6 CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
7 GORENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. Estudos avançados, São Paulo, v. 11, n. 29, p. 311-361, 1997. p. 324.
8 GORENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. Estudos avançados, São Paulo, v. 11, n. 29, p. 311-361, 1997. p. 311.
9 FELICIANO, G. G. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 20, p. 160-203, jul./set. 2002. p. 168-169.

proteção do meio ambiente do trabalho está prevista no art. 200, inciso VIII, e no art. 225.

No art. 225, o caput reconhece que "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]". Percebe-se que, ao mencionar a expressão "bem de uso comum", a Constituição Federal brasileira consolida a percepção do meio ambiente como um bem de interesse difuso, o qual possui natureza indivisível, é comum a um grupo de indivíduos indetermináveis que, conjuntamente, partilham uma situação de fato [10]. Na realidade, como direito difuso, as dimensões do meio ambiente podem interagir e se imiscuir, o que se dá, conjuntamente, pelo seu aspecto sistêmico.

Assim, para além do meio ambiente do trabalho, natural, artificial e cultural, Celso Antonio Pacheco Fiorillo[11] (2013, p. 52-53) defende a existência do novel meio ambiente digital, na qualidade de faceta do meio ambiente cultural. Tal meio ambiente digital resultaria das alterações causadas pela "sociedade da informação" e pela presença de novas tecnologias e abrange a "manifestação de pensamento, criação, expressão e informação realizados pela pessoa humana com a ajuda de computadores" [12].

Nessa perspectiva, o meio ambiente digital, na qualidade de faceta do meio ambiente cultural, pode se manifestar no ambiente de trabalho. Tal interação sistêmica do meio ambiente digital e do trabalho pode ser percebida a partir dos processos de transformação digital das relações de trabalho, com uso indispensável da internet e da inteligência artificial, inserção de

10 MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29.

11 FIORILLO, C. A. P. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52-53.

12 FIORILLO, C. A. P. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 480.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; WALDMAN, Ricado Libel. Fundamentos constitucionais do meio @mbiente digit@l no direito brasileiro em face da sociedade da informação e sua relação com os direitos humanos. In: SOUZA, José Fernando Vidal de et. al. (Coords.). V Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu – Uruguai: Direito Ambiental e Socioambientalismo IV. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 135.

tecnologias da informação para a realização da atividade laborativa e informatização do monitoramento dos funcionários. Se na década de 1990 a revolução tecnológica, com a automatização das linhas de montagem, substituíram os olhos e a força braçal repetitiva, as novas tecnologias começaram a substituir atividades de trabalhos até então tidos como eminentemente intelectuais.

Assim, a interação do meio ambiente do trabalho-digital possibilita reflexões no âmbito da privacidade e, sobretudo, da proteção de dados dos trabalhadores. Na atualidade, para além da definição originária que relacionava o direito à privacidade ao direito de ser deixado sozinho, Stefano Rodotà[13] revela uma compreensão da privacidade cujo "centro de gravidade é representado pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito".

No Brasil, a proteção à privacidade possui amparo na Constituição Federal, que prevê a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X), a casa como asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI) e o sigilo da correspondência, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas (art. 5º, XII). No que tange à proteção no meio ambiente digital, é possível destacar o "Marco Civil da Internet" (Lei nº 12.965/2014) – que fixa os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da internet no Brasil, como a "proteção da privacidade" e a "proteção dos dados pessoais, na forma da lei" (art. 3º, II e III, Lei nº 12.965/2014) – e a Lei Geral de Proteção de Dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados ("LGPD", Lei nº 13.709/2018) é o instrumento específico responsável por regular a proteção dos dados pessoais e a disciplina do seu tratamento, a fim de "proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural" (art. 1º, caput).

Como fundamentos para a disciplina dos dados pessoais

13 RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 28.

no Brasil, no art. 2º, a Lei prevê, dentre outros: I – "o respeito à privacidade"; II – "a autodeterminação informativa"; III – "a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião"; IV – "a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem"; V – "o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação".

Para cumprir seus objetivos, a LGPD define dado pessoal como "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" (art. 5º, I), bem como o dado pessoal sensível como "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural" (art. 5º, II), cuja interpretação deve ser numerus clausus.

A Lei define as atividades de tratamento de dados pessoais como "toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração" (art. 5º, X), devem considerar diversos princípios, como a não discriminação, que se relaciona ao "tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos" (art. 6º, IX). Tal definição reclama uma interpretação numerus apertus, para abranger qualquer tipo de ação que implique na guarda, na manipulação, na transferência, na exclusão e/ou na destruição de dados pessoais.

Conjuntamente, a Lei nº 13.709/2018 considera o titular como "pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento" (art. 5º, inciso V) e o controlador como "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais" (art. 5º, inciso VI).

Além desse conjunto normativo que se consolidou desde a

Constituição Federal de 1988, num crescendo, o Supremo Tribunal Federal , em julgamento de leading case, decidiu que o direito à proteção de dados decorre do sistema constitucional vigente e deve ser visto como parte do rol implícito dos direitos fundamentais, dispostos no art 5º da Constituição.

2. Reflexões a partir da LGPD na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Na dinâmica das relações de trabalho, a privacidade do trabalhador pode surgir em diferentes relações, como no relacionamento com os colegas de trabalho, os clientes e consumidores e, por fim, o empregador e gerente[14]. Conjuntamente, nas interações do meio ambiente do trabalho-digital, a privacidade e, sobretudo, da proteção de dados podem suscitar reflexões.

Nesse sentido, o presente estudo se propôs a compreender como tem sido a recepção e interpretação da Lei Geral de Proteção de Dados na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, considerando os recortes geográfico, processual e temporal das ações. Salienta-se que a escolha do TRT2 – que possui jurisdição sobre 46 municípios, dentre os quais o de São Paulo – se deu por ser o Tribunal Regional do Trabalho com maior quantidade de casos novos em primeiro e em segundo graus de jurisdição, bem como pelo tempo médio para exarar sentenças (primeiro grau) e de acórdãos (segundo grau), respectivamente, quatro (04) e seis (6) meses[15].

A relevância da quantidade de casos e do tempo médio de sentenças e acórdãos se dá, sobretudo, ao se considerar o curto prazo de vigência da Lei nº 13.709/2018 e da possibilidade de apontar uma eventual tendência de entendimento jurisprudencial.

A busca realizada junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região valeu-se das seguintes palavras-chave: (i) contendo

14 PALM, Elin. Privacy Expectations at Work-What is Reasonable and Why? Ethical theory and moral practice, vol. 12, n. 2, p. 202-215, 2009, p. 203.

15 CNJ. Justiça em Números. [s/a]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 23 jun. 2021

as palavras (e): “Lei Geral de Proteção de Dados”; e (ii) qualquer das palavras (ou): “LGPD” ou “Lei 13.709” ou “Lei n. 13.709” ou “Lei nº 13.709”. Nesse sentido, considerando o recorte temporal da data de publicação, a pesquisa apresentou doze (12) decisões (sentenças e acórdãos) como material de análise.

Tabela 1 – Sentenças/Acórdãos com “Lei Geral de Proteção de Dados” no TRT2

Número do Processo	Instância	Tipo de Decisão	Data
0192600-40.2001.5.02.0064	2	Acórdão	07.02.2021
0240800-11.2005.5.02.0041	1	Sentença	07.05.2021
1000007-51.2021.5.02.0068	2	Acórdão	20.05.2021
1000080-33.2020.5.02.0076	1	Sentença	28.03.2021
1000232-28.2020.5.02.0708	1	Sentença	12.01.2021
1000493-68.2019.5.02.0371	1	Sentença	02.06.2021
1000502-79.2020.5.02.0020	1	Sentença	29.04.2021
1000647-03.2020.5.02.0064	2	Acórdão	09.04.2021
1000648-76.2020.5.02.0067	1	Sentença	11.12.2020
1001167-64.2020.5.02.0386	1	Sentença	19.03.2021
1001221-05.2020.5.02.0362	1	Sentença	30.04.2021
1001892-54.2019.5.02.0203	1	Sentença	09.03.2021

Fonte: Elaboração própria.

Nota-se que as decisões são, majoritariamente, da primeira instância, isto é, são sentenças (monocráticas) proferidas nas Varas do Trabalho, por juízes. Ainda, a despeito do recorte, a busca indicou que apenas uma sentença foi proferida no ano de 2020,

todas as outras foram em 2021.

Em relação ao teor das sentenças e acórdãos, realizou-se uma análise de conteúdo que, de acordo com Laurence Bardin[16], compreende: (i) organização da análise; (ii) codificação; (iii) categorização; e (iv) inferência.

Inicialmente, a organização da análise se deu pela sistematização das sentenças e acórdãos disponibilizados após a pesquisa jurisprudencial. Todos os documentos contemplaram as palavras-chave e, portanto, foram selecionados para a análise.

A codificação compreendeu a criação de códigos para identificar os assuntos e argumentos quando apresentada a Lei Geral de Proteção de Dados, bem como suas variações (LGPD e Lei No. 13.708/2018, por exemplo). Assim, considerando que uma menção à LGPD pode suscitar diferentes questões e, portanto, se enquadrar em mais de um código, foram criados treze (13) códigos.

Tabela 2 – Códigos relacionados à "Lei Geral de Proteção de Dados" na jurisprudência do TRT2

w

Códigos/Processos	0102600-40.2001.5.02.0064	0240800-11.2005.5.02.0041	1000007-51.2021.5.02.0068	1000080-33.2020.5.02.0076	1000232-28.2020.5.02.0708	1000490-68.2019.5.02.0371	1000552-79.2020.5.02.0020	1000647-03.2020.5.02.0064	1000648-76.2020.5.02.0067	1001167-64.2020.5.02.0086	1001221-05.2020.5.02.0362	1001892-54.2019.5.02.0203	Total
Acesso a dados pessoais			x										1
Confidencialidade	x	x		x	x	x	x			x	x		8

16 BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. São Paulo: Edições 70, 2011.

Consentimento/ Autorização									x		x	x	3
Dados e documentos sigilosos	x			x	x	x	x	x		x	x		8
Divulgação a terceiros	x								x				2
Encerramento do contrato de trabalho			x									x	2
Fornecimento pelo empregador									x		x		2
Justa causa			x										1
Prontuários médicos de terceiros				x						x			2
Segredo de justiça	x					x							2
Sigilo fiscal					x								1
Situação vexatória									x				1
Uso de dados pessoais de ex-empregado									x			x	2

Fonte: Elaboração própria.

Percebe-se que o enquadramento nos códigos possibilita identificar os assuntos e argumentos quando apresentada a Lei Geral de Proteção de Dados, que, nas decisões analisadas,

foram principalmente confidencialidade e dados e documentos sigilosos. Salienta-se que a confidencialidade e o sigilo dos dados e documentos se relacionam a questões diversas, como, por exemplo, saúde (prontuários médicos de terceiros) e fisco (sigilo fiscal).

Nota-se que o uso da Lei Geral de Proteção de Dados foi enquadrado por três vezes no código consentimento/autorização, do que se depreende os fundamentos da Lei como, por exemplo, o respeito à privacidade, à autodeterminação informativa e à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem. Destaca-se que, em uma das sentenças, se afirmou a pessoalidade do consentimento e da autorização do titular para o tratamento dos seus dados, de sorte que se afastou a possibilidade de o consentimento ser decorrente da Convenção Coletiva do Trabalho aplicável à categoria.

A LGPD pode se referir aos diferentes momentos da relação de emprego, que contempla as fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Nesse sentido, na análise dos códigos, se realça a fase pós-contratual, na qual, em duas situações, foi possível identificar o uso de dados de ex-empregado pelo empregador. Salienta-se que, em uma das situações, o uso dos dados implicou em situação vexatória para o ex-empregado a partir da divulgação a terceiros sem sua autorização, importando na condenação do ex-empregador em danos morais.

Tais códigos foram agrupados em categorias, na etapa da (iii) categorização, de acordo com a proximidade dos assuntos e argumentos. Na categorização, foi possível identificar seis (06) categorias.

Tabela 3 – Categorias relacionadas à "Lei Geral de Proteção de Dados" na jurisprudência do TRT2

Categorias	Códigos	Total
Aspectos processuais	Confidencialidade	8
	Segredo de justiça	2
Conduta do empregador	Fornecimento pelo empregador	2
	Uso de dados pessoais de ex-empregado	2
Conduta do empregado	Divulgação a terceiros	2
	Prontuários médicos de terceiros	2
Divulgação/Acesso aos dados	Acesso a dados pessoais	1
	Dados e documentos sigilosos	8
	Sigilo fiscal	1
	Situação vexatória	1
Impactos na relação de emprego	Encerramento do contrato de trabalho	2
	Justa causa	1
Manifestação da vontade	Consentimento/Autorização	3

Fonte: Elaboração própria.

Verifica-se que, na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, a Lei Geral de Proteção de Dados se relacionou, sobretudo, à divulgação/acesso aos dados – de saúde, pessoais, sigilosos, fisco e, inclusive, que ensejaram situação vexatória, e aos aspectos processuais, como a argumentação relacionada às justificativas de segredo de justiça.

Por fim, as inferências foram realizadas partindo das categorias e se referem às conclusões do estudo, com a finalidade de compreender como a Lei Geral de Proteção de Dados tem se apresentado na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, considerando os recortes geográfico, processual e temporal das ações.

Considerações Finais

O estudo se propôs a levantar uma compreensão preliminar

– eventualmente, indicadora de uma tendência jurisprudencial – de como a LGPD vem sendo aplicada e interpretada na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Nesse sentido, com os recortes, resultaram doze (12) decisões como material de análise.

As decisões, majoritariamente, da primeira instância, foram analisadas, o que possibilitou a criação de treze (13) códigos para identificar os assuntos e argumentos quando apresentada a Lei Geral de Proteção de Dados, bem como suas variações. Nesse sentido, o enquadramento mais frequente se deu com os códigos de confidencialidade e dados e documentos sigilosos, relacionados a questões diversas, como, por exemplo, saúde e fisco.

Tais códigos foram agrupados em seis (06) categorias, do que se depreendeu que, no material de análise, a Lei Geral de Proteção de Dados se relacionou, sobretudo, à divulgação/acesso aos dados e aos aspectos processuais.

A despeito do breve período de vigência (parcial e integralmente) da LGPD no Brasil, já é possível vislumbrar seu uso em decisões de primeira e de segunda instância, que reafirmam a proteção aos dados pessoais – e de terceiros – e ao seu tratamento, bem como reiteram a proteção aos integrantes da relação de trabalho nas diferentes fases (pré-contratual, contratual e pós-contratual). Ressalte-se que, considerando os aspectos da relação jurídica processual, verifica-se que a LGPD possui potencial para proteção dos dados pessoais dos sujeitos para além da relação material de trabalho, abrangendo condições que os partícipes da relação de trabalho venham a titularizar, como demandantes/demandados em um processo judicial.

Referências bibliográficas

BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. São Paulo: Edições 70, 2011.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CNJ. Justiça em Números. [s/a]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 23 jun. 2021

FELICIANO, G. G.. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 20, p. 160-203, jul./set. 2002.

FIORILLO, C. A. P. Curso de direito ambiental brasileiro . São Paulo: Saraiva, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; WALDMAN, Ricardo Libel. Fundamentos constitucionais do meio @mbiente digit@l no direito brasileiro em face da sociedade da informação e sua relação com os direitos humanos. In: SOUZA, José Fernando Vidal de et. al. (Coords.). V Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu – Uruguai: Direito Ambiental e Socioambientalismo IV. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

GORENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. Estudos avançados, São Paulo, v. 11, n. 29, p. 311-361, 1997.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. Metodologia científica. São Paulo: Atlas, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29.

PALM, Elin. Privacy Expectations at Work-What is Reasonable and Why? Ethical theory and moral practice, vol. 12, n. 2, p. 202-215, 2009, p. 203.

RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A informalidade mediada pela tecnologia e a necessidade de observância dos direitos sociais

Technolgy mediated informality and the need to comply with social rights

Nathália Eugênia Nascimento e Silva[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. Os avanços tecnológicos e as mudanças nas relações de trabalho no Brasil. 3. A necessidade de observância dos direitos sociais. 4. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo: O uso das tecnologias tem impactado sobremaneira as relações laborais, tendo em vista a crescente de desenvolvimento das atividades empresariais de forma fragmentada e partilhada, com o controle algorítmico medindo os resultados e as máquinas substituindo o trabalho humano, bem como com o fortalecimento das teses de autonomização dos contratos de trabalho, o que exige uma compreensão jurídica que procure assegurar aos trabalhadores direitos que concretizam sua condição de destinatários de garantias fundamentais. O mundo do trabalho encontra-se altamente digitalizado, o que pode ser verificado pela plataformização, algoritmização e robotização. Nesse contexto, pretende-se analisar as relações entre as tecnologias, suas inovações disruptivas e as mudanças econômicas e sociais trabalhistas, assim como compreender e averiguar a necessidade de manutenção de direitos constitucionais aos trabalhadores dessa nova era digital. Para tanto, importa revisitar os fundamentos do Direito do Trabalho e estudar a necessidade desse ramo se fortalecer como instrumento assecuratório de efetiva cidadania e de dignidade, por meio do cumprimento dos preceitos constitucionais direcionados aos trabalhadores, enquanto sujeitos da relação trabalhista,

1 Nathália Eugênia Nascimento e Silva é graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Mestranda em Direito na Universidade Estadual Paulista – UNESP. Professora contratada da UniCerrado-GO. Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pelo CERS. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo LEGALE. Advogada. Endereço eletrônico: nathalia.eugenia@unesp.br.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

bem como enquanto pessoa humana. Há um conteúdo mínimo dos direitos trabalhistas que devem ser assegurados aos trabalhadores dessa era tecnológica, como condição de concretização do pacto social estabelecido no âmbito da Constituição Federal.

Palavras-chave: Tecnologia; Relações de Trabalho; Direitos Sociais.

Abstract: The use of Technologies has greatly impacted labor relations, in view of the increasing development of business activities in a fragmented and shared way, with algorithmic control measuring results and machines replacing human labor, as well as strengthening the theses of autonomy of employment contracts, which requires a legal understanding that seeks to ensure workers right that materialize their condition as containers of fundamental guarantees. The world of work is highly digitized, which can be verified by the plataform, algorithmization and robotization. In this context, it is intended to analyze the relationships between Technologies, their disruptive innovations and labor economic and social changes, as well as to understand and investigate the need to maintain constitutional rights for workers of this new digital age. Therefore, it is important to revisit the foundations of Labor Law and study the need for this branch to strengthen itself as an instrument of effective citizenship and dignity, through compliance with the constitucional precepts aimed at workers, as subjects of the labor relationship, as well as a person human. There is a minimum content of labor rights that must be guaranteed to workers in this technological age, as a condition for the implementation of the social pact established under the Federal Constitution.

Keywords: Technology; Labor Relationships; Social Rights.

Introdução

A Constituição Federal de 1988[2] apresenta uma espécie de contrato social, que tem como um de seus fundamentos a harmonia entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa. Isso significa dizer que o Estado brasileiro deve pautar a sua atuação na tutela desses valores, como opções estabelecidas pelo legislador

2 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

máximo. Nesse diapasão, o texto constitucional afirma que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetivando assegurar a todos uma existência digna. Assim sendo, inexoravelmente, o trabalho integra a noção de direito fundamental e, consequentemente, exige uma conformação governamental que possa reconhecer ao trabalhador direitos mínimos que possam assegurar-lhe uma vida digna.

A necessidade de se estudar os reflexos dos avanços tecnológicos nas relações trabalhistas justifica-se pelo surgimento de um novo modelo organizacional das empresas e dos trabalhos, amplamente reestruturado pela utilização das tecnologias, as quais, em conjunto com a globalização, aumentaram a competitividade nos mercados empresariais nacionais e globais, fazendo com que novas formas de trabalho e de organização dos meios de produção fossem criados, com nomes e roupagens jurídicas diversas, como é o caso da Uberização. No entanto, não se olvide que tais novidades devem respeitar os princípios alhures, além do trabalho decente.

Nesse contexto, as relações laborais tendem a deixar de ser entre seres humanos para ocorrerem entre máquinas e humanos. Isso porque o trabalhador tende a ser colocado como assistente da máquina/plataforma, de forma a complementar os serviços que ela não conseguir realizar; ou ainda, a máquina/plataforma é o que possibilitará que o trabalhador tenha contato direto com o cliente/usufruidor de seus serviços, passando a ser a intermediadora da relação.

Crescem as teses em defesa da autonomia, da economia própria e do empreendedorismo, que não garantem renda mínima nem condições dignas para o sustento dos trabalhadores. Ao contrário, a renda passa a ser uma variável diretamente proporcional ao desempenho e cumprimento das metas e dos objetivos ("meritocracia"), o que leva muitos trabalhadores a exaustão. Diante do cenário descrito, o presente trabalho pretende responder a seguinte indagação: no contexto de dissimulação de relações

de emprego e crescente informalidade, como assegurar trabalho e direito básicos e fundamentais aos trabalhadores?

Para isso, quanto ao método de abordagem, utilizou-se do método dedutivo, pois a conclusão do estudo será obtida partindo do pressuposto protetivo e fundamental inerente ao Direito do Trabalho e da hipossuficiência dos trabalhadores, que precisam ser fortalecidos perante o capital, para assim, serem construídas premissas específicas e racionais, com o fulcro de mitigar ou positivar (lado positivo) os impactos tecnológicos na relação laboral. Por fim, quanto ao procedimento, este trabalho envolverá uma pesquisa notadamente bibliográfica, com levantamento de referências de livros e de artigos científicos.

2. Os avanços tecnológicos e as mudanças nas relações de trabalho no Brasil

Klaus Schwab afirma que vivemos uma mudança de paradigma no modo como trabalhamos e nos comunicamos, bem como nas maneiras de nos expressarmos, nos informarmos e nos divertimos[3].Igualmente, também está em andamento a reformulação de governos e de nossas instituições. Nesse novo cenário, o empregado também experimenta as novas perspectivas e dilemas da sociedade contemporânea. Ele precisa quebrar o paradigma da cultura do trabalho da Revolução Industrial, que ocorria na fábrica, sob o controle direto do empregador, e transformar-se no empregado da Revolução da Tecnologia e da Informação[4].

No âmbito do Direito do Trabalho, uma das mudanças que pode ser identificada e precisa ser estudada é a Sharing Economy, ou economia de compartilhamento (tradução livre da autora),

3 SCHWAB, K. A Quarta Revolução Industrial. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

4 WULFING, J. Teletrabalho: proposta de regra jurídica fundamentada no princípio de proteção do empregado no Brasil. 2014. 281 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

modelo de negócio baseado, como o próprio nome diz, no compartilhamento de informações virtuais. Compartilhamento este que permite que a oferta e a procura de prestações de serviços ocorram, sem a necessidade de intermediação física.

O principal exemplo de economia compartilhada, que tem sido objeto de muitas discussões, é o caso da empresa Uber, em que há compartilhamento dos veículos disponíveis (com motoristas pré-cadastrados) e das pessoas interessadas na mobilidade urbana. Além dela, podem ser citadas, também, a Shippify, canal que possibilita que qualquer pessoa se torne entregadora e receba pedidos de frete pelo smartphone; a Loggi, que promove a ligação entre motoboys, a partir de aplicativo de celular; e, ainda, dentro do cadastramento por aplicativos há o iFood e o Rappi. Em realidade, há uma miríade de plataformas digitais de trabalho em todo o mundo, quase sempre alicerçadas na gig economy (ou economia de bico), na on demand economy (economia por demanda) ou, a que é mais comum, na "uberização", em homenagem a mais conhecida das empresas que adotam essa nova tecnologia.

Percebe-se, nesses modelos de encontro entre oferta e demanda, a terceirização virtual, pois empresas utilizam ferramentas tecnológicas (aplicativos, por exemplo), as quais interagem diretamente com o cliente, por meio de um prestador de serviços, fazendo com que o objeto contratual seja efetivado sem mais exigências. Com isso, dificulta-se a configuração do vínculo entre a empresa e o prestador, sob o argumento de que aquela apenas fornece uma plataforma para os servidores se conectarem aos clientes.

Esse tipo de trabalho inverte o ônus do empreendimento da empresa para o trabalhador. Só há trabalho se houver demanda e o trabalhador, por sua vez, só recebe se a demanda for realizada. Assim, o trabalhador, apesar de não ser o detentor dos meios de produção, é responsável por si mesmo. A empresa que utiliza da plataforma, que por sua vez capta o prestador, apenas partilha dos

rendimentos, sem qualquer contraprestação. Assim, nos dizeres de Moreira e Calvete,

> [o] grande problema, decorrente dessa situação, é em relação à proteção desses trabalhadores. De um lado, não lhes são resguardados os direitos trabalhistas, por não haver unanimidade quanto ao reconhecimento do vínculo empregatício. De outro lado, essa mão de obra liberada constitui uma nova classe de trabalhadores, sem categoria e sem representação profissional, cada vez mais precarizada. Nessa trilha, o que se verifica, na prática, é um aumento da informalidade, concretizada pela reforma trabalhista, de modo que realiza a proposta neoliberal de se adequar às transformações tecnológicas e aumentar os lucros através da retirada de direitos, o que acaba gerando um verdadeiro enfraquecimento da capacidade de organização de trabalhadores.[5]

Tem-se que esses novos modelos de negócios, ou melhor, de trabalho, desafiem o Direito Positivo. Não há consenso quanto ao reconhecimento ou não do vínculo empregatício, assim como não há consagração da plena autonomia. Eis o imbróglio: alguns defendem a necessidade de criação de leis específicas para regular as relações jurídicas da economia do compartilhamento; outros defendem a flexibilização, a desregulamentação das normas e a formação de relações baseadas nos contratos.

O pensamento keynesiano acredita que a intervenção do Estado na economia para favorecer o pleno emprego e a circulação de renda são medidas anticíclicas de fomento ao crédito, de incremento da economia e, consequentemente, de combate à crise. Esse autor acredita que o aumento de renda dos trabalhadores eleva o consumo, atrai investimento e gera tributos, fazendo, então, com o que o sistema se retroalimente. Ao contrário do pensamento de Keynes, o Brasil caminha para políticas conservadoras e neoliberais,

5 MOREIRA, É. M. C.; CALVETE, C. da S. A reestruturação das organizações dos trabalhadores: reforma trabalhista e indústria 4.0. In: CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (Orgs.). A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil. 1 ed. Porto Alegre: Cirkula, 2020. p. 201-237.

o que pode ser verificado com a recente Lei nº 13.467/2017,[6] "flexibilizadora de direitos e aprovada com o discurso de que é necessário a retirada de direitos para viabilizar a criação de novos postos de trabalho e garantir estabilidade jurídica e crescimento econômico"[7].

Ricardo Antunes explica que o termo flexibilização é como um eufemismo que, na verdade, se refere a desconstrução dos direitos trabalhistas conquistados nas últimas décadas, como foi feito na Europa e nos EUA. Esses países, sob o eufemismo da flexibilização, fizeram um desmonte dos direitos da classe trabalhadora[8]. Com os mais de três anos da vigência da Lei nº 13.467/2017, o que pode ser notado é o aumento da informalidade e da precarização das relações de trabalho, diante de uma classe de trabalhadores da economia de compartilhamento que atuam sem a proteção do Direito do Trabalho, o que afronta, dentre outras normatizações, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948, segundo a qual "todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego"[9]. Interessa a situação do cenário brasileiro, assim descrita:

> No Brasil ainda não se tem dados sobre a quantidade de desempregados por força da implementação das inovações tecnológicas. Todavia, é possível constatar, conforme dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE (ibge.gov.br), referente ao trimestre encerrado em fevereiro de 2019, que a população economicamente ativa ocupada era 92,1 milhões de pessoas, registrando a

6 RASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

7 MOREIRA, É. M. C.; CALVETE, C. da S. A reestruturação das organizações dos trabalhadores: reforma trabalhista e indústria 4.0. In: CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (Orgs.). A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil. 1 ed. Porto Alegre: Cirkula, 2020. p. 201-237.

8 ANTUNES, R. Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida. São Paulo: Boitempo, 2019.

9 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 20 out. 2020. Ver Art. 23

> taxa de desocupação de 12,4% (13,1 milhões de pessoas). Considerando a totalidade dessa força de trabalho, chama a atenção a taxa de subutilização, 24,6% (percentual de pessoas desocupadas, subocupadas por insuficiência de horas trabalhadas e na força de trabalho potencial), o que equivale a 27,9 milhões de pessoas. Destaca-se, ainda, que o número de trabalhadores por conta própria, 23,8 milhões, e o número de pessoas desalentadas, 4,9 milhões, também estão crescendo[10].

Com esses índices em 2019, a estratégia de menor proteção ao trabalho em uma economia neoliberal fará crescer, ainda mais, a informalidade, a subutilidade e, notadamente, o trabalho precário, aumentando o poder dos empregadores de definirem as condições de trabalho. Como bem explicam Burger e Cotanda[11], a virada ontológica no Direito do Trabalho, ao colocar em primeiro plano a livre iniciativa, fragiliza não apenas as relações de emprego, mas também o vínculo social.

O ramo do Direito do Trabalho é um dos mais atingidos pela Revolução Informacional, também chamada de Indústria 4.0. Por isso, a importância de se estudar as mudanças tecnológicas e seus reflexos nas formas de reconhecimento e de caracterização das modalidades laborais, com a finalidade de assegurar valorização e garantias constitucionais a esses "novos" trabalhadores contemporâneos. Por isso, é preciso pensar, a partir das referências utilizadas, normativas que rechacem uma informalidade desprotegida e que, consequentemente, estabeleçam condições que concretizem os direitos fundamentais dos trabalhadores sujeitos a essa nova realidade tecnológica.

10 ROSA, F.; CALVETE, C. da. Revolução tecnológica e reforma trabalhista: fim dos empregos no brasil? In: CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (org.). A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil. Porto Alegre: Cirkula, 2020. p. 241-259.

11 BURGER, F.; COTANDA, F. C. Direito do Trabalho, Reestruturação Produtiva e Neoliberalismo. In: CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (org.). A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil. 1 ed. Porto Alegre: Cirkula, 2020. p. 261

3. A necessidade de observância dos direitos sociais

De fato, essas flexíveis e variadas novas formas de contratação trabalhista, ao não assegurarem direitos mínimos, como piso salarial, limite de jornada, férias, dentre outros, precarizam, sobremaneira, o desenvolvimento do trabalho. Isso porque,

> [a]costumadas ao standard de proteção social, de relações de trabalho contratuais, sob a forma de empregos formalizados e de garantias legais, as sociedades veem crescer o trabalho autônomo desprotegido, sob as modalidades parassubordinadas e falsamente independentes, como motociclistas, profissionais liberais e modalidades de teletrabalho. Soma-se a essas relações precarizadas a radicalização da informalidade, com o trabalho uberizado, em que pessoas prestam serviços sem qualquer vínculo, a tomadores indefinidos, organizados por plataformas digitais, em vários ramos de atividade[12].

Nesse modelo, também são eliminados benefícios básicos, como seguro social e seguro-desemprego, o que gera insegurança e incerteza quanto ao futuro. Esquece-se do capitalismo consciente, que pensa em novos propósitos a empresas, em respeito ao cumprimento de suas funções sociais. Nesse sentido, "a empresa deveria ser instrumento de viabilização da promoção de aspirações privadas e públicas, que apresenta uma função econômica, mas também uma função social"[13]. Desrespeita-se, então, a Constituição, que consagrou um sistema híbrido, com aspectos liberais e sociais, em que a existência digna e a justiça social compreendem as finalidades maiores da ordem econômica, bem como em que atividade econômica deve ser desenvolvida para a consecução dos objetivos fundamentais do Estado. Esquece-se, ainda, que o amadurecimento social do ser humano e a dignidade

12 SANTOS, G. S. dos S.; ROSENFIELD, C. A leitura econômica do desprestígio do emprego e dos sindicatos nas decisões do STF. In: CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (org.). A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil. Porto Alegre: Cirkula, 2020.

13 CHAVES, V. F. A empresa do século XXI: criando valor compartilhado em tempos de um capitalismo consciente. Argumentum - Revista de Direito, n. 15, p. 21-45, 2014. p. 41.

do trabalhador não podem retroceder, nos termos do princípio da vedação ao retrocesso social ou do efeito cliquet, como chamam os franceses.

Não se pode esquecer que muitos desses trabalhos vieram para suprir políticas públicas que não são prestadas ou atendidas, como nos casos dos motoristas do Uber, que substituem a ausência de transporte público adequado. É uma questão de responsabilidade social e estatal não se admitir o dumping social (prática marcada pelo desrespeito reiterado de direitos trabalhistas, bem como pela precarização das relações de trabalho, com a finalidade de diminuir os custos da produção e maximizar os lucros).

O ordenamento deve manter a sua unidade e arcar com suas responsabilidades diante dessas intermitências do trabalho. Deve-se pensar em um Direito do Trabalho que não permita o crescimento da massa dos "não empregáveis", isto é, uma classe de trabalhadores que não mais encontram espaço no mercado, vitimados pelo desemprego estrutural. Lopes e Lira,15 por sua vez, alertam que:

> [o] discurso opressor passa pela seguinte variável: adapte-se sempre e sempre às novas tecnologias e aos novos padrões organizacionais ou não continue. Embora esta dinâmica esteja centrada na insegurança, os trabalhadores são chamados agora de "colaboradores". A nova linguagem disseminada pela teoria organizacional conservadora segue o lema da empregabilidade, do empreendedorismo e, por último, da economia do compartilhamento. O tripé escolaridade, salários e empregabilidade, disseminado pela Teoria do Capital, passa a jogar um papel fundamental nas relações de trabalho contemporâneas, no sentido de seguir o rumo das diversas transformações tecnológicas que se sucederam, ao longo da história moderna, seguindo as etapas dos chamados Espíritos do Capitalismo, no sentido de manter o controle e a opressão resultantes de um modo de vida instituído, primeiro, pela sociedade disciplinar e, depois, pela sociedade de controle[14].

Por tais razões, a fim de evitar a exploração e a degradação

14 LOPES, E. G.; LIRA, F. B. O diálogo do Direito do Trabalho com a Teoria Organizacional: a crítica do trabalho subordinado filosófica da modernidade. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 76, jan./jun.2020, p. 213-228.

da dignidade da pessoa humana nas atividades desenvolvidas na economia de compartilhamento, propugna-se pelo reconhecimento da proteção do direito do trabalho constitucional a esses trabalhadores, pois os argumentos de liberdade e de empreendedorismo excluem a aplicação do Direito do Trabalho.

Nesse viés, preza-se não apenas por direitos trabalhistas específicos (art. 7º da CF), mas também pela proteção de direitos vinculados a sua condição enquanto pessoa humana, com respeito aos direitos de personalidade. São os chamados direitos fundamentais inespecíficos: todos aqueles que o trabalhador possui, não enquanto sujeito na relação de trabalho, mas sim enquanto pessoa humana, como um cidadão que faz parte de determinada sociedade. Embora não sejam especificamente ligados ou decorrentes do contrato de trabalho, porque são inerentes ao ser humano, projetam-se no contexto da prestação de serviços, exigindo-se, assim, a sua garantia.

O Direito do Trabalho, como direito fundamental, não deve ser visto, estudado e encarado apenas como aquele aplicável aos que possuem vínculo de emprego. O Direito do Trabalho deve abranger todas as relações sociais em crescimento em meio a Revolução Informacional, admitindo, para tanto, a relativização do conceito de subordinação. Nesse sentido, Delgado defende a releitura da subordinação – elemento primordial ao vínculo empregatício, "propondo seu alargamento, aliado a busca de efetividade do próprio Direito do Trabalho, bem como a extensão de direitos fundamentais trabalhistas a determinados vínculos não empregatícios".16 A proposta é uma releitura de todo o Direito do Trabalho à luz do Direito Constitucional, para que garantias mínimas (fundamentais) sejam aplicadas a todos que entregam sua mão-de-obra pela sustância. Assim,

> [...] deve-se compreender o Direito do Trabalho sob uma renovada perspectiva, trazendo suas regras para os novos tempos e compreendendo que o valor proteção permanece sob nova justificativa – a Dignidade Humana – e, com base na Dignidade, garantir a eficácia dos direitos fundamentais

> inerentes a todo o cidadão brasileiro, consumadas na CRFB (grifo nosso).17

Não se pode pensar em um Direito do Trabalho sem os direitos fundamentais. Isso confronta o que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), desde 1999, entende como "trabalho decente", norte a ser atingido, em todas as economias mundiais, de modo a diminuir a desigualdade no mercado de trabalho.6 Portanto, objetiva-se a aplicação dos direitos trabalhistas básicos a todas as formas laborais identificáveis. Atualmente, a proteção (princípio estruturante do Direito do Trabalho) tem sido aplicada apenas aos detentores de vínculos empregatícios, criando uma disparidade entre direitos dos trabalhadores e direitos dos empregados.

Sabe-se que o Direito do Trabalho não abrange todas as relações de trabalho (gênero), mas se destina a normatizar e a regular as relações de emprego (espécie), cujo caráter assimétrico tem como premissa fundamental a hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador em razão da subordinação. No entanto, a Constituição e suas normas fundamentais devem ser aplicadas a todos indistintamente. Toda e qualquer forma de trabalho, ainda que o autoemprego, deve ser protegida. Afinal,

> [a] Constituição atual, já no seu primeiro artigo, elevou os valores sociais do trabalho à condição de princípio fundamental. Reconhece-o (o trabalho) como direito social (art. 6º) e fundamento para a ordem econômica (art. 170) e social (art. 193) do País. Esses preceitos evidenciam o objetivo social de valorização do trabalho humano como forma de assegurar a todos existência digna, o bem-estar e a justiça social[15].

Salienta-se que, apesar de os direitos e as garantias fundamentais estarem previstos na Constituição da República no título II, eles não exaurem as previsões desse título, pois outros

15 ROSA, F.; CALVETE, C. da. Revolução tecnológica e reforma trabalhista: fim dos empregos no brasil? In: CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (org.). A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil. Porto Alegre: Cirkula, 2020. p. 241-259.

podem ser encontrados em tratados e convenções internacionais que o Brasil seja signatário. Nesse sentido é a previsão do art. 5º, §2º, da CRFB, segundo o qual: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que República Federativa do Brasil seja parte".1

Assim, considerando a relevância do direito fundamental ao trabalho na ordem jurídica, principalmente do trabalho digno, no contexto da Quarta Revolução Industrial, é necessária a eficácia horizontal e diagonal de todos os direitos fundamentais nas relações de trabalho desenvolvidas, com aplicação direta e imediata. Tendo como pressuposto a aplicação dos direitos fundamentais a todas as categorias de trabalhadores, independentemente da existência, ou não, de subordinação. É importante frisar que a tarefa é árdua, pois como já alertou Delgado, "a ideia de extensão dos direitos fundamentais a todo tipo de trabalho, se não manejada com sensatez e prudência, poderá, simplesmente, agregar força à tendência de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho".16

Portanto, propugna-se que esses trabalhadores, atualmente pertencentes a um constrangedor limbo jurídico, sejam respeitados em seus direitos vinculados ao trabalho, de modo que seja construído um processo extensivo de direitos fundamentais adequados às especificidades de suas relações laborativas.

4. Considerações Finais

Não se pode admitir que novas formas laborais, "supostamente independentes", existam sem qualquer proteção, em desrespeito à dignidade, uma vez que se preza pelo reconhecimento de direitos trabalhistas mínimos, em quaisquer modalidades de trabalho. Propõe-se, assim, a observância dos direitos fundamentais constitucionais trabalhistas, para além dos vínculos laborais empregatícios.

Para tanto, apesar dos avanços tecnológicos, promissores e lucrativos, as novas relações laborais, advindas da transmudação tecnológica, devem respeito ao conteúdo ontológico do Direito do Trabalho, o que não significa que o Direito do Trabalho não precise de alterações e de modernizações, inclusive. Concorda-se, apenas, que novos tempos e novas relações laborais pedem um novo Direito do Trabalho, mas jamais desrespeito ou inobservância a direitos e garantias que preservem o trabalho digno, respeitando-se os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Referências bibliográficas

ANTUNES, R. Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida. São Paulo: Boitempo, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BURGER, F.; COTANDA, F. C. Direito do Trabalho, Reestruturação Produtiva e Neoliberalismo. In: CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (org.). A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil. 1 ed. Porto Alegre: Cirkula, 2020. p. 261.

CHAVES, V. F. A empresa do século XXI: criando valor compartilhado em tempos de um capitalismo consciente. Argumentum - Revista de Direito, n. 15, p. 21-45, 2014. p. 41.

DELGADO, M. G. Direitos fundamentais na relação de trabalho.

Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 2, p. 11-39, 2007

FILHO, C. B. C. O Direito do Trabalho na Revolução Informacional e nas Teorias dos Movimentos Sociais: impactos no postulado autonomia, nas relações individuais e coletivas de trabalho. 2017. 370f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

FINCATO; GUIMARÃES, MATTE (org.). Direito e Tecnologia – Reflexões Sociojurídicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

LOPES, E. G.; LIRA, F. B. O diálogo do Direito do Trabalho com a Teoria Organizacional: a crítica do trabalho subordinado filosófica da modernidade. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 76, jan./jun.2020, p. 213-228.

MOREIRA, É. M. C.; CALVETE, C. da S. A reestruturação das organizações dos trabalhadores: reforma trabalhista e indústria 4.0. In: CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (Orgs.). A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil. 1 ed. Porto Alegre: Cirkula, 2020. p. 201-237.

OITAVEN, J. C. C.; CARELLI, R. L.; CASAGRANDE, C. L. Empresas de Transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: MPT, 2018.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 27 jun. 2020. Ver Art. 23.

ROSA, F.; CALVETE, C. da. Revolução tecnológica e reforma trabalhista: fim dos empregos no brasil? In: CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (org.). A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil. Porto Alegre: Cirkula, 2020. p. 241-259.

SANTOS, G. S. dos S.; ROSENFIELD, C. A leitura econômica do desprestígio do emprego e dos sindicatos nas decisões do STF. In:

CALVETE, C. da S.; HORN, C. H. (org.). A quarta revolução industrial e a reforma trabalhista: impactos nas relações de trabalho no Brasil. Porto Alegre: Cirkula, 2020.

SCHMITZ, J. C. A dignidade humana, o valor social do trabalho e a aplicação do princípio da proteção no Direito do Trabalho no Brasil. Revista Jurídica – CCJ, v. 16, n. 32, p. 121-138, 2012. p. 136, grifo nosso

SCHWAB, K. A Quarta Revolução Industrial. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

WULFING, J. Teletrabalho: proposta de regra jurídica fundamentada no princípio de proteção do empregado no Brasil. 2014. 281 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

A teoria dos sistemas sociais e a necessária adequação do direito à educação em contexto pandêmico

The theory of social systems and the necessary adequacy of the right to education in a pandemic context

Yasmin Sales Silva Cardoso[1]

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar[2]

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A teoria dos sistemas sociais de Luhmann; 3. O direito à educação e a evolução do sistema jurídico; 4. A necessária adaptação do direito à educação em tempos de COVID-19; 5. Considerações finais

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o direito à educação a partir das mudanças provocadas pela pandemia da covid-19, abordando a necessidade de evolução e adaptação desse direito no atual contexto pandêmico. Essa análise será feita a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. O principal objetivo é demonstrar, ao final, como a teoria dos sistemas sociais pode auxiliar na manutenção, garantia e ampliação do pleno acesso ao direito à educação em situações de excepcionalidade. A modalidade de pesquisa é de caráter bibliográfico, amparando-se no modelo descritivo.

Palavras-chaves: Direito à educação; Pandemia covid-19; Teoria dos sistemas sociais; Niklas Luhmann.

1 Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) na linha de pesquisa Sistemas de Proteção Jurídica dos Direitos Fundamentais. Bolsista do Centro de Aperfeiçoamento de Ensino Superior (CAPES), email: yasminsales13@gmail.com.

2 Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos na UNESA-RJ. Mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia. É membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Professor Titular da Universidade da Amazônia - UNAMA, na graduação e na Pós-Graduação Lato e Stricto Sensu (Mestrado em Direitos Fundamentais). E-mail:jafbacelar@yahoo.com.br

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Abstract: This article aims to analyze the right to education from the changes caused by the covid-19 pandemic, addressing the need for evolution and adaptation of this right in the current pandemic context. This analysis will be based on Niklas Luhmann's theory of social systems. Its main objective is to demonstrate, in the end, how the theory of social systems can help in the analysis of the right to education in exceptional situations. The research modality is bibliographical, based on the descriptive model.

Keywords: Right to education; Pandemic covid-19; Theory of social systems; Niklas Luhmann.

1. Considerações iniciais

A concretização plena de direitos fundamentais é de extrema importância para o desenvolvimento social, econômico e jurídico de um país, e ao mesmo tempo, se mostra seu principal desafio. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dispõe de vários artigos que tratam sobre o direito à educação, como direito social fundamental. Contudo, desde o início de 2020, o mundo vive uma situação global até então desconhecida: a pandemia do covid-19, que impôs rápidas mudanças em diversas áreas, inclusive no âmbito educacional.

A partir da necessária imposição de ‘’quarentena” e distanciamento social, escolas e universidades precisaram se readaptar através da implementação do ensino remoto ou educação a distância (EaD), o que sem dúvida foi, e continua sendo, um enorme desafio tanto para as instituições de ensino, como para professores e alunos.

Nesse sentido, destaca-se a importância e a necessidade do direito à educação avançar e se adaptar a tais mutações imprevisíveis, o que pode ser analisado a partir de teorias como a dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann.

A teoria dos sistemas sociais luhmanniana é uma teoria evolucionista, que considera que a sociedade é resultado de

mutações, tendo como base a possibilidade de situações improváveis se tornarem prováveis. Desta forma, o presente artigo tem como objetivo analisar a partir da teoria dos sistemas sociais, como o direito à educação pode e deve evoluir, para se tornar eficaz em meio a todas as novas situações e exigências provocadas pela pandemia do covid-19.

A modalidade de pesquisa é de caráter bibliográfico, amparando-se no modelo descritivo.

2. A teoria dos sistemas sociais de Luhmann

Para compreender a teoria dos sistemas sociais de Luhmann, é necessário dominar seus principais postos-chaves, que seriam: a sociologia como algo diferente do direito, a comunicação entre os sistemas e a complexidade e contingência, que nesse contexto significa as diferentes possibilidades existentes sobre um mesmo fato, ou seja, tudo que é de um jeito, também poderia ser de outro.

Outra importante característica sobre o autor, é que ele é um evolucionista. Segundo sua teoria existem três sistemas: o sistema vivo, que ajuda a transformar algo em vida; o sistema da personalidade, que transforma estímulos em pensamento; e o sistema social. Todos eles se cruzam através da comunicação.

Desta forma, denota-se, que o sistema é aberto pois ele recebe estímulos, contudo é também fechado, no sentido de transformar o exterior em algo interno, ou seja, ele é cognitivamente aberto e operacionalmente fechado.

Dentro do sistema social, teremos subsistemas formados pela comunicação, seriam eles: organizacionais, funcionais ou parciais e interações. O direito é um sistema funcional, cuja principal função é manter estáveis determinadas expectativas. A partir disso:

> Dessa forma, o que garante a operação do sistema, de maneira autopoiética, mediante uma diferenciação do seu ambiente, é o fechamento. E, segundo Luhmann, o que garante a unidade e o fechamento do sistema é a conexão entre código e função (e não, ao contrário da teoria

> positivista, o fundamento de validade da norma em outra norma superior, em sequenciamento piramidal de validação). Como todo sistema que se encarrega de uma função, o Direito, como sistema, dispõe de um símbolo – da validade – que se incumbe de gerar a unidade do sistema operação a operação.[3]

Enfatiza-se, que a sociedade analisada por Luhmann é a sociedade contemporânea, na qual o principal elemento é a comunicação, consequentemente é um ponto chave na teoria dos sistemas sociais. A comunicação para o autor, possui três características: complexidade, contingência e seletividade.

A partir disso, verifica-se que procurou analisar a existência de uma teoria geral dos sistemas, que pudesse descrever a sociedade, conjuntura na qual surgiu a ‘’teoria dos sistemas sociais”, que fomenta que a sociedade moderna é um todo, que é dividido em diversos sistemas e subsistemas sociais, que teriam funções diferentes.

Portanto, é necessário compreender que cada sistema social fechado possui uma função diferente, pelo que a sociedade moderna é formada por diferentes funções ou diferenciações funcionais. Os sistemas são desiguais em razão da função que cada um exerce na sociedade, sendo a comunicação essencial e, está estruturada em volta dessas funções.[4]

Desta forma, tem-se que o direito possui uma função especializada que seria a estabilização das expectativas normativas através da regulação da generalização temporal, objetiva e social, para que seja possível enfrentar os anseios da vida cotidiana.[5]

Denota-se, que o direito tem como principal função dentro dessa teoria, conferir certa segurança ao indivíduo, tendo como

3 CAMPILONGO, Celso Fernandes; PEREZ, Ane Elisa. A validade da norma e o fechamento operativo do sistema em Kelsen e Luhmann. Revista da Faculdade Mineira de Direito.V.22 N.43, p. 9.

4 MARTINS, Michelle Fernanda. A evolução do sistema jurídico segundo a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann: A temática da resiliência. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 7, n. 3, set./dez. 2020, p. 73.

5 LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 188.

pressuposto quais expectativas possuem respaldo social e quais não possuem, de forma que existem expectativas normativas, para que seja possível enfrentar e superar as frustações da vida cotidiana. [6]

Nesse sentido:

> A estrutura da seleção continua sendo seletiva, mesmo quando ela não é realidade conscientemente, quando é simplesmente vivenciada. Existem outras possibilidades, e elas se apresentam ao ocorrerem desapontamento de expectativas. É nessa possibilidade do desapontamento e não na regularidade da satisfação que se evidencia a referência de uma expectativa à realidade. As estruturas sedimentam, como expectáveis, um recorte mais delimitado das possibilidades. Dessa forma elas são enganosas com respeito à real complexidade do mundo, permanecendo, em decorrência, expostas aos desapontamentos. Assim elas transformam, a sobrecarga permanente da complexidade no problema da experimentação eventual do desapontamento, contra o qual pode ser feito algo concreto. Do ângulo do sistema psíquico, portanto, podemos também dizer: elas regulam o medo.[7]

A partir disso, ressalta-se que outra importante característica da teoria dos sistemas sociais formulada por Luhmann, seria que se trata de uma teoria evolucionista, que para ser tida como qual, o autor considera que a evolução ocorre quando:

a) La variación de un elemento autopoiético respecto de los patrones de reproducción que habían sido, hasta el momento, vigentes.
b) La selección de la estructura que hace posible que dicha variación se constituya en condición de las siguientes reproducciones.
c) La estabilización del sistema, en el sentido de mantener-lo dinámicamente estable para que sea posible la reproducción autopoiética de la forma (determinada estructuralmente) que ha experimentado mutácion. [8]

6 MARTINS, Michelle Fernanda. A evolução do sistema jurídico segundo a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann: A temática da resiliência. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 7, n. 3, set./dez. 2020, p. 74.

7 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Teoria de la sociedad. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1993, p. 53-54.

8 LUHMANN, Niklas. La Sociedad de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2007, p. 304.

Enfatiza-se, que a variação diria respeito aos elementos pertencentes do sistema, à seleção, a estrutura e à estabilização a unidade do sistema que se reproduz de forma autopoética, onde a improbabilidade da evolução consiste no fato de ser possível um acesso diferenciado a estes componentes.[9]

Um ponto que merece reflexão, a partir da conjunção envolvendo o subsistema direito, é se os atores jurídicos estão preparados para trabalhar com a complexidade dessa sociedade, já que muitas vezes o direito se mostra insuficiente em dar todas as respostas para estas questões.[10]

Em consequência disso, é necessário justamente adentrar sobre a concretização e adaptação de diversos direitos sociais como o direito à educação, visto que no contexto de pandemia da covid-19 que o mundo enfrenta esse direito tem que cada vez mais se adaptar as mudanças ocorridas, e encontrar formas de evoluir e se adequar a essa nova realidade global.

3. O direito à educação e a evolução do sistema jurídico

Verifica-se a importância da concretização do direito à educação, não somente, por ser um direito muito bem resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas principalmente para o desenvolvimento da sociedade brasileira, e consequente respeito ao princípio da dignidade humana.

Contudo, o mundo não imaginava e nem estava preparado, para as enormes mudanças que iria enfrentar a partir do final de 2019, com o surgimento de um vírus totalmente desconhecido, extremamente contagioso, e o número inacreditável de mortes, com o consequente colapso no sistema de saúde, de vários países

9 LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 304.

10 MARTINS, Michelle Fernanda. A evolução do sistema jurídico segundo a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann: A temática da resiliência. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 7, n. 3, set./dez. 2020, p. 770.

no mundo. Parece até mesmo o cenário de um filme de ficção científica, mas infelizmente, foi o que ocorreu desde a "explosão" da pandemia do covid-19.

Nessa conjunção pandêmica, direitos sociais sofreram forte impacto e necessitaram se adequar a essa nova realidade, para que realmente possa ser. Embora, ainda sejam diversas as dificuldades enfrentadas, como a necessidade de implementação de ensino remoto ou EaD, que na prática, se mostra um obstáculo para muitos cidadãos. Denota-se, que é necessário entender a importância da evolução do sistema jurídico, como forma de tornar o direito à educação eficaz, ainda que com mitigações impostas pelas restrições pandêmicas. Ressalta-se que:

> O direito, na sociedade contemporânea, tem sérios desafios. A sociedade moderna possui grande complexidade, com diversas opções e transformações sociais que ocorrem instantaneamente, sendo que o direito precisa vencer seu tradicional conservadorismo para que possa bem realizar sua função diferenciada na sociedade na atualidade, assim como para garantir o acesso à justiça dos indivíduos.[11]

De acordo com a teoria dos sistemas sociais a sociedade é resultado de evolução, tendo como base a possibilidade de situações improváveis se tornarem prováveis. Podendo citar o exemplo trazido por Luhmann, como a improbabilidade de sobrevivência de indivíduos isolados ou famílias isoladas se transformar na menor improbabilidade de sua coordenação estrutural, assim iniciando a evolução sociocultural.

Sobre especificamente o processo de evolução, ressalta-se que:

> Primeiramente, é oportuno considerar que a sociedade atual é dinâmica e veloz, com transformações e comunicações instantâneas, nas quais ocorrem mudanças a todo tempo, sendo que, diariamente, o improvável se torna provável. Além disso, é importante ter presente a ideia de que a sociedade e os indivíduos não esperam que haja uma regulamentação

11 MARTINS, Michelle Fernanda. A evolução do sistema jurídico segundo a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann: A temática da resiliência. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 7, n. 3, set./dez. 2020, p. 86.

> jurídica para decidir como viver. [12]

Nesse enquadramento, mostra-se necessário que ocorra a evolução do sistema jurídico, para que esse continue cumprido sua função de existir, qual seja a de conduzir as frustações sofridas pelos indivíduos, pelo que precisa se adaptar às mudanças ocasionadas por essa sociedade moderna.

Desta forma, o direito à educação como sendo pertencente ao sistema jurídico, deve procurar evoluir sempre que necessário para se adequar as demandas sociais, e, consequentemente, se tornar realmente eficaz. Portanto, é fundamental em contextura pandêmica que o direito à educação cada vez mais encontre formas de evoluir e se adaptar.

4. A necessária adaptação do direito à educação em tempos de COVID-19

A pandemia do covid-19 foi totalmente inesperada promovendo precedentes até então desconhecidos, fazendo com que o exercício de direitos fundamentais tivesse que se adaptar a essa "nova realidade" ou "novo normal", no qual o processo ensino-aprendizagem precisou abandonar o modal presencial para se tornar remoto ou EaD. Nesse sentido destaca-se:

> A pandemia do novo coronavírus exige que todas as áreas da sociedade criem alternativas para driblar os impactos negativos que ela tem ocasionado. No sistema educacional, a educação a distância, por meio do avanço tecnológico e de seus múltiplos recursos, tem sido considerada uma alternativa para atenuar tais impactos, em função do distanciamento social que tem sido utilizado como principal medida de combate ao vírus.[13]

12 MARTINS, Michelle Fernanda. A evolução do sistema jurídico segundo a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann: A temática da resiliência. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 7, n. 3, set./dez. 2020, p. 75.

13 OLIVEIRA, Hudson do Vale de; SOUZA, Francimeire Sales de. Do conteúdo programático ao sistema de avaliação: reflexões educacionais em tempos de pandemia (covid-19). Boletim de Conjuntura (BOCA), ano II, vol. 2, n. 5, Boa Vista, 2020, p. 19

Muitos desafios surgiram: a dificuldade dos professores em dominarem rapidamente sistemas remotos de aprendizagem; a realidade socioeconômica em países subdesenvolvidos ao redor do mundo, onde a maioria dos estudantes não possuem internet ou computadores em casa para acesso às aulas. Segundo Oliveira e Souza:

> (...) a implementação dessa alternativa, aparentemente mais viável, deve ser amplamente discutida sob pena de configurar prejuízos à aprendizagem dos estudantes que, por exemplo, não tenham o devido acesso a tais recursos pelas diferentes realidades sociais da população brasileira. Para além dessas questões e atrelados ao processo de implementação de tal alternativa, cabe destacar que outros elementos merecem reflexão, dentre eles a formação continuada de professores para a atuação na educação a distância e a adequação do sistema de avaliação em função da modalidade de ensino[14].

Denota-se, que a educação formal foi, e ainda é, um dos ramos mais afetados pela pandemia, pelo que educadores e pesquisadores dizem que se está diante de uma "geração perdida" no que tange à formação, pois nunca foi tão grande o número de pessoas fora da escola ou que não estão tendo nenhum recurso para continuar seus estudos.

> Diante das considerações apresentadas, percebe-se que a necessidade de se reinventar é premente em tempos de crise. A COVID-19 tem tornado essa demanda ainda mais clara e urgente, especialmente por não termos como definir até quando essa situação de crise nos deixará em condições de distanciamento social. Nesse ínterim, todos os envolvidos no processo educacional devem unir forças no sentido de pensar e de refletir sobre as estratégias, adaptáveis a cada realidade, para que os impactos dessa crise ocasionada pelo novo coronavírus sejam, pelo menos, atenuados. Quando deste processo de pensamento e de reflexão, é importante ter em mente que os problemas educacionais decorrentes da crise podem envolver aspectos de outras naturezas (sociais, psicológicas, etc.) que não estejam necessariamente relacionados ao repasse de conteúdos programáticos ou a utilização de mecanismos de avaliação aos quais os

14 OLIVEIRA, Hudson do Vale de; SOUZA, Francimeire Sales de. Do conteúdo programático ao sistema de avaliação: reflexões educacionais em tempos de pandemia (covid-19). Boletim de Conjuntura (BOCA), ano II, vol. 2, n. 5, Boa Vista, 2020, p. 20.

estudantes são submetidos.[15]

Portanto, fica claro, que não basta a implementação de ensino remoto ou a distância para tornar esse direito viável em tempos de pandemia. É necessário implementar políticas públicas que levem em consideração a realidade socioeconômica de países como o Brasil, com enorme diversidade entre suas regiões, e, consequentemente, entre os protagonistas do processo de "ensinagem".

Outro ponto que merece destaque nessa análise, é que o direito à educação no Brasil é uma norma de eficácia limitada, assim precisa das normas de cunho programático, ou seja, necessita de normas e programas estatais para que seja efetivado. A efetividade dos direitos sociais pode ser compreendida como a própria materialização do direito, pois "simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social."[16]

Destarte, a disparidade sócio econômica é um dos problemas de implementação de políticas públicas para a concretização do direito à educação no Brasil, o que ficou ainda mais evidenciado no quadro pandêmico vivenciado. Nesse sentido, outro ponto que merece atenção é a questão de repasse orçamentário.

No Brasil estão previstos mecanismos redistributivos que visam compensar as disparidades socioeconômicas regionais. Segundo Cruz[17] as transferências federais decorrentes dos fundos de participação são centrais, seguidas pela partilha de impostos entre os entes federados e pelas transferências equalizadoras, de caráter geral ou discricionário, tendo a garantia da oferta básica de

15 Idem. p. 22.

16 BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4º ed. São Paulo: Saraiva,2009, p. 83.

17 CRUZ, Rosana Evangelista da. Federalismo e Educação um pacto a se rever. Artigo da Revista Retratos da Escola, v. 6, n.10, p. 65/78. 2012. Disponível em: www.esforce.org.br. Acesso em: 04 de Jan 2021, p. 72.

serviços públicos condizentes com as necessidades da população nas diferentes localidades que compõem a federação. Contudo, os sistemas de transferências, embora sejam fundamentais não conseguem atingir o cerne das desigualdades sociais.

A partir dessa premissa, a CRFB/88 trouxe em seu art.3ª, III, que um dos principais objetivos da sociedade brasileira é reduzir as desigualdades sociais e as regionais. Portanto, no Brasil o federalismo tem que ser assimétrico, para permitir que ocorra tratamento desigual entre as regiões, bem como de forma interna entre elas, com o objetivo de enfrentar as desigualdades sociais.

Nesse sentido, autores como Cruz[18], entendem que no âmbito do pacto federativo na educação, parte-se do entendimento de que o padrão adotado no Brasil também condiciona e influencia o setor educacional, o que pode ser visto nas relações que a União estabelece com os Estados, Distrito Federal e Municípios na gestão das políticas educacionais, embora a própria constituição defina parâmetros no financiamento da educação.

Verifica-se que a eficiência na arrecadação, busca privilegiar cada ente com os impostos mais adequados à sua abrangência (local, regional ou nacional). Contudo, isso na prática, acaba muitas vezes prejudicando a eficácia plena do direito à educação no Brasil, pois vários entes que possuem arrecadação orçamentária menor, também são os que mais necessitam de verba e incentivo, para conseguir tornar esse direito efetivo.

A partir disso, tem-se que considerar que o direito à educação necessita se readaptar as imposições ocasionadas pela pandemia do covid-19, e ao mesmo tempo, enfrentar todos os dilemas acima expostos. Isso pode ser possível a partir de uma análise evolutiva do referido direito fundamental, a partir do proposto por autores como Luhmann, com sua teoria dos sistemas sociais.

Nesse sentido, ressalta-se:

> A inovação ocorre quando existe uma variação nos padrões de reprodução que até então tinham sido vigentes, a seleção

18 Idem, p. 73.

> ocorre quando se escolhe uma estrutura que permite que aquela variação se torne uma condição das reproduções seguintes. A estabilização/restabilização ocorre quando a forma que apresentou a mutação começa a se reproduzir por si só.[19]

Portanto, é fundamental que o direito à educação evolua, propondo mecanismos que possam torná-lo eficaz em tempos excepcionais, como os da pandemia de covid-19, nos quais se impõem o distanciamento social e surgem as modalidades remota e EaD como melhores ou únicas alternativas. As quais, em contextos regionais desfavoráveis, não se revela solução garantidora.

5. Considerações finais

Tem-se que, a partir da disseminação da pandemia do covid-19, vários segmentos da economia e da sociedade precisaram adequar-se a mudanças e adaptações, entre eles destaca-se o processo de ensino-aprendizagem, expressão do direito fundamental à educação, que teve e ainda tem, que se readaptar a necessidade imposta de ‘’quarentena” e distanciamento social.

Denota-se que todas essas mudanças sofridas no sistema educacional geram dificuldades e desafios, com destaque ao fato de muitos estudantes não terem acesso à internet ou outro meio de assistir às aulas online. Observa-se a necessária evolução que o direito à educação deve enfrentar, para continuar sendo eficaz na formação cultural.

Desta forma, propôs-se que a teoria dos sistemas sociais formulada por Niklas Luhmann, ao analisar o paradigma de coisas improváveis se tornarem prováveis na sociedade moderna, possui base teórica adequada para analisar o direito à educação, na contemporaneidade.

19 MARTINS, Michelle Fernanda. A evolução do sistema jurídico segundo a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann: A temática da resiliência. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 7, n. 3, set./dez. 2020, p. 86.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4º ed. São Paulo: Saraiva,2009.

CRUZ, Rosana Evangelista da. Federalismo e Educação um pacto a se rever. Artigo da Revista Retratos da Escola, v. 6, n.10, p. 65/78. 2012. Disponível em: www.esforce.org.br. Acesso em: 04 de Jan 2021.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; PEREZ, Ane Elisa. A validade da norma e o fechamento operativo do sistema em Kelsen e Luhmann. Revista da Faculdade Mineira de Direito.V.22 N.43.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas sociais. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petropólis, RJ: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. La Sociedad de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Teoria de la sociedad. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1993.

MARTINS, Michelle Fernanda. A evolução do sistema jurídico segundo a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann: A temática da resiliência. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 7, n. 3, set./dez. 2020.

OLIVEIRA, Hudson do Vale de; SOUZA, Francimeire Sales de. Do conteúdo programático ao sistema de avaliação: reflexões educacionais em tempos de pandemia (covid-19). Boletim de Conjuntura (BOCA), ano II, vol. 2, n. 5, Boa Vista, 2020.

RIKER, William H. Federalism. In: GREESTEIN, Fred I.; POLSBY, Nelson W. (Ed.). Handbook of Political Science. Massachussets: Addisón-Wesleu Publishing Company, 1975. 5 v. p. 93-172.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Cidadania ativa: um conceito do tipo retrô, vintage, réplica ou antiguidade?

Active citizenship: a retro, vintage, replica or antique concept?

Laurence T. C. P. Sardagna [1]

Sumário: Introdução; 1. Cidadania ativa; 2; Cidadania ativa: um conceito retrô; Considerações finais; Referências.

Resumo: Cidadania ativa é um termo que volta à tona como freio à onda de decadência democrática que aplaca nacional e internacionalmente. Embora pareça um conceito inteiramente novo, o olhar atento reconhece que há clara inspiração nas modalidades que o antecederam. Partindo-se dos conceitos de Maria Victoria Benevides de cidadania ativa, que, em síntese, pautam-se na participação efetiva no poder e ne criação de mais espaços de participação, encontra-se semelhança no primeiro aspecto com a cidadania greco-romana e no segundo aspecto com a cidadania liberal. O resgate de objetos e conceito do passado também ocorrem na moda. Assim, correlacionando com os termos de moda que resgatam o passado, elenca-se como a cidadania ativa se inspira nas suas antecessoras. Portanto, o objetivo da pesquisa é compreender as origens do conceito de cidadania ativa e analisar em que medida ele apresenta aspectos de se aproxima de conceitos antigos. O objetivo da presente pesquisa é compreender as origens do conceito de cidadania ativa que voltou a ser buscado pela comunidade jurídica e analisar em que medida ele apresenta aspectos semelhantes de conceitos antigos. Desse modo, parte-se de uma pesquisa de natureza qualitativa, pautada no método dedutivo e no levantamento bibliográfico como técnica de investigação. Como resultado, pôde-se observar que cidadania ativa, com base nos conceitos da Maria Victória Benevides, está em voga como um elemento retrô: um conceito novo feito em releitura aos originais greco-romanos e atento ao clássico da cidadania burguesa, mas que recicla o estilo com criatividade e originalidade contemporâneas.

1 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e em Direito Internacional pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci; integrante do Grupo de Pesquisa "Justiça, Democracia e Direitos Humanos"; e-mail: lsardagn@gmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Palavras-chave: Cidadania ativa; cidadania greco-romana; cidadania liberal.

Abstract: Active citizenship is a term that resurfaces as a brake on the wave of democratic decay that appeases nationally and internationally. Although it seems an entirely new concept, the attentive eye recognizes that there is clear inspiration in the modalities that preceded it. Based on Maria Victoria Benevides' concepts of active citizenship, which, in short, are based on effective participation in power and the creation of more spaces for participation, similarity is found in the first aspect to Greco-Roman citizenship and to second aspect with liberal citizenship. The retrieval of objects and concepts from the past also occur in fashion. Thus, correlating with the fashion terms that rescue the past, it is listed how active citizenship is inspired by its predecessors. Therefore, the objective of the research is to understand the origins of the concept of active citizenship and to analyze to what extent it presents aspects that are similar to old concepts. The aim of this research is to understand the origins of the concept of active citizenship, which has been sought after by the legal community, and to analyze the extent to which it presents similar aspects of old concepts. Thus, it starts with a qualitative research, based on the deductive method and on the bibliographic survey as an investigation technique. As a result, it could be observed that active citizenship, based on the concepts of Maria Victória Benevides, is in vogue as a retro element: a new concept made in reinterpretation of the original Greco-Roman and attentive to the classic of bourgeois citizenship, but which recycles style with contemporary creativity and originality.

Keywords: Active citizenship; Greco-Roman citizenship; liberal citizenship.

Introdução

Cidadania ativa é tema que retorna aos holofotes. Esperando-se que não seja uma mera tendência passageira, reaparece em oposição à decadência democrática, moda que tem se expandido no cenário internacional.

E o Brasil acompanhou a moda descaída. Segundo Tom Daly, os primeiros sinais de decadência democrática podem ser despercebidos em meados de 2010, tomaram um fôlego com

a saída (controversa) da Presidente Dilma Rousseff em 2016,[2] e alcançaram seu ápice com a eleição do atual (e controverso) presidente do Brasil (DALY, 2021).

E a cidadania liberal, conceito que já se tornou desagastado, cede espaço para a revitalização da democracia pela cidadania ativa. Embora a locução tenha ares de novidade, na verdade sua primeira ocorrência explícita data de 200 anos. Se tomarmos pela interpretação, cidadania ativa era a moda democracia greco-romana.

Cidadania ativa, então, é retrô, vintage, réplica ou antiguidade?

O objetivo da presente pesquisa é compreender as origens do conceito de cidadania ativa que voltou a ser buscado pela comunidade jurídica e analisar em que medida ele apresenta aspectos semelhantes de conceitos antigos. Para tanto, parte-se de uma pesquisa de natureza qualitativa, pautada no método dedutivo e no levantamento bibliográfico como técnica de investigação.

Como resultado, pôde-se observar que cidadania ativa, com base nos conceitos da Maria Victória Benevides, está em voga como um elemento retrô: um conceito novo feito em releitura aos originais greco-romanos e atento ao clássico da cidadania burguesa do Séc. XVIII, mas que recicla o estilo com criatividade e originalidade contemporâneas.

1. Cidadania ativa

Não é novidade alguma: sabemos que a democracia é um modo de vida e de política originada na Grécia há mais de 20 séculos.

2 Katya Kozicki e Vera Karam de Chueiri compreendem que a sanção política da ex-Presidente foi um golpe de Estado. Afirmam: "Partimos, para tanto, da seguinte premissa: em 2016 nós tivemos um golpe – parlamentar e constitucional, mas ainda assim um golpe. Não é mera questão semântica ou retórica utilizar a expressão "golpe" ao invés de impeachment. Ao contrário: o vocabulário da política e do direito nos oferecem os dois termos, cada um com seus limites significativos e possibilidades argumentativas. [...] o impeachment da presidente Dilma entendemos que a tipificação do crime de responsabilidade foi imprecisa e, em seu processamento, o Poder Legislativo [...] não observou o devido processo legal e o contraditório, de forma que [...] é possível dizer que não se tratou de um processo justo". In: Lua Nova, 2019, pp. 158, 165, 166.

Como ensina Fábio Konder Comparato (1993), a cidadania grega se embasava na participação em assembleias, "[...] na votação das leis e no exercício de funções públicas, especialmente a judiciária" (1993).

Nesse período, segundo CARDIA (1998, p. 310), "[...] prevaleceu um conceito de liberdade assumido como dever de responsavelmente participar: a liberdade consistia no dever (e não apenas no direito) de participar nas reuniões da assembléia [s.i.c.] política da cidade; [...] na politização da privacidade".

Na versão republicana de Roma a cidadania ganhou nuances próprios ao ter categorias de leis votadas diretamente pela população (leges rogate e leges datae), bem como ao prever a nomeação de magistrado dentre os membros do povo e o julgamento popular em grau de recurso no caso de penas graves (op. cit).

Assim, as "[...] característica de status activus da cidadania greco-romana, composta de poderes e não de meros direitos subjetivos, levava à criação de um sistema de responsabilidades próprio do direito público" (idem).

A condição política greco-romana era participar efetivamente dos assuntos da coletividade. Fala-se, então, em liberdade para exercer direitos políticos, conceito que é resumido na expressão "liberdade dos antigos".

A democracia é ressuscitada na Idade Moderna, depois de séculos de ostracismo pela sobreposição da dominação privada e hierárquica que se manteve na Idade Média[3] [4]. Durante a Era

3 Fábio Konder Comparato narra uma fagulha de prática política na península itálica durante o Século XI. Relata: "[...] O renascimento da vida política fundada na liberdade entre iguais deu-se apenas a partir do século XI, nas cidades-Estados da península itálica, e com características muito semelhantes às da cidadania antiga: o grupo dos que tinham direitos políticos era composto de uma minoria burguesa (isto é, etimologicamente, dos habitantes dos burgos, tornados independentes dos domínios feudais), sob a qual labutava toda uma população de servos e trabalhadores manuais, destituídos de cidadania". In: Lua Nova, 1993.

4 KOZIKOSKI JÚNIOR e FERRAZ identificam uma perspectiva de cidadania durante a Idade Média: "Dentro deste contexto, a cidadania iniciou-se como o ideal de pertencer a uma comunidade e com a influência da religião, o sentido do termo em estudo estava correlacionado ao ideal de cidadão: o homem cristão ligado/subordinado a uma diocese". In. Revista da Faculdade de Direito UFMG, 2015, p. 53.

da Trevas as monarquias absolutistas se pautavam em relações feudais de dominação privada por vassalagem, bem como por laços de benesses entre nobreza, clero e monarcas. De tal sorte, não havia falar em liberdade e tampouco em representatividade popular.

Contudo, com a chegada do Século XVII, a burguesia busca emancipação por meio de sua atividade comercial e revisão de sua condição social periférica por meio do reconhecimento de sua cidadania civil. Assim, teóricos liberais rechaçaram o arranjo de classes estratificadas e passam a defender a igualdade e liberdade originais dos homens.

Conforme o retrato feito por Thomas Marshall, tendo sido adquirida a igualdade de status e a condição de liberdade (em termos privados) - a cidadania civil-, o próximo patamar de direitos a ser alcançado se referia à participação política. O modo de participação popular, entre nacionais livre e iguais, passa a ser por meio da eleição de representantes. [5]

A cidadania moderna, segundo COSTA e IANNI (2018, p. 45), "[...] diz respeito ao direito da fruição do mundo privado, por meio da garantia da liberdade individual e da possibilidade de delegar sua participação na política a um terceiro, por meio de seu voto no pleito eleitoral". [6] [7]

Trata-se, portanto, de uma liberdade em face do Estado, que autoriza legalmente a manutenção do status de cidadania civil ainda

5 "Os revolucionários ingleses e franceses, ao mesmo tempo em que procuraram restabelecer a cidadania política abolida pelo absolutismo monárquico, reconheceram em todo indivíduo, de qualquer sexo ou condição social, a titularidade de direitos naturais, que o Estado deve respeitar, em todo tempo e lugar. A afirmação da naturalidade dos direitos humanos implica, correlatamente, a de sua universalidade" (COMPARATO, 1993).

6 Nesse teor, COMPARATO (2013) distingue liberdade dos antigos e dos modernos. Enquanto à concepção greco-romana "[...] só se consideravam livres os homens que participavam diretamente da gestão da coisa pública", no conceito moderno "[...] a liberdade consiste não em participar da gestão da coisa pública, mas em não ser molestado abusivamente pelo Estado na vida privada".

7 A cidadania liberal se vê reconhecida na Declaração do Homem do Cidadão, de 1789, documento que enaltece e protege a liberdade, valor base da cidadania liberal moderna.

que não haja envolvimento nos assuntos públicos. E completa, Fabio Konder Comparato: "[...] A essa independência individual, que constitui um fato sem precedentes na História, corresponde não propriamente uma servidão política, mas um estado de passividade" (1993).

Embora os preceitos republicanos suscitassem o direito de eleger representantes, a universidade do sufrágio só tornou uma realidade no Século XX (MARSHALL, 1967, p. 70). No século XVIII havia respaldo teórico para a separação do cidadão entre ativos e passivos. Essa distinção foi formulada por Emmanuel Joseph Sièyes e apregoava que:

> Todos os habitantes de um país devem gozar dos direitos de cidadãos passivos: todos têm direito à proteção de sua pessoa, seus bens, sua liberdade, etc; mas nem todos têm o direito de participar ativamente na formação dos poderes públicos: nem todos são cidadãos ativos. Mulheres, pelo menos no estado atual, crianças, estrangeiros, mesmo aqueles que nada fazem para apoiar o estabelecimento público, não devem influenciar ativamente os assuntos públicos. Todos podem desfrutar dos benefícios da sociedade; mas apenas aqueles que contribuem para o estabelecimento público são como os verdadeiros acionistas da grande empresa social. Só eles são os verdadeiros cidadãos ativos, os verdadeiros membros da associação (SIÈYES, 1789, apud DAL RI, 2010, p. 29). [8]

Em síntese: o cidadão passivo possuía apenas direitos civis. Já cidadão ativo podia participar dos assuntos públicos. Segundo MINGUELLI, a participação ativa era apenas "reservada à burguesia" (apud SOUZA; ALVES, 2016, p. 64).

8 Tradução livre de: "Tous les habitants d' un pays doivent y jouir des droits de citoyen passif: tous ont droit à la protection de leur personne, de leur propriété, de leur liberté, etc; mais tous n'ont pas droit à prendre une part active dans la formation des pouvoirs publics: tous ne son pas citoyens actifs. Les femmes, du moins dans l'état actuel, les enfants, les étrangers, ceux encore qui ne contribueroient en rien à soutenir l'établissement public, ne doivent point influer activement sur la chose publique. Tous peuvent jouir des avantages de la société; mais ceux-là seuls qui contribuent à l'établissement public, sont comme les vrais actionnaires de la grande entreprise sociale. Eux seuls sont les véritables citoyens actifs, les véritables membres de l'association".

Ao final das guerras mundiais do Século XIX o conceito de cidadania passa por uma atualização. Hannah Arendt, ao experienciar a situação de apátrida, defendeu que cidadania parte de "direitos de ter direitos". Isso quer dizer que os direitos não são atributos espontâneos, mas criações coletivas humanas, e que precisam ser resguardados dentro de uma comunidade política. Isto, pois é no espaço público em nível nacional que se define inclusive a sobrevivência das pessoas e o seu direito a ter demais direitos. [9]

A cidadania, segundo a clássica lição de MARSHALL, é um vínculo jurídico estabelecido ente os Estado e seus nacionais e confere capacidade de participar integralmente da comunidade. A cidadania plena somente seria obtida com a fruição simultânea de direitos civis, políticos s e sociais. O primeiro deriva da liberdade de ser e agir, o segundo da igualdade na participação política, e o terceiro pela fruição de serviços que conferem bem-estar comunal e econômico que garantem um patamar civilizatório aceitável, o que contempla a igualdade entre cidadão e de oportunidades (1967, pp. 62, 63,64, 101).

Maria Victória Benevides, socióloga e livre-docente na Universidade de São Paulo, desponta a literatura nacional ao trata sobre o tema da cidadania. Na obra intitulada "Cidadania Ativa", publicada em 1998, a autora se dedicou a apreciar o tema nas formas de participação direta da população no Poder Legislativo. Para conceituar cidadania ativa, parte do preceito democrático de soberania popular:

> […] a cidadania ativa através da participação popular é aqui considerada um princípio democrático [...]. Não é "um favor" e, muito menos, uma imagem retórica. É a realização concreta

9 Ao refletir sobre a insuficiência da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (de 1789), Arendt dissertou que embora os direitos rotulados como inalienáveis já existiam e fossem supostamente independentes de governo, "[...]sucedia que, no momento em que seres humanos deixavam de ter um governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los" (1989, p. 325).

> da soberania popular, mais importante do que a atividade eleitoral que se esgota na escolha para cargos executivos e legislativos. A participação popular, assim entendida, supera a velha polêmica sobre o "verdadeiro" significado de cidadania ativa na filosofia política, desde o século XVIII – assim como a dicotomia Estado e sociedade civil, vigente até hoje entre liberais e antiliberais. Esta cidadania ativa supõe a participação popular como possiblidade de criação, transformação e controle sobre o poder, ou os poderes (1998, p. 20).

A autora, no artigo "Cidadania Ativa e Democracia no Brasil", publicado em 2016, apresenta novamente o conceito de cidadania ativa dentro de uma perspectiva histórica e em oposição ao conceito de cidadania passiva:

> As ideias e práticas de cidadania e de direitos estão sempre em processo de construção. Isso significa que não podemos congelar num determinado período ou numa determinada sociedade, uma lista fechada de direitos. Como assinalou ARENDT (1988), o que permanece inarredável, como pressuposto básico, é o direito a ter direitos. Assim, a relação entre cidadania social e democracia explicita-se também no fato de que ambas são processos. Os cidadãos numa democracia não são apenas titulares de direitos já estabelecidos - mas existe, em aberto, a possibilidade de expansão, de criação de novos direitos, de novos espaços, de novos mecanismos. Lembra CHAUÍ (1984) que a cidadania exige instituições, mediações e comportamentos próprios, constituindo-se na criação de espaços sociais de lutas (movimentos sociais, sindicais e populares) e na definição de instituições permanentes para a expressão política, como partidos, legislação, órgãos dos poderes públicos e mecanismos de participação popular (como conselhos, orçamento participativo, consultas populares como referendos e plebiscitos e a prática da iniciativa popular legislativa). Distingue-se, portanto, a cidadania passiva - aquela que é outorgada pelo Estado, com a ideia moral da tutela e do favor - da cidadania ativa, aquela que institui o cidadão como portador de direitos e deveres, mas essencialmente participante da esfera pública e criador de novos direitos para abrir espaços de participação (2016, p. 20).

Em síntese, a concepção de cidadania ativa de BENEVIDES

implica em "[…] participação popular como possiblidade de criação, transformação e controle sobre o poder" (1998, p. 20) e em ser "[…] participante da esfera pública e criador de novos direitos para abrir espaços de participação" (2016, p. 20). Portanto: participação efetiva e emancipadora poder ser um modo de sintetizar o conceito de cidadania ativa.[10]

2. Cidadania Ativa: Um Conceito Retrô

De acordo com BARLACH e SANTOS (2015, p. 258), a moda exterioriza manifestações sociais. O resgate de elementos já criados demonstra a vontade de dar continuidade a algo que se valoriza em sua história ou na história coletiva. Tais reprises, contudo, não precisam replicar identicamente seus predecessores.

Os conceitos que reproduzem algo que já existiu podem ser divididos em retrô, vintage, réplica ou antiguidade. Conforme ROHENKOHL:

> Antiguidade: é um objeto próprio do passado, carregado de valor histórico;
>
> Réplica: é um objeto produzido na atualidade, imitando fielmente um objeto específico particular do passado ou não;
>
> Vintage: é um objeto que foi do passado, incorporado no repertório atual; está muito presente do segmento da moda;
>
> Retrô: é um objeto produzido na atualidade, inspirado nas características formais do estilo do passado, com processos de fabricação atuais. De modo geral, indica algumas características do passado incorporadas a uma peça, envolvendo sempre reciclagem de estilos (apud BARLACH;

10 A participação é a pedra angular da "nova cidadania" proposta por Fábio Konder Comparato. A propósito: "A idéia-mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a idéia de participação. Ela deve instaurar-se em cinco níveis: a) na distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna; b) na proteção dos interesses difusos ou transindividuais; c) no controle do poder político; d) na administração da coisa pública. e) na proteção dos interesses transnacionais. Examinemos, separadamente, cada um desses níveis". In: Lua Nova, 1993.

SANTOS, 2015, p. 260).

De tal sorte, BARLACH e SANTOS explicam que vintage e antiguidade são objetos originais do passado, sem alteração, sendo o primeiro menos antigo e o segundo com existência mais remota. Réplica é autoexplicativa: é apenas uma cópia idêntica de algo antigo.

Retrô, a seu turno, é "[...] um produto ou peça nova que, com tecnologia do presente, faz releitura de épocas ou estilos anteriores", liga-se "[...]a momentos históricos que, embora não vividos diretamente pelo indivíduo, fazem parte da memória coletiva" (2015, p. 260,261), e resgata "[...] a usabilidade dos objetos clássicos na contemporaneidade como forma de contribuir com o passado e a sociedade atual" (ROHENKOHL apud idem).

Em síntese, o conceito retrô é inspirado em momentos históricos não vividos, mas bem queridos pela coletividade; é algo novo e feito com as técnicas da atualidade; traz usabilidade atual aos originais e os clássicos e contribui com a sociedade contemporânea.

Como visto, cidadania ativa não é algo novo. Explicitamente, tem-se seu uso desde a Revolução Francesa (1789). Hermeneuticamente, é possível reconhecê-la na democracia dos antigos, por exigir participação efetiva nos assuntos públicos.

Os gregos somente possuíam a modalidade ativa de cidadania, pela participação efetiva nas assembleias e julgamentos. Os romanos, a seu turno, tinham votação popular direta de algumas categorias legais e o povo julgava recursos no caso de penas graves.

Na Idade Moderna, surgimento da democracia liberal, embora a representatividade política tenha levado à passividade cidadã e tenha havido uma segregação política entre cidadãos passivos e ativos, pode-se observar o caráter emancipador do período pelas lutas cidadãs para galgar liberdade e igualdade civis.

A universalização do sufrágio que equipara todos os cidadãos politicamente ocorre num momento posterior, no Século XX.

Cidadania ativa, no lume contemporâneo, é uma participação efetiva e emancipadora. Nas palavras de BENEVIDES, é a "[...] participação popular como possiblidade de criação, transformação e controle sobre o poder" (1998, p. 20) e em ser "[…] participante da esfera pública e criador de novos direitos para abrir espaços de participação" (2016, p. 20).

Trazendo os conceitos da moda à história de democracia, podemos considerar que como paradigma original a democracia greco-romana e como paradigma clássico a democracia modera liberal.

Cidadania ativa, não se mostra vintage ou uma antiguidade, pois os mesmos conceitos não permaneceram. Tampouco é uma réplica, pois seu conceito não simples cópia fidedigna dos conceitos de cidadania greco-romana ou liberal.

"Retrô" é um termo que se aplica ao conceito de cidadania ativa atual: é algo criado com técnicas presentes, inspirado nos originais e nos clássicos, que rememora a história coletiva; recicla o estilo e contribui para a sociedade atual.

Isto, pois dos originais o conceito de cidadania ativa retoma a participação popular efetiva junto ao poder, a participação com oportunidade de influenciar decisões políticas. Da cidadania liberal, a oportunidade de emancipação, de "abrir espaços de mais participação". Assim como os burgueses dos Séculos XVIII e XX exigiram a participação na vida civil e política do Estado, a cidadania ativa contemporânea exige participação que desbrava as instituições do governo.

O conceito também é retrô, pois recicla criativamente a cidadania liberal que encaminhou à passividade cidadã e contribui positivamente para a sociedade mais proativa e envolvida nos assuntos coletivos.

Considerações Finais

Cidadania ativa é um conceito que muito embora pareça atual, tem clara correlação com sua versão original greco-romana no que diz respeito à participação efetiva e à capacidade de influenciar decisões políticas; bem como tem inspiração na democracia liberal, no que toca à vontade de emancipação popular e à ampliação de espaços de participação.

Assim, como a moda pinça do passado os conceitos que lhes são interessantes, o Direito também o faz. Das modalidades de inspiração no passado, o conceito de cidadania ativa se enquadra no que o design chamaria de retrô: é algo criado no paradigma presente, inspirado nos originais e nos clássicos, que rememora a história coletiva, recicla o estilo e contribui para a sociedade atual.

Referências

ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo, São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

BARLACH; SANTOS. A inovação confrontada com as tendências vintage e retrô: um estudo qualitativo. Revista de Administração e Inovação, São Paulo, v. 12, n .2, pp. 257-269, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1809203916300791>. Acesso em: jun. 2021.

BENEVIDES, Maria Victória. Cidadania Ativa. São Paulo: Ática, 1998.

_____. Cidadania ativa e democracia no Brasil. Revista Parlamento e Sociedade, São Paulo, v. 4, 2016, pp. 21-31, 2016. Disponível em: <http://www.camara.sp.gov.br/escoladoparlamento/wp-

content/uploads/sites/5/2015/05/REVISTA_PARLAMENTO_SOCIEDADE_2016_NUMERO6_WEB_20161005.pdf >. Acesso em: maio 2021.

CARDIA, M. Sottomayor. Cincos tipos de democracia institucional. Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Lisboa, n. 12, Lisboa, 1998, pp. 309-316. Disponível em: < https://run.unl.pt/bitstream/10362/7458/1/RFCSH12_309_316.pdf>. Acesso em: maio 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 28-29, abr., 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005 >. Acesso em: maio 2021.

COSTA, Maria Isabel., IANNI, Aurea Maria. O conceito de cidadania. In: Individualização, cidadania e inclusão na sociedade contemporânea: uma análise teórica [online]. São Bernardo do Campo, SP: Editora

UFABC, 2018, pp. 43-73. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788568576953.0003>. Acesso em: maio 2021.

DAL RI, Lucilene. A construção da cidadania no Brasil: entre Império e a Primeira República. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 11, n. 1, jan./jun. 2010 pp. 7-36. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/235125301.pdf>. Acesso em: jun., 2021.

DALY, Tom. Understanding Multi-directional Democratic Decay: Lessons from the Rise of Bolsonaro in Brazil. The Law & Ethics of Human Rights, v. 14, n. 2, 2020b, pp. 199-226. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/lehr-2020-2014>. Acesso em: fev. 2021.

KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. Impeachment: a arma nuclear constitucional. Lua Nova: Revisa de Cultura e Direito. São Paulo, n. 108, set.-dc., 2019, pp. 157-176. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/PKW8c7yQfs6gqBKMnh3KLFG/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: jun., 2021.

MARSHALL, Thomas. H. Cidadania, Classe Social e Status. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1967.

SOUZA, Marana de; ALVES, André. Estado, cidadania e democracia participativa entre a reforma gerencial e a legitimação do poder social na gestão pública. Revista de Direitos Humanos e Efetividade. Brasília, v. 2, n. 1, jan/jun. 2016, pp. 57–72.

A sobredeterminação da punição

The overdetermination of punishment

Bruno de Oliveira Favero[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. A mudança paradigmática na punição; 3. Punição e sobredeterminação; 4. Considerações Finais; Referências.

Resumo: O artigo discute a sobredeterminação da punição, a partir da teoria social contemporânea. Contextualiza a oposição ideologia/ciência como limitação epistêmica para a compreensão das contradições intrínsecas à punição. Apresenta a sobredeterminação como legado marxiano, prenhe de possibilidades teórico-metodológicas, se utilizada em diálogo com os trabalhos de Michel Foucault e David Garland. Isso, no entanto, sem descurar dos ensinamentos da sociologia clássica de Émile Durkheim, que ainda no final do século XIX fornecia pistas sobre as funções estruturantes da punição nas sociedades. Demonstra seu potencial cognoscitivo para uma aproximação com os aspectos culturais enraizados nos discursos e práticas penais. Verifica em que medida a incompletude cíclica do Estado Social de Direito no Brasil pode ser entendida como obstáculo à concretização de direitos humanos fundamentais no âmbito da política criminal contemporânea. Analisa o modo pelo qual as dinâmicas da punição nas sociedades complexas engendram desafios jurídicos à efetivação dos direitos sociais no século XXI, uma vez que historicamente se observa os chamados direitos de primeira dimensão, especificamente o direito de propriedade, tendo robustecida sua tutela, ainda que se vislumbre notável a jusfundamentalidade dos direitos humanos de segunda dimensão. Afirma-se que somente a desconstrução de estruturas culturalmente enraizadas permite a desejável transformação das práticas penais.

Palavras-chave: David Garland; Punição; Sobredeterminação; Karl Marx.

Abstract: The article discusses the overdetermination of punishment, based on contemporary social theory. It contextualizes the ideology/

1 Bruno de Oliveira Favero é Professor de Criminologia da Academia de Polícia de São Paulo. Professor Universitário no Curso Superior de Graduação em Direito da Faculdade Estácio de Carapicuíba. Mestrando em Direito – Positivação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos – no Centro Universitário FIEO – UNIFIEO. Investigador de Polícia no Estado de São Paulo. E-mail: professorbrunofavero@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

science opposition as an epistemic limitation for understanding the intrinsic contradictions of punishment. It presents overdetermination as a Marxian legacy, it is filled with theoretical-methodological possibilities, if used in dialogue with the works of Michel Foucault and David Garland. However, this is without disregarding the teachings of classical sociology by Émile Durkheim, who even in the late nineteenth century provided some indications about the structural functions of punishment in societies. It demonstrates the cognitive potential for an approach to cultural aspects rooted in criminal discourses and practices. It examines to what extent the cyclical incompleteness of the Social Rule of Law in Brazil can be understood as an obstacle to the realization of fundamental human rights within the scope of current criminal policy. It analyzes the way in which the dynamics of punishment in complex societies brings about legal challenges to the realization of social rights in the 21st century, since historically the labeled first dimension rights, specifically the property right, have been strengthened, although the fundamentality of second-dimensional human rights is notable. It is claimed that only the deconstruction of culturally rooted structures allows for the desirable transformation of criminal practices.

Keywords: David Garland; Punishment; Overdetermination; Karl Marx.

1. Introdução

Na atualidade chamam a atenção as graves violações de direitos humanos observáveis nos estabelecimentos prisionais, bem como em diferentes âmbitos do Sistema de Justiça Criminal. Este fenômeno não pode ser compreendido apenas a partir da ideia de uso da violência, como instrumento que simboliza o exercício do poder punitivo, ou como ferramenta à disposição de pessoas encarceradas. Trata-se de apenas um dos constituintes da sobredeterminação da punição, sendo verificável que esta pode ser entendida como lente para compreensão mais ampla dos modos de estruturação da sociedade.

Neste contexto é de se notar que, se as políticas criminais ganham protagonismo nos tempos atuais no que se refere ao formato do gerenciamento das pessoas individual e coletivamente,

se as escolhas no campo criminal voltam a ter uma função relevante que indica para muito além do aspecto puramente técnico do crime e da pena – normalmente adstrita às estratégias dos agentes públicos – e colocam em pauta a base axiológica da sociedade, se os embates ideológicos voltam a colocar a questão do controle social do crime e da insegurança como um assunto de destaque em qualquer discussão política, a punição readquire a condição de lente epistêmica para a interpretação da sociedade, posição essa já salientada quando do surgimento da sociologia clássica (ALVAREZ, 2007, p. 99).

Este artigo se propõe a responder ao seguinte problema: Em que medida se correlacionam punição e sobredeterminação? Por não estar adstrita somente aos aspectos econômicos a sobredeterminação da punição deixa de fazer parte do legado marxiano? Verificar em que medida se correlacionam punição e sobredeterminação é de algum modo acertar as contas com Marx. Conforme se pretende demonstrar a análise da função social da punição, a partir da sobredeterminação, não se distancia da perspectiva marxiana. Esta constatação requer a abstração de possíveis argumentos ad hominem, como, por exemplo, o que vincula Karl Marx aos ideais revolucionários, ou ainda o fato de este filósofo ser um revolucionário socialista. É dizer que brevemente se analisa um dos pressupostos teóricos imanentes à sua concepção ontológica da realidade., qual seja, a sobredeterminação (ALTHUSSER, 2015). Igualmente, abstração feita às limitações do marxismo na análise das práticas penais (GARLAND, 1999, p. 158), e de como esta corrente teórica deixa de exercer influência na luta por direitos dos encarcerados.

Tem-se como hipótese que a sobredeterminação é parte constitutiva do método de investigação de Karl Marx. Todavia, é David Garland quem utiliza a categoria conceitual para problematizar a punição. Confirma esta premissa inicial a afirmação de Garland (1999, p. 154) no sentido de que, por exemplo, a análise histórica

sobre a punição desenvolvida por Micheal Ignatieff é congruente com o modelo marxista, na medida em que emprega conceitos básicos compartilhados pela maioria dos marxistas.

O objetivo geral deste trabalho é identificar os principais métodos utilizados para compreender a natureza da punição na sociedade contemporânea. Neste sentido são analisados os empreendimentos intelectuais de Karl Marx, Émile Durkheim, Michel Foucault, David Garland e Marcos César Alvarez. A proposta é fazerem dialogar sobredeterminação, enquanto ferramenta teórico-metodológica em si, com as orientações de Michel Foucault, travando contato com o trabalho de Garland e a sistematização de Marcos Alvarez. Intenta-se demonstrar o potencial cognoscitivo do uso destas múltiplas perspectivas teóricas para o desnudamento das determinações da punição.

Vale observar que até meados da década de 1970 do século XX coincidiam os anseios do Estado de Bem-estar Social com uma retórica que propalava a recuperação dos condenados. Deste período em diante verifica-se uma mudança de rumos, caracterizada pelo abandono do ideal de recuperação, que dá lugar a um novo modelo, em que se destaca a imobilização e neutralização de criminosos (ALVAREZ, 2007, p. 93). Portanto, a passagem do Estado Social para o Estado Penal.

2. A mudança paradigmática na punição

O principal elemento da reflexão de Norbert Elias é mobilizado por Garland, ou seja, a substituição do espetáculo público do suplício do antigo regime, que passa a não mais tolerar a violência desproporcional como mecanismo de ação de governo., pelo menos não aos olhos do público em praça pública. Com o desenvolvimento do processo civilizador na Europa do século XVII observa-se o surgimento da modernidade em termos de aplicação de pena, caracterizada por ser cientificamente embasada, e

longe do olhar do grande público, que desde então não tem mais acesso às aflições suportadas pelos condenados. Garland vale-se do pensamento de Pieter Spierenburg para confirmar que o eclipsamento de guilhotinas e cadafalsos do espaço público é decorrência de mudanças culturais, que inicialmente se observou, sobretudo, na alta sociedade. As pessoas que se encontravam nos estratos sociais mais baixos eram menosprezadas pela aristocracia. O aperfeiçoamento do cerimonial e de mentalidade eram virtudes de corpos sociais civilizados, e aqueles eram tidos como incivilizados. Raciocínio este que converge para a definição do processo civilizador de Elias, conforme o qual a alta sociedade – os grupos de status weberianos – escolhe determinados modos e maneiras de viver para se destacarem dos "outros". O progresso desse regime é a criação de um modelo que se expande pelo corpo social, "tornando novamente necessária a diferenciação da elite, gerando novos hábitos e estilos de vida, num processo que desenha um ciclo infinito" (SALLA; GAUTO; ALVAREZ, 2005. P. 341).

Neste sentido destaca-se o empenho de pesquisadores que vêm aperfeiçoando o modo como é comumente compreendida a evolução da punição na modernidade. O incremento civilizatório nas práticas penais observado "nos países do Atlântico Norte" desde o século das luzes, e que culminará nas "políticas criminais do Estado Social no século XX", apresenta contradições que geralmente não são admitidas pelos discursos jurídico e criminológico. Michel Foucault é tido como um dos autores que melhor examinaram estas ambivalências (ALVAREZ, 2007, p. 95).

3. Punição e sobredeterminação

Afirma-se que em qualquer processo complexo se observa uma contradição principal. Do mesmo modo, em toda contradição, verifica-se um aspecto principal. Necessário pensar a complexidade como unidade estruturada (ALTHUSSER, 2015, p. 162). Para as

finalidades deste texto pensa-se a interrelação das formas penais e das formações sociais contemporâneas, para além de um suposto economicismo marxista. É refletir especificamente sobre as condições de existência de uma contradição, ou seja, "de sua situação na estrutura com dominante do todo complexo" (Ibid). Especificamente no que se refere à punição Michel Foucault (1987) oferece reflexão lapidar, quando analisa mudanças ocorridas no século XVIII, especificamente sobre criminalidades de massa e organizada, ou criminalidades violentas e o que Sutherland denomina crimes de colarinho branco. Vale a transcrição:

> Na verdade, a passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato de uma extensão e de um afinamento das práticas punitivas. (FOUCAULT, 1987, p. 66, grifo nosso).

À guisa de exemplo é possível lembrar as estruturas tecnológicas adotadas para o controle de populações indesejadas. As câmeras de monitoramento o tempo todo permitem visualizar as pessoas que oferecem serviços nos semáforos das cidades. Em sua maioria afrodescendentes de baixo poder aquisitivo, assujeitados para o big brother da vida real, vivendo no limite do princípio de "menor elegibilidade"[2]. Dispositivo ineficaz para clarificar as razões pelas quais o poder executivo federal propôs a mudança de nome do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, bem como sua transferência do Ministério da Fazenda para o Banco Central. Distintas estratégias cumprindo relevantes papéis, num contexto cultural que se articula com desigualdade

2 Estreitamento das diferenças entre as condições carcerárias e a existência que se tem fora dos ambientes prisionais, entendido também como fator de aumento de populações carcerárias, conforme ensinam Georg Rusche e Otto Kirchheimer. (2004, p. 150).

social, autoritarismo, e com o natural abrandamento do tratamento jurídico-penal de práticas delinquenciais sofisticadas.

Nestes termos é de se salientar as formas pelas quais, sobretudo a partir de premissas culturais, se correlacionam sobredeterminação e punição. David Garland (1999), recuperando algumas análises marxistas, apresenta uma visão detalhada de como um amplo conjunto de fatores parametriza as escolhas no âmbito da punição. Afirma que as políticas e instituições penais não se formam por um processo monolítico, e sim, por um espectro de forças convergindo no problema em qualquer conjuntura. Ele entende que a punição é a resultante sobredeterminada de um conjunto de forças opostas e interrelacionadas. Fundamental, todavia, destacar que para Garland a sobredeterminação da punição não pode ser adequadamente compreendida considerando apenas o aspecto puramente multifatorial, dado que as forças que moldam a política criminal são encontradas dentro das estruturas mais amplas de um modo de produção e de uma sociedade hierárquica. É dizer que mesmo quando os atores históricos nos debates da política criminal estão motivados por interesses religiosos, humanitários ou científicos, seus esforços serão limitados pelas estruturas de poder social e as pressões invisíveis da cultura da classe dominante (GARLAND, 1999, p. 153).

Para exemplificar este tipo de análise David Garland recupera a obra de Michael Ignatieff, denominada A just measure of pain[3]. Neste livro Ignatieff considera que a penitenciária se originou na busca de uma nova forma de ordem social. Nas primeiras décadas do século XIX, a partir do afrouxamento dos vínculos tradicionais característicos de um localismo, do crescimento das populações urbanas e do surgimento das relações sociais capitalistas uma gama de forças pugnava por uma reforma, especificamente, dissidentes religiosos, críticos sociais, num contexto de emergência de padrões progressistas, com destaque também para a atuação de parlamentares reformadores

3 Em tradução livre o título seria uma justa medida de dor. Maiores detalhes nas referências, infra.

e os juízes municipais e rurais. Conquanto cada grupo tivesse suas próprias motivações, em comum respaldavam a ideia de que a prisão era a melhor resposta para o fenômeno criminal (GARLAND, 1999, p. 153).

Vale destacar que, conforme Garland, Ignatieff insiste em que as intenções e manobras dos reformadores devem ser analisadas como parte da arrumação de uma sociedade, que se reorganizava para "adaptar-se às novas bases da vida social". Seu entendimento sobre o nascimento da penitenciária a posiciona no interior de uma nova lógica de relações de classe com seu conjunto correspondente de estratégias e instituições para governar os pobres (GARLAND, 1999, p. 154).

Considerando especificamente os tempos atuais é de se notar o modo como a pena privativa de liberdade se transforma, principalmente, num mecanismo de bloqueio e inocuização de pessoas pertencentes aos "grupos sociais excluídos da nova economia globalizada" (ALVAREZ, 2007, p. 95). Fenômeno que se observa presente também em tempos remotos, na medida em que o castigo pode ser entendido como estratégico, no sentido de assegurar a efetivação de interesses dos mais poderosos. Analisando as especificidades desta sobreposição de fatores Michael Ignatieff (1978, p. 210) diz que

> Las relaciones de producción, las condiciones del mercado laboral, los intereses patrimoniales y el lenguaje de intereses de clase expresados se encontraban muy en el fondo del análisis, ya que fueron otras fuerzas, com lenguaje diferente, las que debatieron y construyeron la política penal. No obstante, estos factores abrieron nuevos horizontes y sentaron los cimientos estructurales del cambio, de manera que la clave del éxito de la penitenciaría fue su capacidad para vincularse con estos intereses más amplios. La penitenciaría logró ese poder de convocatoria "porque los reformadores consiguieron presentarla no sólo como una respuesta al crimen sino a toda la crisis social del periodo, y como parte de una estrategia amplia de reforma legal, social y política diseñada para restablecer el orden con nuevos criterios". Em 1840 "se la consideraba com un elemento de una visión más amplia del orden" que exigia "la aprobación refleja de los

poderosos y acaudalados". (apud GARLAND, 1999, p. 154).[4]

Deste modo nota-se que a substância específica da sobredeterminação da punição não se colhe na questão de saber como utilizar o castigo para solucionar os problemas imediatos de controle social, ou de edificação do Estado em um sentido mais restrito. Na esteira de Steven Spitzer, Garland (1999, p. 153) afirma que é na verificação de como a pena se entrelaça na trama das relações sociais, que se articulam e dão robustez à relação entre classes economicamente diferentes, que ela pode ser encontrada.

Outro enfoque a ser salientado se colhe na obra Punishment and welfare (1985), onde Garland investiga o contexto histórico do surgimento do Estado de Bem-estar Social, bem como das correlatas práticas punitivas que surgiram nas décadas de 1860 a 1930 na Grã-Bretanha. Desde logo neste trabalho Garland ocupa-se de análises históricas e sociológicas, apresentando as relações entre punição e as instituições que não compõem diretamente o universo penal. Seu questionamento, pela perspectiva histórica, investiga a possibilidade de mudança no âmbito do castigo. Numa leitura sociológica Garland examina a relação entre as mudanças especificamente penais, e "as mudanças mais amplas nas formas de organização social" (ALVAREZ, 2007, p. 98).

Por esta análise Garland (1999, p. 154) entende que, talvez, a história social edificada por Ignatieff não possa ser apresentada ao lado de outras interpretações mais especificamente marxistas. Vale salientar

4 "As relações de produção, as condições do mercado de trabalho, os interesses econômicos e o discurso dos interesses de classe manifesto se encontravam muito no fundo das análises, já que foram outras forças, com discurso diferente, as que debateram e construíram a política criminal. Não obstante, estes fatores abriram novos horizontes e lançaram as bases estruturais da mudança, de modo que a chave do êxito da penitenciária foi sua capacidade para unir-se com estes interesses mais amplos. A penitenciária logrou este poder de convocação porque os reformadores conseguiram apresentá-la não só como uma resposta ao crime senão a toda a crise social do período. E como parte de uma estratégia ampla de reforma legal, social e política desenhada para reestabelecer a ordem com novos critérios. Em 1840 'ela era considerada como um elemento de uma visão mais ampla da ordem" que exigia 'a aprovação reflexa dos ricos e poderosos'" (IGNATIEFF, 1978, p. 210, apud GARLAND, 1999, p. 154, tradução nossa).

que as análises ditas marxistas focalizam preponderantemente o aspecto econômico como sendo determinante da produção material da realidade. Isso sem contar que o marxismo praticamente não aborda as instituições penais (GARLAND, 1999, p. 158). Entretanto, o legado teórico-metodológico de Marx não se resume a isso. Neste sentido, mobilizando Engels, Althusser (2015, p. 88), no texto contradição e sobredeterminação, esclarece que é equivocado reduzir Marx à análise da produção material da existência a partir do fator econômico, exclusivamente. Transcreve-se:

> A situação econômica é a base, mas os diversos elementos da superestrutura – as formas políticas da luta de classes e seus resultados -, as constituições estabelecidas uma vez ganha a batalha pela classe vitoriosa etc., as formas jurídicas, e mesmo os reflexos de todas essas lutas reais no cérebro dos participantes, teorias políticas, jurídicas, filosóficas, concepções religiosas, e seu desenvolvimento ulterior em sistemas dogmáticos, exercem igualmente sua ação nas lutas históricas e, em muitos casos, determinam-lhes de maneira preponderante a forma. (ENGELS, 1890, apud ALTHUSSER, 2015, p. 88, grifo nosso, em destaque no original

Enfim, constata-se que a sobredeterminação também se apresenta como constitutiva do princípio heurístico de Marx. Assim sendo afirma-se que a punição comunica à sociedade não apenas acerca de crime e penalidade, porém exerce o papel de conformação argumentativa, que auxilia no arranjo do mundo conforme o entendemos por meio do que concebemos como "bom e ruim, normal e anormal, legitimidade e ordem, ou seja, estabelecem uma armação cultural estruturante para toda a sociedade". David Garland propõe que a punição não deve ser vista como um fenômeno especial e particular, mas sim, "como uma instituição social" a qual une uma arrumação profunda e espessa de acepções, que se dirige tanto para os delinquentes e os operadores do sistema penal quanto para as pessoas de maneira geral que têm contato com as afirmações e discursos próprios da sanção penal. (ALVAREZ, 2007, p. 101-2).

4. Considerações finais

Verificou-se que a punição é a resultante sobredeterminada de uma intrincada rede de significados culturais. A forma pela qual se relacionam distintas classes sociais no sistema capitalista, inevitavelmente, compõe o espectro de possíveis análises históricas envolvendo práticas penais. Todavia, observou-se que não se deve reduzir ao aspecto econômico os conflitos de interesses que subjazem às formas penais estabelecidas.

O contexto contemporâneo, que se caracteriza pela complexidade, demanda o encontro das diferentes tradições de pesquisa em teoria social e em Direito, para um diálogo sobre a produção de impactos nas cristalizadas práticas penais. Nestes termos a compreensão sobre avanços e recuos do Estado de Bem Estar Social passa pela análise das interrelações entre distintos interesses sociais, econômicos, políticos e culturais.

O empoderamento das chamadas instâncias informais de controle social continua sendo um atual e necessário ensinamento durkheimiano (GARLAND, 2002, p. 91). Conquanto indispensáveis, as agências do Sistema de Justiça Criminal não se mostram plenamente capazes de uma reedificação moral que indique caminhos mais satisfatórios no que diz respeito a lidar com os discursos e práticas punitivas, e a desconstrução de estruturas cristalizadas nas sociedades contemporâneas é uma urgência para a efetivação dos direitos sociais no século XXI.

Referências

ALTHUSSER, Louis. Contradição e sobredeterminação: notas para uma pesquisa. In: ALTHUSSER, Louis. Por Marx. Campinas, SP: Unicamp, 2015.

ALVAREZ, Marcos César. Punição, poder e resistências: a

experiência do Groupe d' Information sur les Prisons e a análise crítica da prisão. In: SCAVONE, Lucila;

ALVAREZ, Marcos César; MISKOLCI, Richard (Org.). O legado de Foucault. São Paulo: UNESP, 2006. p. 45-60.

ALVAREZ, Marcos César. Punição, sociedade e história: algumas reflexões. MÉTIS: história & cultura. Caxias do Sul - RS, v. 6, n. 11, p. 93-105, jan./jun. 2007. ISSN 1677-0706.

ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões. Estudos de Sociologia. Araraquara, v. 20, n. 38, p. 15-33, ago./dez. 2015. ISSN 1414-0144.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARLAND, David. Formas penales y formaciones sociales. In: Castigo y sociedade moderna: um estudio de teoría social. Traducción de Berta Ruiz de La Concha. Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores, 1999. p. 152-159. ISBN 968-23-2192-1. Disponível em: <https://exabundantiacordisosloquitur.files.wordpress.com/2014/08/garland-david-1990-castigo-y-sociedad-moderna.pdf>. Acesso em 9 jan. 2021.

_____. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade, ano 7, n. 11, 1º sem. 2002.

IGNATIEFF, Michael. A just measure of pain: The penitentiary in the industrial revolution. Londres: [s.n.], 1978.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. Tempo Social, revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 329-350, jun. 2006. ISSN 0103-2070.

Overshareting: existe o consentimento da criança e adolescente?

Overshareting: is there child and adolescent consent?

João Alexandre Silva Alves Guimarães[1]

Ana Júlia Silva Alves Guimarães[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Overshareting e o Direito da Criança; 3. O Consentimento e o Interesse da Criança; 4. Conclusão.

Resumo: Em um mundo totalmente conectado, expor a intimidade nas redes sociais é algo comum, seja através de fotos, vídeos, pensamentos e tudo que envolve o cotidiano. Porém essa exposição começa antes mesmo de uma criança nascer. É cada vez mais comuns os pais publicarem fotos e vídeos de toda a gestação, passando ao nascimento e ao crescimento da criança, tentando até engajamento nas publicações ou mesmo projetando a criança a fama. Entretanto o papel dos pais é cuidar do interesse legítimo da criança e protegê-la, e nesse momento inicia o debate se a superexposição das crianças e adolescentes, com várias publicações feitas pelos pais ou responsáveis, expondo sua intimidade nas redes sociais é benéfico ao menor, e se representa o legítimo interesse dele. Além disso, cabe ressaltar, que para a divulgação de qualquer dado pessoal deve existir o consentimento do detentor, e quando trata-se de menores, cabe os pais e responsáveis darem esse consentimento. Mas mesmo os pais consentindo com a publicação e sendo de interesse deles, pode-se afirmar que é de interesse da criança ou que a criança consentiu com aquela publicação? E em um momento posterior, se essas publicações trouxerem um prejuízo para a vida cotidiana do adolescente, caberá ele, posteriormente a maior idade, informar que não consentiu e pedir para que as publicações sejam apagadas e esquecidas.

1 Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho, Portugal. Associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC e Membro do Comitê Executivo do Laboratório de Direitos Humanos – LabDH da Universidade Federal de Uberlândia. joaoalexgui@hotmail.com

2 Discente no curso de Direito na Universidade Pitágoras – Uberlândia e Membro do Laboratório de Direitos Humanos – LabDH da Universidade Federal de Uberlândia. anajuliasagui@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Palavras-Chaves: Overshareting; Consentimento; Criança e Adolescente

Abstract: In a fully connected world, exposing intimacy on social networks is something common, whether through photos, videos, thoughts, and everything that involves everyday life. But this exposure starts even before a child is born. It is increasingly common for parents to publish photos and videos of the entire pregnancy, going on to the child's birth and growth, even trying to engage in publications or even projecting the child to fame. However, the role of parents is to take care of the child's legitimate interest and protect it, and at this point, start the debate on whether overexposure of children and adolescents, with several publications made by parents or guardians, exposing their intimacy on social networks is beneficial to minors, and if it represents his legitimate interest. In addition, it should be noted that for the disclosure of any personal data there must be the consent of the holder, and when it comes to minors, it is up to the parents and guardians to give this consent. But even if the parents' consent to the publication and it is in their interest, can it be said that it is in the child's interest or that a child consented to that publication? And later, if these publications bring harm to the adolescent's daily life, it will be up to him, later on, when he is of age, to inform that he has not consented and ask for the publications to be deleted and forgotten.

Keywords: Overshareting; Consent; Child and teenager

1. Introdução

O "Oversharing" que traduzido literalmente seria "compartilhamento em excesso", ou "Overposting", que seriam as postagens em excesso. No mesmo sentido, através da união do "Oversharing" com o conceito "Sharenting", que é a união das palavras "share", compartilhar, e "parenting", paternidade, surge o conceito "Oversharenting", que numa tradução seria o compartilhamento em excesso feito especificamente pelos pais, caracterizado pela publicação exagerada de informações relativas aos filhos.

E, cada vez mais, a primeira imagem online de uma criança precede seu nascimento real. Compartilhar imagens de ultrassom tornou-se um rito de passagem; postar as imagens de ultrassom

pré-natal de 12 ou 20 semanas no Facebook ou Instagram é agora uma forma muito comum de revelar uma gravidez em todo o mundo ocidental.[3]

Além disso, como atores, esportistas e outras celebridades compartilham seus ultrassons pré-natais com descrições como "sua primeira foto!", eles normalizam um processo de compartilhamento e nomeação de visualizações de nascituros nas redes sociais. A escolha de não compartilhar parece cada vez mais em desacordo com as normas e expectativas sociais da gravidez e (preparação para) a paternidade na era das plataformas de mídia social.[4]

Viktor Mayer-Schönberger afirma que enquanto estamos constantemente esquecendo e reconstruindo elementos do nosso passado, a generalidade dos internautas continua a acessar a lembrança digital e os fatos que não foram reconstruídos. Assim, como o passado que lembramos vai mudando e evoluindo, o passado capturado na memória digital é constante e permanece congelado no tempo. É provável que essas duas visões entrem em choque, ou seja, a memória congelada que os outros têm sobre nós e a memória emergente em evolução que carregamos em nossas mentes. Nenhuma delas é uma representação precisa e completa do que somos. A primeira está trancada no tempo, enquanto a última, a interpretação do passado da nossa mente, é fortemente influenciada por quem somos no presente.[5]

Schönberger afirma que as novas tecnologias fazem do ato de esquecer, que antes era regra, exceção. Por isso precisamos de mecanismos, legais e tecnológicos, para encontrar o equilíbrio. Não se trata apenas de perdoar atitudes questionáveis, mas de

3 Lupton, Deborah. The Social Worlds of the Unborn. Palgrave Pilot: Londres, 2013.

4 Leaver, Tama. Balancing Privacy: Sharenting, Intimate Surveillance and the Right to Be Forgotten. In: Green, Lelia; Holloway, Donell; Stevenson, Kylie; Leaver, Tama; Haddon, Leslie (Eds.). The Routledge Companion to Children and Digital Media. Routledge: 1ª edição, 27 outubro 2020. Página 3.

5 Mayer-Schönberger, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press; Edição: Revised ed. for Kindle, p. 106 - 107, 25 de julho de 2011.

assumir que ações comuns, como as de tirar fotos ou entabular conversas privadas, se porventura descontextualizadas não podem ser critério para definir o caráter ou a competência de alguém. O referido autor defende que as pessoas tenham total controle sobre as suas pegadas digitais: fotografias poderiam ter data de validade e ser apagadas depois de um certo tempo.[6]

E hoje, até onde existe o consentimento de crianças e adolescentes ao terem suas vidas expostas nas redes sociais pelos pais ou responsáveis? E até onde os pais agem para tutelar o legítimo interesse dos seus filhos? Esse artigo irá discorrer sobre qual o limite da liberdade de expressão e o consentimento no overshareting.

2. Overshareting e o Direito da Criança

A constante evolução da internet, os o efeito da "cibernetização" faz com que vivemos em um mundo interligado. [7] Desta forma nos situamos na chamada "Sociedade da Informação" que tem como um dos seus fundamentos a constante coleta de dados, e por conceito é uma sociedade inserida num processo de mudanças, fruto dos avanços na ciência e na tecnologia que tornou possíveis novas formas de acesso e distribuição do conhecimento. Nessa nova organização social, as redes sociais como Facebook, Twitter, Instagram, Youtube, WhatsApp são quem detém a maior quantidade de compartilhamento de dados, principalmente os dados pessoais já que o compartilhamento destes se torna uma extensão das relações sociais materializadas em ligações entre uma multiplicidade de usuários sociais. Essas relações ocupam uma enorme centralidade na forma como se organiza e é desenvolvida

6 Mayer-Schönberger, Viktor. Página 2.

7 PAULA, Victor Augusto Lima de. GLOBALIZAÇÃO, DIREITO E INTERNET: CONSTATAÇÕES E PERSPECTIVAS. Revista Jurídica, [S.l.], v. 1, n. 38, p. 260 - 279, dez. 2015

a estrutura social, a forma de convívio e todas as esferas sociais.[8]

Completando essa esse estudo sobre a atual sociedade, Bauman afirma que ela é também uma "sociedade de consumo", onde as pessoas são estimuladas a promover uma mercadoria atraente e desejável e muitas vezes produto são elas próprias. Para ele, nenhuma pessoa se torna sujeito sem antes ser mercadoria.[9]

As redes sociais, que são um espelho ou um retrato perfeito da sociedade, e por esse papel de intensa ligação com as pessoas, exemplificam bem essa sociedade a qual o autor se refere uma vez que o que importa é a posse e o poder aquisitivo que alimentam o consumismo.[10]

Nesse contexto, além da prática de compartilhamento de dados pessoais, surge também a prática de compartilhamento da vida parental referida pela palavra em inglês: "sharenting", termo criado através da combinação de "sharing", na tradução compartilhar e "parenting", parentalidade. Essa prática acontece por intermédio dos pais contam suas experiências de vida nas redes sociais e divulgam informações de caráter pessoal dos filhos, o que acaba criando um rastro digital que acompanhará a criança durante a sua vida. Nesses casos, os pais não administrando apenas as suas próprias vidas digitais, mas também redes paralelas criadas em nome de seus filhos. [11]

Um dos principais perigos do "sharenting" é a capacidade de expor a criança em excesso, conforme análise de Sampaio e Fujita:

> Há, entretanto, duas modalidades de sharenting com o potencial de causar muito mais danos às crianças: (i) a exploração comercial de sua imagem, que vem se tornando

8 COUTINHO, Clara Pereira; LISBÔA, Eliana Santana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI. 2011. Pag 6.

9 BAUMAN, Z. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. P 13.

10 FIALHO, Joaquim et al. Redes sociais. Para uma compreensão multidisciplinar da sociedade. 2018.

11 EBERLIN, F. B. T. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, volume 7, n. 3, p. 256-274, 2017. Pag 258.

> comum na web, por meio de blogueiros e youtubers mirins, que auferem renda com anúncios, publicações pagas, patrocínio, etc. – o que já existia nos meios televisivo e musical, por exemplo, mas que, agora, conta com a possibilidade de interação com outros internautas, entre os quais há usuários maliciosos, trolls, entre outros -, e (ii) fotografias e vídeos pretensamente bem humorados ou humilhantes (punitivos) que expõem os menores em situações vexatórias, que acabam, intencionalmente ou não, viralizando nas redes sociais e divertindo milhares de internautas à custa da vergonha do infante.[12]

A discussão recai então sobre o problema jurídico decorrente do sharenting e do oversharenting, já que entram em conflitos alguns direitos fundamenteis, como a personalidade da criança, o dever da família e até mesmo a liberdade de expressão dos pais. É importante destacar que os dados pessoais das crianças que são inseridos na internet ao longo dos anos e que permanecem nela e podem ser acessados a qualquer tempo, mesmo que se passem muitos anos da publicação em si, além disso o dado pode ser compartilhado em uma conta privada, ou publica, podendo ser acessado tanto pelo titular dos dados, que na época da postagem era um menor, quanto por terceiros. E como explica Steinberg, essas informações podem causar impactos desde a infância até a vida adulta, podendo expor as crianças a constrangimentos em razão de histórias, fotografias ou comentários divulgados nas redes que possam ser considerados vergonhosos.[13]

Nesse sentido, é importante demonstrar o destaque que recai sobre papel e à responsabilidade da família, da sociedade e do Estado na defesa dos direitos dos menores, trazidos pela Constituição Federal de 1988, em seu Art. 227:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação,

12 SAMPAIO, Vinícius; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. A privacidade da criança na internet: sharenting, responsabilidade parental e tratamento de dados pessoais. In: Anais do 2º Congresso Internacional Information Society and Law – FMU – SP – 6/11 a 8/11. 2019. p.492-493.

13 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children's privacy in the age of social media. Emory Law Journal, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2017. p. 854

> ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [14]

Pode-se afirmar então que a exposição exagerada de informações sobre as crianças pode tornar uma ameaça direta à intimidade, vida privada e direito à imagem dos mesmos, que tem seus interesses expressamente protegidos pelo art. 100, V da lei n. 8.069/1.990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.
>
> V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;[15]

No caso do Oversharenting, delimitar as dimensões do direito à privacidade da criança é algo complexo, pois, como explica Steinberg, as crianças têm interesse em proteger as informações a seu respeito que foram postadas por seus pais, principalmente as que julgam negativas, afim de evitar a sua disseminação, além disso, ao chegar a um certo nível de maturidade, podem não concordar com a decisão dos pais de compartilhar informações pessoais; entretanto, elas não possuem uma opção de "opt-out", traduzido como a opção de sair desse ciclo ou excluir o que foi feito, e também nenhum tipo de controle em relação às decisões de seus pais que geram rastros digitais.[16]

A mesma norma supracitada afirma em seu artigo 5º que:

> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos

14 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

15 BRASIL. Estatuto da Criança e do adolescente. Decreto-Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília: Coordenação de Publicações, 1991.

16 STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children's privacy in the age of social media. Emory Law Journal, Atlanta, v. 66, p. 839- 884, 2017. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2017. p. 843

fundamentais.[17]

Visando a proteção das crianças no ambiente da internet, a Lei Geral de Proteção de Dados prevê no artigo 14 da LGPD, parágrafo primeiro, que o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. E ainda diz no parágrafo sexto que as informações provenientes desse tratamento deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.[18]

A presente discussão recai então sobre até que ponto existe o consentimento da criança sob a utilização de seus dados pessoais no meio digital, e, colocando em uma balança, qual direito fundamental teria mais força, o da privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da criança ou da liberdade de expressão dos seus responsáveis e o que eles entendem como legítimo interesse da criança.

3. O consentimento e o interesse da criança

O princípio do consentimento ou da autodeterminação é a pedra angular sobre a qual se estrutura o tratamento dos dados pessoais. Certo que não é a vontade do titular dos dados que define o nível de proteção a que eles ficam sujeitos, dependendo a proteção outorgada a cada tipo ou categoria de dados da vontade do legislador, mas existe uma relação necessária entre o consentimento e a licitude da recolha e tratamento dos dados que

17 BRASIL. Estatuto da Criança e do adolescente. Decreto-Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília: Coordenação de Publicações, 1991.

18 BRASIL. LEI Nº 13.709. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), de 14 de agosto de 2018.

apenas poderá ser afastada ou derrogada nos casos particulares previstos na lei.[19]

O direito à privacidade, como tal deve necessariamente ser limitado, já encontrou expressão no direito francês.[20] Resta considerar quais são as limitações desse direito à privacidade e quais recursos podem ser concedidos para a aplicação desse direito. Seria uma tarefa difícil determinar de antemão a linha exata em que a dignidade e a conveniência do indivíduo devem ceder às demandas do bem-estar público ou da justiça privada; mas as regras mais gerais são fornecidas pelas analogias jurídicas já desenvolvidas na lei da calúnia e difamação e na lei da propriedade literária e artística.[21]

A liberdade de expressão do pensamento, exercida dentro dos limites constitucionais a ela inerentes, traz, como pressuposto, um direito de manifestação livre da ingerência ou prévia chancela do Estado, o que se reflete na proibição da censura e no dever de neutralidade, a impedir qualquer forma de discriminação motivada pela manifestação do pensamento ou da opinião.[22]

Nesse momento deve-se atentar a palavra Consentimento, conforme o artigo 4.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), e no Artigo 5.º, XII, da LGPD, esse deve ser uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.[23] E se existe uma necessidade do consentimento para o tratamento de dados, então é fundamental o consentimento para a publicação de informação na internet por terceiros.

19 Mirada, Jorge; Medeiros, Ruy. Constituição Portuguesa Anotada. Volume I, 2ª ed., Revista – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. Página 574.

20 Nesse sentido cf. França. Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Version en vigueur au 15 février 2021.

21 Warren, Samuel D.; Brandeis, Louis D.. Página 214.

22 BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. Direito ao Esquecimento. São Paulo: Série IDP, Editora Saraiva, 2018, Edição do Kindle. Locais do Kindle 1653-1654.

23 Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Artigo 4.º, 11.

Para Alexandre Sousa Pinheiro "o consentimento válido para um tratamento implica o conhecimento dos fins a que se destina a recolha", pois, caso contrário, "a declaração de vontade mostra-se oca e destituída de conexão com o tratamento de dados".[24] Mafalda Miranda Barbosa afirma que Pinheiro acrescenta que se deve exigir uma definição clara e completa das finalidades, não sendo admissíveis meras referências a objetivos ou grandes metas e nesta relação consentimento-finalidade que o autor baseia a ideia de autodeterminação informacional.[25]

Ao olhar para Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil em 1990, em seu artigo 16 fica claro que "Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação."[26]

Viktor Mayer-Schonberger, como foi demonstrado no início, alertou que a capacidade de ser esquecido estava sendo corroída e pode desaparecer completamente, ou se tornar uma espécie de produto de luxo disponível apenas para aqueles ricos o suficiente para pagar para limpar seus vestígios digitais.[27]

Para os pais que tentam cuidar dos rastros digitais das crianças e adolescentes, o desafio da permanência na mídia social é ainda mais problemático. Como argumenta Eichhorn, ser capaz de esquecer e ser esquecido é importante. Apesar de sua má reputação, o esquecimento tem uma função. Esquecer pode ajudar a assumir riscos, explorar novas identidades, abraçar novas

24 Pinheiro, Alexandre de Sousa. Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional. AAFDL, Lisboa, 2015, página 806.

25 BARBOSA, Mafalda Miranda. Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. Revista de Direito Comercial, 15 de março de 2018. Página 478.

26 Brasil. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990.

27 Mayer-Schönberger, Viktor. Delete, cit., Página 112.

ideias, pode ajudar a crescer.[28] Em uma era de comunicação digital e infâncias com dados arquivados, não há garantia de que as plataformas e redes comerciais "esquecerão" alguma coisa.[29]

À medida que as crianças crescem, elas entendem claramente o valor de sua reputação e como essa reputação é visível online, mas muitas vezes não têm as ferramentas e competências para manter o controle de sua própria reputação. Embora o Google e muitas outras plataformas organizem o conteúdo por impacto e interesse, e não por cronologia, como observa Eichhorn, momentos estúpidos ou embaraçosos, que simplesmente fazem parte do crescimento, trazem consequências que não tiveram no passado. A moratória psicossocial - que uma vez concedeu a pelo menos alguns adolescentes uma transferência temporária de sofrer as consequências de suas ações - foi corroída.[30]

Para os jovens, todo o seu futuro é um contexto desconhecido, onde seus rastros digitais podem reaparecer em pesquisas e outras formas que nunca foram imaginadas quando essas fotos, vídeos ou anedotas aparentemente inofensivos foram inicialmente postados online. Na era do Google, o direito à privacidade ou a ser esquecido é, portanto, muito difícil de alcançar.[31]

Nesse sentido, o Tribunal Distrital de Gelderland, na Holanda, em 13 de maio de 2020, decidiu que uma mulher de Doesburg deve remover imediatamente as fotos de seus netos de suas contas no Facebook e Pinterest. Sua própria filha entrou com um processo contra ela porque a mulher se recusava a remover as fotos.[32]

Na França, a recente Lei nº 2020-936 de 30 de julho de

28 Eichhorn, Kate. The End of Forgetting: Growing Up with Social Media. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 8 de julho de 2019. Página 142.

29 Leaver, Tama. Balancing Privacy: Sharenting, Intimate Surveillance and the Right to Be Forgotten, cit., Pág.6.

30 Eichhorn, Kate. The End of Forgetting: Growing Up with Social Media, cit., Página 141.

31 Leaver, Tama. Balancing Privacy: Sharenting, Intimate Surveillance and the Right to Be Forgotten, cit., Página 7.

32 Holanda. Rechtbank Gelderland, C/05/368427 - Plaatsen foto's minderjarige kinderen op social media. AVG. Persoonlijk en huishoudelijke activiteit? Toestemming van wettelijk vertegenwoordigers. NJF 2020/225, de 13 de maio de 2020.

2020, modificou o Código Penal francês, prevendo, agora, no Art. 226-1, é punido com um ano de prisão e multa de 45.000 euros se, por meio de qualquer processo, violar intencionalmente a privacidade da vida privada de outrem: capturando, gravando ou transmitindo, sem o consentimento do autor, palavras faladas em caráter privado ou confidencial; fixando, gravando ou transmitindo, sem o consentimento deste, a imagem de uma pessoa em local privado; Capturando, gravando ou transmitindo, por qualquer meio, a localização em tempo real ou diferida de uma pessoa sem o consentimento desta.[33]

Prevê que os quando os atos mencionados neste artigo forem praticados contra a pessoa de um menor, o consentimento deve vir dos titulares do poder paternal. E isso se aplica aos pais que publicam imagens de seus filhos também.[34]

No Brasil uma ação assim seria possível, baseado no art. 187, do Código Civil prevê que "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." Como o prazo prescricional para questões indenizatórias no Código Civil são de três anos, o prazo iniciaria quando o menor completasse 18 anos, idade da capacidade civil absoluta, e terminaria quando ele completasse 21 anos.[35]

A perspectiva da privacidade das crianças se torna ainda mais complicada quando seus dados são considerados, revelando quão pouco controle ou propriedade as crianças, ou seus pais, têm ao usar certos dispositivos e aplicativos, mesmo que sejam especificamente projetados para crianças. Embora os dados possam ser "anônimos" antes de serem agrupados, armazenados ou analisados, a reidentificação de indivíduos é relativamente fácil para fontes de dados ricas, uma vez que existem muitas maneiras

33 França. Code Pénal. Section 1 : De l'atteinte à la vie privée (Articles 226-1 à 226-7). Version en vigueur au 06 juin 2021.

34 França. Code Pénal, cit.

35 Brasil. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

de cruzar vários dados armazenados. Os nomes são apenas um ponto de dados. Em muitos casos, porém, a questão do dano ou risco é importante e, às vezes, poucos riscos são óbvios.[36]

4. Conclusão

Entende-se que na sociedade atual postar fotos e vídeos são comuns do cotidiano. Pais postarem fotos dos filhos, celebrar conquistas dos filhos e mostrar momentos em família fazem parte das redes sociais. O problema é quando essas postagens viram uma superexposição da vida privada dos filhos, na busca de uma realização pessoal dos pais.

Na internet, onde o armazenamento se tornou praticamente ilimitado e onde a manutenção de lembranças nas redes sociais se tornaram constantes e atemporal, torna-se um ambiente de grande risco ao livre desenvolvimento das crianças e adolescente. Ao encontrar postagens antigas, podem ser retiradas do contexto, e estigmatizar as crianças e adolescentes, rotulando-os com algo que pode não condizer a verdade e, trazendo assim, um profundo impacto para o livre desenvolvimento de sua personalidade e da sua vida cotidiana.

Sendo assim, mesmo existindo uma liberdade de expressão e a permissão para que os pais publiquem fotos de seus filhos na internet, deve sempre perceber qual o real interesse da criança e se seu futuro poderá ser impactado por aquela publicação. Além de criar ferramentas eficazes para quando a criança ou o adolescente ter sua vida privada impactada e precisar da remoção do conteúdo da internet, que seja feito de forma ampla, com o intuito dessa publicação ser apagada e esquecida.

Referências

36 Leaver, Tama. Balancing Privacy: Sharenting, Intimate Surveillance and the Right to Be Forgotten, cit., Página 7.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. Revista de Direito Comercial, 15 de março de 2018.

BAUMAN, Z. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. Direito ao Esquecimento. São Paulo: Série IDP, Editora Saraiva, 2018, Edição do Kindle.

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

Brasil. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Estatuto da Criança e do adolescente. Decreto-Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Brasília: Coordenação de Publicações, 1991.

BRASIL. LEI Nº 13.709. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), de 14 de agosto de 2018.

COUTINHO, Clara Pereira; LISBÔA, Eliana Santana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI. 2011.

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

EICHHORN, Kate. The End of Forgetting: Growing Up with social media. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 8 de julho de 2019.

FIALHO, Joaquim et al. Redes sociais. Para uma compreensão multidisciplinar da sociedade. 2018.

FRANÇA. Code Pénal. Section 1 : De l'atteinte à la vie privée (Articles 226-1 à 226-7). Version en vigueur au 06 juin 2021.

FRANÇA. Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Version en vigueur au 15 février 2021.

Holanda. Rechtbank Gelderland, C/05/368427 - Plaatsen foto's minderjarige kinderen op social media. AVG. Persoonlijk en huishoudelijke activiteit? Toestemming van wettelijk vertegenwoordigers. NJF 2020/225, de 13 de maio de 2020.

LEAVER, Tama. Balancing Privacy: Sharenting, Intimate Surveillance and the Right to Be Forgotten. In: GREEN, Lelia; HOLLOWAY, Donell; STEVENSON, Kylie; LEAVER, Tama; HADDON, Leslie (Eds.). The Routledge Companion to Children and Digital Media. Routledge: 1ª edição, 27 outubro 2020.

LUPTON, Deborah. The Social Worlds of the Unborn. Palgrave Pilot: Londres, 2013.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press; Edição: Revised ed. for Kindle, p. 106 - 107, 25 de julho de 2011.

MIRADA, Jorge; MEDEIROS, Ruy. Constituição Portuguesa Anotada. Volume I, 2ª ed., Revista – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

PAULA, Victor Augusto Lima de. Globalização, direito e internet: constatações e perspectivas. Revista Jurídica, [S.l.], v. 1, n. 38, p. 260 - 279, dez. 2015.

PINHEIRO, Alexandre de Sousa. Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional. AAFDL, Lisboa, 2015, página 806.

PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO. Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016.SAMPAIO, Vinícius; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. A privacidade da criança na internet: sharenting, responsabilidade parental e tratamento de dados pessoais. In: Anais do 2º Congresso Internacional Information Society and Law – FMU – SP – 6/11 a 8/11. 2019.

STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children's privacy in the age of

social media. Emory Law Journal, Atlanta, v. 66, p. 839-884, 2017

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. Harvard Law Review, Vol. IV (Nº. 5), 15 de dezembro de 1890.

As habitantes da fronteira: o silenciamento das mulheres refugiadas

The inhabitants of the border: the silencing of refugee women

Ana Victória Klovrza Diogo[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Descolonizando o olhar: marco teórico; 3. Olhando para elas: o contexto; 4. Medindo os silêncios e outras violências; 5. Considerações finais.

Resumo: A perspectiva de gênero é recorrentemente negligenciada nas análises de Relações Internacionais em grande parte dos estudos sobre os Direitos Humanos dos Refugiados. Em meio à chamada "crise" de refugiados da década de 2010 na Europa, é necessário identificar os desafios particulares aos corpos femininos, a fim de analisar a efetividade das políticas públicas implementadas. Tendo como pressuposto que há violências sofridas especificamente pelas mulheres e meninas refugiadas, o objetivo é identificar se as respostas institucionais da União Europeia têm contribuído para a proteção dos Direitos Humanos das refugiadas, por meio de uma análise hipotético-dedutiva e de um estudo de caso. Pelas lentes teóricas dos estudos subalternos e das abordagens feministas e decoloniais de Relações Internacionais, entende-se que há violências diretas e indiretas, perpetradas por diversos agentes, que permeiam o cotidiano das refugiadas e argumento que as políticas públicas para refugiados da Europa não diminuem o suficiente esse quadro de violência. Ademais, a falta de uma coleta de dados que aborde as questões sobre violência baseada em gênero para esta população consiste em um tipo de silenciamento e reprodução de subalternidade ao colocar essas mulheres e meninas em uma posição de não serem ouvidas ao não serem sequer perguntadas sobre essa questão.

Palavras-chave: Refúgio; Violência de gênero; Decolonial; Subalternidade; União Europeia.

1 Mestranda em Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Bolsista CAPES 2020-2022. Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello-UFU.Bacharel em Relações Internacionais pela UFU. Graduanda em Direito pela Faculdade Pitágoras. Contato: anavictoriak04@gmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Abstract: The gender perspective is often neglected in International Relations analysis of the International Refugee Rights. In times of refugee "crisis" in Europe, it is imperative to identify the particular challenges of female bodies, in order to analyze the effectiveness of public policies. Admitting that there are specific violences suffered by refugee women and girls, the goal is to identify if the European Union's institutional responses have contributed to the protection of the female refugees, through a hypothetical-deductive and case-study analysis. Through the theoretical lenses of the Subaltern Studies and Feminist and Decolonial approaches of IR, direct and indirect violences pervade the lives of refugee women and girls. I argue that the EU's public policies for refugees do not diminish this violent scenario enough. Furthermore the lack of a complete database about refugees that includes matters of gender-based violence is a kind of silencing and reproduction of subalternity, once these women are not heard about their demands.

Key-words: Refugee; Gender violence; Decolonial; Subalternity; European Union;

1. Introdução

No imediato pós-Guerra Fria, era popular a perspectiva de que a cooperação multilateral superaria o conflito, e que um processo de sinergia de valores e instituições entre as entidades da sociedade internacional tornaria as fronteiras nacionais obsoletas e a mobilidade humana seria cada vez mais fluida e quase sem barreiras. Essa realidade, contudo, não se confirmou. Os fluxos migratórios nunca foram tão volumosos, mas não mais seguros ou livres. A migração por motivo de refúgio — portanto forçada — representa uma grande parcela desses fluxos. Há 82,6 milhões de pessoas deslocadas à força no mundo, sendo 26,4 milhões de refugiados e 48 milhões deslocados internos[2]. A migração tornou-se cada vez mais complexo com a proliferação de barreiras físicas, normativas e políticas a refugiados.

Entretanto, são escassas as análises do refúgio sob o prisma

2 ACNUR. Global Trends: Forced displacement in 2020. 2021. Disponível em: <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/60b638e37/global-trends-forced-displacement-2020.html>. Acesso em 10jun.2021

do gênero e das subalternidades envolvidas nesse processo. Pelas lentes das abordagens feministas, pós-coloniais e dos estudos subalternos, pode-se entender que há violências diretas e indiretas que permeiam o cotidiano das refugiadas. Quase metade dos refugiados no mundo é composta por mulheres e meninas[3]. A violência com base em gênero permeia a vida de qualquer mulher; todavia, aquelas em meio a conflitos armados e à fuga estão mais suscetíveis à ocorrência de alguns tipos de violência de gênero.

Soma-se a isso o fato de que a escassez de documentação sobre as violências e a falta de uma coleta apropriada de dados específicos dessas situações impedem a identificação dos problemas que afligem a população feminina em situação de refúgio. Sem a devida coleta de dados, é impraticável formular políticas públicas adequadas. Por esses motivos, é imperativo levar em consideração os problemas particulares aos corpos femininos em situação de refúgio para melhor formular as políticas públicas direcionadas a essa população. Portanto este artigo questiona se as respostas institucionais da União Europeia (UE) à chamada "crise" de refugiados possuem sensibilidade de gênero, ou seja, se têm contribuído para a proteção e para a promoção dos direitos das refugiadas.

Justifica-se a escolha por este recorte temático pelo entendimento de que essas mulheres habitam a fronteira, tanto literal quanto metaforicamente. Habitam a fronteira literal ao serem impedidas de entrar em um novo país e pertencerem indefinidamente ao não-lugar das relações internacionais: o limbo jurídico em que o ser humano não goza da proteção de um Estado. Mas também habitam a fronteira metafórica ao estarem à margem dos interesses de pesquisas e de políticas públicas adequadas. O presente artigo desenvolve uma visão da experiência do refúgio para mulheres e meninas à luz do gênero, pelas lentes teóricas das abordagens

3 ACNUR. Global Trends: Forced displacement in 2020. 2021. Disponível em: <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/60b638e37/global-trends-forced-displacement-2020.html>. Acesso em 10jun.2021

decoloniais e dos estudos subalternos, avaliando em que medida a conduta da União Europeia contribui para a (in)segurança das refugiadas e para o silenciamento de suas demandas específicas.

2. Descolonizando o olhar: marco teórico

As abordagens feministas e decoloniais de Relações Internacionais têm como um de seus objetivos colocar em evidência formas de violência diretas e indiretas: a violência de gênero, com intersecções raça e classe, e demais violências indiretas oriundas da colonialidade. As teorias feministas contemplam o trabalho, pois a problemática de pesquisa básica dessa consiste em questionar "por que, em quase todas as sociedades, as mulheres estão em desvantagem política, social e economicamente em relação aos homens e em que medida isso se deve à política e à economia internacionais"[4].

Como afirmou Ballestrin[5], "[o] corpo feminino pode ser pensado como o primeiro "território" a ser conquistado e ocupado pelo colonizador (homem, branco, cristão, europeu e heterossexual)". Seguindo a analogia do primeiro território a ser conquistado, assim como na guerra, a história da colonização dos corpos femininos também foi contada pelos vencedores. Em posição de subalternidade[6], a violenta ideologia colonial sequestra a posição de sujeito do subalterno.

Grosso modo, isso ocorre da seguinte forma: não é permitido ao subalterno a fala/agência de contar sua própria história e, mesmo quando ele tenta falar, os representantes da intelectualidade dominante não o escutam; portanto, o subalterno

4 TICKNER, J.A. What is Your Research Program? Some Feminist Answers to International Relations Methodological Questions. International Studies Quarterly, Oxford, n.49, 2005.

5 BALLESTRIN, Luciana. Feminismos Subalternos. Revista de Estudos Feministas, vol. 25, n. 3, 2017. p. 1038.

6 SPIVAK, G. Can the Subaltern Speak? In: NELSON, C.; GROSSBERG, L. (eds). Marxism and the Interpretation of Culture. Londres: Macmillan, 1988.

é tolhido da possibilidade de contar sua própria história, tendo, por consequência, sua história contada pelo ponto de vista alheio e sem possibilidade de contestação. Para Spivak[7], o "subalterno não pode falar"; ele não protagoniza a fala e não é escutado. Essa situação é o que se convencionou chamar de "silenciamento", uma situação de violento apagamento de existência.

Spivak tem especial interesse em debater a questão da mulher subalterna. A autora alinha o feminismo à sua crítica ao positivismo e suposto universalismo das análises oriundas do Norte Global. Segundo ela, as análises feitas pelos positivistas ocidentais — com suposta neutralidade do observador e universalismo científico — consistem em violências epistêmicas que fazem a "mulher subalterna tão muda como sempre esteve"[8].

3. Olhando para elas: o contexto

Além das violações de Direitos Humanos para os refugiados em geral, a outra camada de violência à qual este trabalho se refere é a violência com base em gênero. Conforme o Gender-Based Violence Information Management System (GBV IMS), uma parceria inter-agências composta pelo Fundo de População das Nações Unidas, pelo International Rescue Committee e pelo ACNUR, há seis tipos de violência com base em gênero. São elas: estupro; assédio sexual; violência física; casamento forçado; negação de recursos, oportunidades ou serviços; e abuso psicológico/emocional[9].

A violência com base em gênero é uma das violações de direitos humanos mais recorrentes no mundo, sendo uma questão de saúde pública generalizada. Entretanto, a perspectiva particular a mulheres e meninas refugiadas ainda é invisibilizada. Atualmente,

7 SPIVAK, G. Can the Subaltern Speak? In: NELSON, C.; GROSSBERG, L. (eds). Marxism and the Interpretation of Culture. Londres: Macmillan, 1988.

8 SPIVAK, G. Can the Subaltern Speak? In: NELSON, C.; GROSSBERG, L. (eds). Marxism and the Interpretation of Culture. Londres: Macmillan, 1988, p. 90.

9 GBV IMS. Gender-based violence classification tool. 2019. Disponível em: <http://www.gbvims.com/gbvims-tools/classification-tool/>.s.p. Acesso em:10jun 2021

as principais fontes de informação sobre mulheres refugiadas são organizações não governamentais (ONGs) e organizações de direitos humanos[10].

Segundo relatórios do projeto Women Under Siege e Universidade de Columbia sobre as violências sexuais na Síria, 85% das entrevistadas declararam ter sofrido estupro; 10% sofreram assédio sexual; 10% sofreram escravidão sexual; e, em 40% dos casos, ocorreu estupro coletivo[11]. Além dos perigos de assaltos, naufrágios, repatriação, a travessia de mulheres e meninas refugiadas para a Europa também envolve o medo constante de sofrer violência sexual, especialmente quando viajam sem a companhia de um homem. Por fim, mesmo ao alcançar o país de destino, estão sujeitas à violência sexual e psicológica perpetrada por nacionais, agentes das fronteiras e por outros moradores dos campos de refugiados[12].

A princípio, não parece haver uma coleta de dados realizada pelos Estados receptores com recorte de violências sofridas pelas refugiadas nos campos de acolhimento, nas ruas e nas fronteiras[13]. Diante desse aparente impasse de falta de acesso ao conteúdo das coletas, há uma alternativa: considerar que a ausência de dados também é um dado. Entende-se que o primeiro passo para construção de uma boa política e uma boa resposta institucional é o amplo conhecimento sobre o problema a ser resolvido. Portanto, é interessante que se questione quais tipos de dados em relação a gênero são colhidos das solicitantes de refúgio na UE e como é feita essa coleta. Das instâncias institucionais da União Europeia, serão analisados o European Asylum Support Office (EASO) e a

10 FREEDMAN, J.Sexual and gender-based violence against refugee women: a hidden aspect of the refugee “crisis”. Reproductive Health Matters. Vol 24, 2016, p. 18.

11 WOLFE, L. Syria Has a Massive Rape Crisis. 2013. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2013/04/syria-has-a-massive-rape-crisis/274583/>. s.p. Acesso em:10jun 2021

12 FREEDMAN, J.Sexual and gender-based violence against refugee women: a hidden aspect of the refugee “crisis”. Reproductive Health Matters. Vol 24, 2016, p. 19.

13 EASO (European Asylum Support Office). A Review of Empirical Surveys of Asylum Related Migrants. 2018. Disponível em: https://easo.europa.eu/sites/default/files/easo-review-surveys-1-2.pdf. Acesso em: 01 jun. 2021

agência de fronteira europeia (Frontex), com documentos emitidos pelas próprias agências ou frutos de análises sobre elas.

4. Medindo os silêncios e outras violências

Spivak[14] afirma que é necessário "medir os silêncios". No presente artigo, isso significa colocar em evidência a recorrente marginalização das demandas específicas dos corpos femininos na situação de refúgio. Com tal esforço, esta seção jogará luz ao fato de que os corpos femininos têm experiências específicas na situação de refúgio, ainda mais permeadas de opressão devido à violência sexual e de gênero, ainda bastante negligenciadas pelas políticas públicas atuais.

Uma grande parcela das mulheres e meninas sofre violência sexual de forma recorrente desde o início dos conflitos dos quais fogem[15]. Segundo levantamentos de ONGs e Universidades sobre as refugiadas sírias, a violência sexual é perpetrada por diversos agentes[16]. Durante os conflitos armados, esse tipo de violência é perpetrado por combatentes da guerra (de quaisquer frentes), sendo utilizado como uma arma de guerra psicológica contra o inimigo e como uma forma de subjugar o corpo feminino simbolizando hierarquia de gênero, motivando muitas vezes o ato de refugiar-se.

Devido à situação de extrema vulnerabilidade socioeconômica das refugiadas nos países intermediários ou de destino final na Europa, relatos coletados por pesquisadoras indicam a existência de casamentos de adolescentes e jovens com nacionais desses países de maneira forçada, precoce e mediante pagamento. Esse tipo de "acordo" ocorre como uma alternativa à situação de

14 SPIVAK, 1988, SPIVAK, G. Can the Subaltern Speak? In: NELSON, C.; GROSSBERG, L. (eds). Marxism and the Interpretation of Culture. Londres: Macmillan, 1988 p. 92.

15 FREEDMAN, J. Gendering the international asylum and refugee debate. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

16 WOLF, L. Syria Has a Massive Rape Crisis. 2013. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2013/04/syria-has-a-massive-rape-crisis/274583/>. s.p. Acesso em:10jun 2021

insegurança jurídica e econômica da família refugiada, uma vez que o casamento com um nacional permite à jovem acesso a serviços públicos. Essa forma de violência tem uma face direta, por meio de estupros diários sob o véu de matrimônio e agressões físicas e verbais, assim como uma face indireta: a retirada do poder de escolha dessa mulher ou menina sobre suas possibilidades de vida, a criação de dependência socioeconômica do marido e a constante violência psicológica. A situação de vulnerabilidade e de subalternidade[17] dessas mulheres é tão expressiva que o poder de agência e de fala lhes é totalmente confiscado: "'Mulheres sírias nunca falam. Ela [sic] é sempre obediente. Dê a ela um pedaço de pão, e ela é sua', disse um homem turco que comprou uma noiva síria de 15 anos por 150 euros."[18]

Além disso, a violência sexual é realizada por contrabandistas e traficantes de pessoas quando esses exigem relações sexuais como pagamento pela travessia. Já no país de destino na Europa, há relatos de refugiadas que sofreram abusos sexuais e psicológicos perpetrados por agentes de segurança das fronteiras — muitas vezes sob a falsa promessa de agilizar os procedimentos aduaneiros em troca de favores sexuais — e por nacionais dos países de destino nas ruas, como forma de violência com base em gênero e xenofobia[19].

Em 2017, relatórios enviados ao ACNUR 622 casos de violência com base em gênero contra mulheres refugiadas nas ilhas gregas, sendo 30% deles ocorridos após a chegada na Grécia e

17 SPIVAK, G. Can the Subaltern Speak? In: NELSON, C.; GROSSBERG, L. (eds). Marxism and the Interpretation of Culture. Londres: Macmillan, 1988.

18 BAKLACIOGLU, N. The violence of tolerated temporality: Syrian women refugees on the outskirts of Istanbul. In: FREEDMAN, J.; KIVILCIM, Z; BAKLACIOGLU, N. A Gendered Approach to the Syrian Refugee Crisis. New York: Routledge, 2017, p. 44, tradução minha.

19 FREEDMAN, J. Women's experience of forced migration: Gender-based forms of insecurity and the uses of 'vulnerability. In: FREEDMAN, J.; KIVILCIM, Z; BAKLACIOGLU, N. A Gendered Approach to the Syrian Refugee Crisis. New York: Routledge, 2017.

80% das vítimas era do sexo feminino[20]. Uma face ainda menos evidenciada da violência sexual em refugiadas é aquela realizada por parte dos demais refugiados em campos.

> Para mulheres sírias, os campos representam locais de estupro e violência com base em gênero: 'Mulheres que moram em campos são conhecidas como sujas', disse uma jovem de 18 anos que viveu por quatro anos em um campo chamado Ceylanpinar. Ela elaborou: 'Nós nunca podíamos ir ao banheiro sozinhas [...]. Nós nunca podíamos dormir todos juntos, [...] um de nós precisava ficar de vigia [21].

Em campos na Grécia, o mesmo problema foi observado por organizações humanitárias. Atividades necessárias tornam-se motivo de medo para as refugiadas, como dormir, tomar banho, ir ao banheiro ou buscar água. A superlotação dos campos faz com que homens e mulheres sem parentesco tenham que se alojar juntos; a ausência de fechaduras nas portas dos banheiros, de salas de banho apenas para mulheres e de iluminação nos campos faz com que as moradoras temam estar desacompanhadas: "O chuveiro no campo é frio e não tem fechadura. Homens entram quando você está lá dentro. Não tem luzes[...] "Aqui eu me sinto muito nervosa, porque estou dividindo a tenda com quatro homens que eu não conheço" disse Simone (nome fictício)[22].

Nos estudos subalternos, Spivak[23] esclarece que, no mundo moderno/colonial, o subalterno não tem história e não pode falar; entretanto o subalterno feminino (a mulher do Terceiro Mundo) é ainda mais tolhido de sua agência, uma vez que conta com

20 RIBA, Monica. Women face daily dangers in Greek refugee camps. 2018. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2018/10/women-daily-dangers-refugee-camps-greece/ >.

21 BAKLACIOGLU, N. The violence of tolerated temporality: Syrian women refugees on the outskirts of Istanbul. In: FREEDMAN, J.; KIVILCIM, Z; BAKLACIOGLU, N. A Gendered Approach to the Syrian Refugee Crisis. New York: Routledge, 2017, p. 48-49, tradução minha).

22 RIBA, Monica. Women face daily dangers in Greek refugee camps. 2018. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2018/10/women-daily-dangers-refugee-camps-greece/ >. (2018, s.p., tradução e grifo nossos).

23 SPIVAK, G. Can the Subaltern Speak? In: NELSON, C.; GROSSBERG, L. (eds). Marxism and the Interpretation of Culture. Londres: Macmillan, 1988.

mais marcadores de diferença colonial. Esse é um complemento importante ao feminismo decolonial, uma vez que evidencia que há diversos níveis de violência superpostos para as mulheres refugiadas, não apenas perpetrada pelo homem colonizador, mas também pelo homem colonizado. O feminismo decolonial, portanto, cumpre a proposta de compreender o patriarcado a partir da colonialidade de gênero; contudo poderia ser complementado, por meio da identificação de outros marcadores de diferença e violência dentro desse grupo subalternizado que é o colonizado/refugiado.

No que concerne às respostas institucionais da União Europeia, embora haja diretrizes para que a recepção das solicitantes de refúgio no Sistema Comum de Refúgio Europeu (CEAS) e na agência de fronteira europeia (Frontex) tenha "sensibilidade de gênero" ao recepcionar e assistir as solicitantes de refúgio, a prática tem se mostrado diferente. ONGs e observatórios de direitos humanos têm reportado que os agentes policiais de fronteira muitas vezes não respeitam essas diretrizes, e até mesmo podem ser os perpetradores de violência direta – por meio de violências sexuais – ou indireta – por meio da violência psicológica, de negação ou adiamento de direitos a quem deles é titular, etc.[24].

A escassez de dados sobre violências baseadas em gênero sofridas enquanto solicitante de refúgio/refugiada, colhidos para um cadastro inicial no ato de entrada na UE e de acompanhamento durante a estadia em campos de refugiados é, também, uma outra camada de violência indireta. Ademais, pode ser entendida, sob a ótica dos Estudos Subalternos, como uma forma de silenciamento institucional desses indivíduos. O "falar", para Spivak, significa um ato de fala, uma situação em que a fala e a escuta ocorrem. Para a autora, mesmo que o subalterno tenha a possibilidade de falar,

24 FREEDMAN, J.Sexual and gender-based violence against refugee women: a hidden aspect of the refugee "crisis". Reproductive Health Matters. Vol 24, 2016.

ele(a) não é escutado[25]. Nesse caso, não é garantida sequer a fala, devido à ausência de coleta de dados com esse recorte específico para as necessidades desses corpos, salvo em raros casos de iniciativas de ONGs e estudiosos.

A título de exemplo de como se dá esse silenciamento, um levantamento de 2018 do European Asylum Support Office (EASO) demonstrou que, dentre mais de 200 surveys aplicados para as populações migrantes e refugiadas, apenas dois continham o recorte de violência baseada em gênero, tendo sido feitos por uma única ONG em um único campo localizado na França[26]. Além disso, o EASO[27] também identificou que grande parte dos países da União Europeia deixam de documentar questões relativas a gênero e violência com base em gênero nos formulários de documentação de refugiados em seus países.

O mesmo órgão emitiu em relatório que existem críticas de organizações da sociedade civil em relação a como são tratados os temas de violência com base em gênero e identidade de gênero na assistência a refugiadas e solicitantes de refúgio nos países de destino. Segundo esse relatório mais recente do EASO, percebe-se que grande parte dos esforços de solucionar a falta de sensibilidade de gênero nas políticas públicas e coletas de dados dos países da União Europeia é advindo de organizações internacionais (como o ACNUR e a OIM) e não da UE diretamente, por meio de projetos, workshops e treinamento de funcionários do Escritório Europeu de Suporte ao Asilo nos anos de 2019 e 2020[28].

O fato de a instituição publicizar essa crítica de organizações da sociedade civil e de estar realizando treinamento de seus funcionários

25 SELIS, Lara M. R. At the edge of language: rereading subalternity through misrecognition and sinthome. 2019. 243 f. Tese (Doutorado) - Curso de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

26 EASO (European Asylum Support Office). A Review of Empirical Surveys of Asylum Related Migrants. 2018. Disponível em: https://easo.europa.eu/sites/default/files/easo-review-surveys-1-2.pdf. Acesso em: 01 jun. 2021.

27 EASO (European Asylum Support Office). EASO Asylum Report 2020. Disponível em: <https://www.easo.europa.eu/asylum-report-2020>. Acesso em: 01 jun. 2021.

28 EASO (European Asylum Support Office). EASO Asylum Report 2020. Disponível em: <https://www.easo.europa.eu/asylum-report-2020>. Acesso em: 01 jun. 2021.

com organizações humanitárias são passos importantes, mas ainda são esforços incipientes e recentes. Os documentos evidenciam que as políticas públicas endereçadas para as mulheres vítimas de violência de gênero são frequentemente promovidas com o auxílio do ACNUR, não sendo os Estados-membros os principais agentes dessas políticas[29].

5. Considerações finais

Em meio à chamada "crise" de refugiados na Europa, é fundamental identificar os desafios particulares aos corpos femininos, a fim de avaliar a efetividade das políticas públicas atualmente implementadas. Admitindo como pressuposto que existem violências sofridas de forma específica pelas mulheres e meninas refugiadas, o objetivo deste trabalho era identificar se as respostas institucionais da União Europeia teriam sensibilidade de gênero, promovendo os direitos humanos das refugiadas com mecanismos eficazes para proteção das mulheres e meninas.

Com base nas informações angariadas, conclui-se que há violências específicas, diretas e indiretas, perpetradas por diversos agentes no cotidiano das refugiadas e a política migratória restritiva da Europa piora esse quadro de violência de colonialidade do gênero e de reforço da subalternidade. Portanto, embora as diretrizes formais da União Europeia sejam a de promoção de sensibilidade de gênero nas políticas públicas endereçadas aos refugiados, as políticas atualmente implementadas pela UE não são suficientes para garantir a proteção integral das mulheres e meninas refugiadas e não raro agentes dos Estados-membros e da instituição perpetram violências diretas e indiretas.

Algumas das respostas institucionais da União Europeia para o intenso movimento migratório de refugiados para o seu território não tiveram sensibilidade de gênero, o que aumentou a vulnerabilidade

29 EASO (European Asylum Support Office). EASO Asylum Report 2020. Disponível em: <https://www.easo.europa.eu/asylum-report-2020>. Acesso em: 01 jun. 2021.

das refugiadas[30]. São algumas dessas respostas institucionais que desconsideram a sensibilidade de gênero: as políticas restritivas à entrada de refugiados, fechamento unilateral das fronteiras a imigrantes irregulares e refugiados, a insuficiente coleta de dados, o não oferecimento de serviços públicos básicos, a má gestão dos campos de refugiados, o fortalecimento da agência de fronteira da UE[31], o descumprimento das diretivas originadas da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e do Direito Europeu que exigem que os Estados-membros atuem nos procedimentos de solicitação de refúgio levando em consideração questões de gênero, e a incapacidade de oferecer alojamentos adequados às necessidades das refugiadas.

Além disso, constata-se o silenciamento e apagamento dessas demandas por meio da precária coleta de dados sobre violência com base em gênero na UE, entendendo esse silenciamento em termos de dados como um silenciamento da mulher subalternizada. Quando feita, a coleta é feita de forma pulverizada em cada Estado receptor e muitas vezes não contempla diretrizes de desagregar dados relativos a gênero ou aborda violências com base em gênero. Para além da análise de soluções e respostas institucionais práticas, vale averiguar como o problema do refúgio na perspectiva de gênero está sendo (ou não) abordado pelas instâncias de poder. Portanto, verificar as condições de possibilidade de construção de políticas públicas sensíveis a gênero permite a construção de uma análise crítica potente sobre silenciamentos velados nesse processo.

Referências

ACNUR. Global Trends: Forced displacement in 2020. 2021. Disponível

30 FREEDMAN, J. Sexual and gender-based violence against refugee women: a hidden aspect of the refugee “crisis”. Reproductive Health Matters. Vol 24, 2016.

31 WHERE do EU countries stand on migration?. DW (Deutsche Welle). 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/en/where-do-eu-countries-stand-on-migration/a-44356857>. Acesso: 10 out. 2020.

em: <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/60b638e37/global-trends-forced-displacement-2020.html>. Acesso: 01jun 2020.

BAKLACIOGLU, N. The violence of tolerated temporality: Syrian women refugees on the outskirts of Istanbul. In: FREEDMAN, J; KIVILCIM, Z; BAKLACIOGLU, N.. A Gendered Approach to the Syrian Refugee Crisis. New York: Routledge, 2017.

BALLESTRIN, L. Feminismos Subalternos. Revista de Estudos Feministas, v. 25, 2017.

EASO (European Asylum Support Office). EASO Asylum Report 2020. Disponível em: <https://www.easo.europa.eu/asylum-report-2020>. Acesso: 01jun 2020.

_____. A Review of Empirical Surveys of Asylum Related Migrants. 2018. Disponível em: <https://easo.europa.eu/sites/default/files/easo-review-surveys-1-2.pdf.> Acesso: 01jun 2020.

FREEDMAN, J. Gendering the international asylum and refugee debate. New York: Palgrave Macmillan, 2015.

FREEDMAN, J. Women's experience of forced migration: ... In: FREEDMAN, J.; KIVILCIM, Z; BAKLACIOGLU, N. A Gendered Approach to the Syrian Refugee Crisis. New York: Routledge, 2017.

FREEDMAN, J.Sexual and gender-based violence against refugee women: a hidden aspect of the refugee "crisis". Reproductive Health Matters. Vol 24, 2016, p. 18.

GBV IMS. Gender-based violence classification tool. 2019. _Disponível em: <http://www.gbvims.com/gbvims-tools/classification-tool/>.s.p. Acesso: 01jun 2020.

RIBA, Monica. Women face daily dangers in Greek refugee camps. 2018. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2018/10/women-daily-dangers-refugee-camps-greece/ >. Acesso: 01jun 2020.

SELIS, L. M. R. At the edge of language: …. 2019. Tese (Doutorado) -Curso de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica

do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

SPIVAK, G. Can the Subaltern Speak? In: NELSON, C.; GROSSBERG, L. (eds). Marxism and the Interpretation of Culture. Londres: Macmillan, 1988.

TICKNER, J.A. What is Your Research Program? Some Feminist Answers to International Relations Methodological Questions. International Studies Quarterly, Oxford, n.49, 2005.

WHERE do EU countries stand on migration?. DW (Deutsche Welle). 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/en/where-do-eu-countries-stand-on-migration/a-44356857>. Acesso em: 10 out. 2020.

WOLFE, L. Syria Has a Massive Rape Crisis. 2013. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2013/04/syria-has-a-massive-rape-crisis/274583/>. s.p

O desafio da responsabilidade socioambiental e o papel das micro e pequenas empresas

The challenge of socio-environmental responsibility and the role of micro and small enterprises

Kênia Cristina Pontes Maia[1]

Isabela B. Torreira Lema[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Micro e pequenas empresas; 3. Meio ambiente como direito fundamental e as empresas; 4.O ensino como mecanismo para efetivação da responsabilidade socioambiental das empresas; 5. Colocando os ensinamentos na prática; Considerações Finais.

Resumo: As micro e pequenas empresas configuram grande parte dos negócios no Brasil e são essenciais para a dinâmica econômica e social, sendo cruciais para a economia brasileira. Já, a responsabilidade social é um tema que vem sendo amplamente discutido. Logo, procura-se comprovar a necessidade de uma maior conexão das micro e pequenas empresas com ações que visem à responsabilidade social em sua gestão. Utilizar os recursos de modo racional, eficiente, eficaz e equilibrado torna-se um desafio que cabe a todas as pessoas pensarem e agirem de forma a preservar o planeta para as futuras gerações. O presente estudo tem por objetivo promover uma análise sobre o crescimento das pequenas e médias empresas e o seu cuidado ao adotar práticas direcionadas ao desenvolvimento sustentável, no intuito de buscar um referencial que integre três pilares, isto é, (i) a promoção da economia, (ii) a preservação e a conservação do meio ambiente e (iii) a preocupação social. Dessa forma, buscou-se através das ações sustentáveis, praticadas por essas empresas, aquelas que se enquadravam no Triple Bottom Line, expressão cujo significado em português é "Tripé da Sustentabilidade", que exalta

1 Professora Doutora de Direito no Programa de Pós Graduação de Direito Processual Contemporâneo da UFRRJ. Professora de Direito Ambiental curso de Direito. Doutora em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento pela UFRJ. Integrante de Comissões de Direito Ambiental da OAB/MG e de Comissões revisoras de legislação ambiental e de Núcleos estruturantes de curso. Pró Reitora Adjunta da Pró Reitoria de Gestão de Pessoas da UFRRJ. Email.: keniacpmaia@gmail.com

2 Graduanda no Curso de Direito da Universidade Federal Rural de Três Rios – Instituto ITR. Membro do grupo de pesquisa: Direito e Filosofia: aspectos fenomenológicos do século XXI, da UFRRJ. Email: isatorreira@hotmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

um modelo de negócio baseado em práticas sustentáveis, evidenciando o cuidado ambiental para além das questões financeiras. Para a finalização desse estudo foi efetuado um ensaio teórico, fundamentado em pesquisas bibliográficas, analisando os aspectos conceituais do desenvolvimento econômico e da sustentabilidade.

Palavras-chaves: responsabilidade socioambiental; sustentabilidade empresarial; triple bottom line.

Abstract: Micro and small companies make up a large part of the business in Brazil and are essential for the dynamic and social, being crucial for the Brazilian economy. Now, social responsibility is a topic that has been discussed. Therefore, it seeks to prove the need for a greater connection of micro and small companies with actions aimed at social responsibility in their management. Using resources in a rational, efficient, effective and balanced way is a challenge that everyone has to think and act in order to preserve the planet for future generations. This study aims to promote an analysis of the growth of small and medium-sized companies and their care when adopting practices aimed at sustainable development, in order to seek a framework that integrates three pillars, that is, (i) the promotion of the economy , (ii) preservation and conservation of the environment and (iii) social concern. In this way, it was sought through the sustainable actions performed by these companies that fit into the Triple Bottom Line, an expression whose meaning in Portuguese is “Tripé da Sustentabilidade”, which exalts a business model based on sustainable practices, evidencing care environment in addition to financial issues. To complete this study, a theoretical essay was carried out, based on bibliographical research, analyzing the conceptual aspects of economic development and sustainability.

Keywords: socio-environmental responsibility; corporate sustainability; triple bottom line.

1. Introdução

O assunto meio ambiente vem ganhado espaço no mundo corporativo, adotando-se a premissa que todos somos responsáveis pelos resíduos que produzimos. “Há poucas palavras mais usadas hoje em dia do que o substantivo sustentabilidade e o adjetivo

sustentável", Boff (2012, p. 9)[3]. Essa afirmativa, demonstra o quão a temática passou a ser difundida por parte das empresas e no mundo. "É uma etiqueta que se procura colar nos produtos e nos processos de sua confecção para agregar-lhes valor", acrescenta Boff (2012, p. 9)[4].

No Brasil, a maior parte dos empreendimentos é formado por Micro e Pequenas Empresas (MPEs). A representatividade dessas empresas é de suma importância para o crescimento dos municípios, pois, em todas as cidades, existem empresas dessa categoria atuando.

Segundo o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE)[5]:

> "[...] atualmente, pequenos negócios representam 99% de todas as empresas do país. Em razão da crise ocasionada pela pandemia do coronavírus, os brasileiros estão buscando, na atividade empreendedora, uma alternativa de renda. Assim, conforme pesquisa feita pelo Sebrae, até 25% da população adulta, aproximadamente, vai estar envolvida até o fim do ano, na abertura de um novo negócio ou com uma empresa com até 3,5 anos de atividade. [...]A procura pela formalização por meio do registro como Microempreendedor Individual (MEI) continua em ritmo de crescimento no país, mesmo diante das dificuldades impostas pela pandemia da Covid-19. Somente em 2020, foram registrados 2,6 milhões de novos MEI. O número é o maior registrado nos últimos cinco anos."

Durante a pandemia o brasileiro se reinventou e o número de pequenas empresas cresceu. Assim, os ideais de sustentabilidade aliados as práticas das empresas, mostram uma nova tendência empresarial que resulta em benefícios para o meio ambiente, economia e sociedade. De acordo com, Sachs (2009, p. 32)[6], [...] o uso produtivo não necessariamente precisa prejudicar o meio

3 BOFF, L. (2012). Sustentabilidade: o que é, o que não é. Petrópolis: Vozes.

4 BOFF, L. (2012). Sustentabilidade: o que é, o que não é. Petrópolis: Vozes.

5 Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. Pandemia é desafio à capacidade de resiliência e reinvenção do empreendedor brasileiro. Disponível em: <http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/pandemia-e-desafio-a-capacidade-de-resiliencia-e-reinvencao-do-empreendedor-brasileiro,ccfea2ce208f4710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em 13.04.2021.

6 Sachs, I. (2009). Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Gramond.

ambiente ou destruir a diversidade, se tivermos consciência de que todas as nossas atividades econômicas estão solidamente fincadas no meio ambiente natural.

Yu e Bell(2007)[7] argumentam que donos de pequenas empresas acreditam que os impactos socioambientais desses negócios são pequenos. No entanto, esse impacto não pode ser analisado apenas do ponto de vista de sua ação individual. Como afirma Seiffert (2002)[8] ainda que as micro e pequenas empresas apresentem individualmente um impacto socioambiental reduzido, o mesmo não pode ser dito de sua ação coletiva, uma vez que são mais numerosas do que as organizações de grande porte.

2. Micro e pequenas empresas

No Brasil, classificam-se as empresas de acordo com o seu porte e sua maioria é representada por pequenas e médias. Para analisar seu porte, é levado em conta o número de empregados e sua receita bruta anual. Dessa forma, o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) adota como critério o número de funcionários.

A Lei Complementar 123/06 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) instituiu o SIMPLES NACIONAL (regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006, aplicável às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, a partir de 1.7.2007) (Brasil, 2006). De acordo com seu art. 3º, são consideradas microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o

7 YU, Jieqiong e BELL, J. Nigel B. Building a sustainable business in Chinas´s Small and medium-sized Enterprizes (SMEs). Journal of Environmental Assessment and Management. Vol. 9, N.. 1, p. 19-43, 2007

8 SEIFFERT, Mari Elizabete B. Modelo de Implantação de Sistemas de Gestão Ambiental (SGA–ISO 14001) utilizando-se a abordagem da Engenharia de Sistemas. 2002. Tese de (Doutorado). Programa de Engenharia de Produção. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. SC. Brasil.

empresário, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Pesquisa realizada pelo SEBRAE (2008)[9] envolvendo 385 MPEs do Estado de São Paulo, revela que apenas 31% das empresas declararam conhecer os impactos que seus produtos, serviços, processos de trabalho ou instalações podem causar ao meio ambiente e que já realizaram alguma ação para minimizar esse impacto. A mesma pesquisa revela ainda que 21% das empresas pesquisadas declararam conhecer o impacto que provocam no meio ambiente, porém, nada realizam para minimizá-lo e 48% não conhecem o impacto ambiental que geram. A pesquisa revelou também que a redução no consumo de energia elétrica e água foram as principais práticas ambientais adotadas, com 61% das empresas pesquisadas, sendo que 39% não adotaram nenhuma medida para a contenção do consumo.

Nesse sentido, os resultados do SEBRAE (2008) reforçam as conclusões de Farias & Teixeira (2002)[10], um dos grandes desafios atuais será mostrar para as micro e pequenas empresas a importância de mudar a concepção sobre o meio ambiente e adequar seus processos produtivos aos limites e condições que os meios natural e social impõem.

3. Meio ambiente como direito fundamental e as empresas

A sustentabilidade ambiental deve ser um princípio norteador da forma de agir do homem em suas relações de negócio. Donaire (2013, p. 20)[11] afirma que "[...] uma empresa, como outras organizações legítimas, tem a liberdade de existir e trabalhar por um objetivo legítimo. O pagamento dessa liberdade é a contribuição da

9 OBSERVATÓRIO DAS MPES n. 33. São Paulo, 2008. Disponível www.sebraesp.com.br. Acesso em 12.05.2021.

10 FARIAS, J. S., & TEIXEIRA, R. M. (2002). A pequena e microempresa e o meio ambiente: a percepção dos empresários com relação aos impactos ambientais. Organizações & Sociedade, 9(23), 1-20.

11 DONAIRE, D. (2013). Gestão ambiental na empresa (2. ed.). São Paulo: Atlas.

empresa para com a sociedade".

A Constituição Brasileira de 1988 atenta às tendências externas se preocupou em positivar o meio ambiente o rol de direitos e garantias fundamentais. O direito transindividual está em diversas partes do texto constitucional. O papel das empresas teve importante relevância constitucional, afinal, geram riquezas, promovem o desenvolvimento nacional e agem como parceiras do Estado no âmbito da justiça social e da redução das desigualdades. Além disso, o legislador Constituinte de 1988 dedicou um capítulo próprio ao Meio Ambiente, nos termos do art. 225.

José Renato Nalini (MARQUES, 2009)[12] adverte que "[...]se a humanidade continuar a dispor dos bens da terra como se eles fossem inesgotáveis, inexauríveis e a se servir da natureza como um imenso supermercado gratuito e sem dono, não haverá destino para a espécie."

Desse modo, as pequenas e médias empresas devem adotar um padrão de consumo e de aproveitamento das matérias-primas extraídas da natureza, aliando seu desenvolvimento com a responsabilidade ambiental. Savitz (2007, p.2)[13] irá conceituar esse tipo de responsabilidade como "[...] aquela que gera lucro para o acionista, ao mesmo tempo que protege o meio ambiente e melhora a qualidade de vida das pessoas com que mantêm relações". Ressalta-se que responsabilidade socioambiental é a união das ações de responsabilidade social e ambiental.

Conforme Donato (2008 apud ONU, 1991)[14] a sustentabilidade pode ser definida como as estratégias adotadas pelo meio empresarial no desenvolvimento de produtos, serviços e bens que satisfaçam as necessidades humanas, sem, no entanto, afetar as necessidades das gerações futuras.

Resta evidente que, a sustentabilidade ambiental surgiu como

12 NALINI, José Renato. Ética e Sustentabilidade no Poder Judiciário. In: MARQUES, José Roberto (organizador). Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental. Campinas, SP: Editora Millenium, 2009.

13 SAVITZ, A. (2007). A empresa sustentável. Rio de Janeiro: Elsevier.

14 DONATO, V. Logística verde. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2008. 256 p.

uma prática a buscar preservar a natureza na proposição econômica e nas técnicas do desenvolvimento, de forma a estabelecer categorias ecológicas de fabricação que garantem a sobrevivência e um bom futuro para as próximas gerações (LEFF, 2011)[15].

Por esse ângulo, na década de 90, o sociólogo britânico John Elkington criou o conceito Triple Bottom Line; cujo objetivo é priorizar um modelo de negócios baseado em ações sustentáveis, considerando a preocupação ambiental das empresas e não somente a financeira, sendo a união de três pilares: people (pessoas), planet (planeta) e profit (lucro).

Com a propagação do termo sustentabilidade, o conceito do TBL (Triple Bottom Line) ou o Tripé da Sustentabilidade que compreende os aspectos econômicos, social e ambiental, ganhou reconhecimento considerável, sendo componente das estratégias das empresas na inovação e na geração de valor (ELKINGTON, 1997)[16].

Para Barbosa (2007)[17] os componentes fundamentais para o desenvolvimento sustentável consistem em: crescimento econômico, proteção ao meio ambiente e igualdade social. Esses fundamentos aliados a mudança do paradigma das empresas, que tinham como único foco o lucro, passaram por uma concepção de desenvolvimento sustentável dando origem ao TBL ou Triple Bottom Line da Sustentabilidade.

O primeiro pilar seriam as pessoas, ou seja, os colaboradores das empresas, responsáveis pela sua cultura organizacional. O tratamento da equipe e as condições de trabalho são os principais

15 LEFF, E. Saber ambiental: Sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Enrique Leff; tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

16 ELKINGTON, J. Cannibals with forks: the triple bottom line of 21st century business. Oxford: Capstone, 1997.

17 BARBOSA, P. R. A. Índice de sustentabilidade empresarial da bolsa de valores de São Paulo (ISE-BOVESPA): exame da adequação como referência para aperfeiçoamento da gestão sustentável das empresas e para formação de carteiras de investimento orientadas por princípios de sustentabilidade corporativa. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto COPPEAD de Administração, 2007.

pontos a serem destacados pelas empresas que buscam ser sustentáveis.

O segundo pilar é o planeta, que irá receber todos os impactos gerados pelas atividades da empresa. É de suma importância que a atividade empresarial tome medidas para evitar e/ou abrandar as interferências de suas atividades no meio ambiente. Com o advento da tecnologia, há diversas formar de adaptar a cadeia produtiva, utilizando novos métodos de fabricação, materiais alternativos, equipamentos que não poluem, embalagens recicláveis, entre outras formas.

O terceiro pilar é o lucro. Investir no bem-estar da equipe e incorporar ações sustentáveis melhora a produtividade, a competitividade e os resultados. Não devendo olvidar também da visão ao longo prazo, na qual os clientes reconhecem os valores da empresa e estabelecem parcerias duradouras.

Urge destacar que a pequena e média empresa que adere aos 3Ps da sustentabilidade irá economizar materiais, pois irá reciclar e aprender a aproveitar seus resíduos, reduzindo os seus custos, pois, vai valorizar a eficiência energética e da água.

O aumento da consciência coletiva em relação aos impactos ambientais e às questões sociais, associadas à globalização e internacionalização das informações, tem pressionado as empresas a adotar e disseminar práticas de responsabilidade socioambiental, o que, consequentemente, incorpora os objetivos financeiros e econômicos, o bem-estar social e a preservação ambiental (GASPARINO; RIBEIRO, 2007)[18].

Nos dias hodiernos, diversas empresas adotam um modelo de gestão ambiental objetivando diminuir os impactos de suas atividades, desenvolvendo tecnologias que diminuem as agressões ao Meio Ambiente e adotando posturas de prevenção e planejamento estratégico sustentável.

18 GASPARINO, M. F.; RIBEIRO, M. S. Análise de relatórios de sustentabilidade, com ênfase na GRI: comparação entre empresas do setor de papel e celulose dos EUA e Brasil. Revista de Gestão Social e Ambiental, v. 1, n. 1, p. 102-115, 2007

Segundo o Instituto Ethos (ETHOS, 2014)[19]:

> "Os valores empresariais devem ultrapassar as determinações do processo produtivo da organização e o que acontece entre os limites físicos de suas instalações. [...]
>
> Uma ampla visão sobre o que é a responsabilidade social empresarial (RSE) vai permitir a avaliação do papel das empresas na promoção de mudanças favoráveis às gerações futuras e à construção de um mundo melhor e mais justo. [...] Engana-se aquela empresa que enxerga sua responsabilidade como limitada apenas às suas ações diretas. E isso vale também para o governante e para o cidadão comum.
>
> A atuação cidadã e responsável da organização deve considerar o seu envolvimento e os impactos de suas atividades sobre todos aqueles com os quais ela se relaciona: funcionários e suas famílias, clientes, fornecedores, o governo e a comunidade do entorno, entre muitos outros stakeholders (partes interessadas). A adoção de uma postura clara e transparente no que diz respeito a seus objetivos e compromissos fortalece a legitimidade social de suas atividades."

4. O ensino como mecanismo para efetivação da responsabilidade socioambiental das empresas

O artigo 225, VI, da Constituição de 1988, confere ao Poder Público a tarefa de "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente". Diante disso, o já mencionado diploma normativo nacional da educação ambiental, contém, em seu art. 5º, os objetivos fundamentais da educação ambiental.

Para Paulo Freire[20]:

> "Não existe tal coisa como um processo de educação neutra. Educação ou funciona como um instrumento que é usado para facilitar a integração das gerações na lógica do atual sistema e trazer conformidade com ele, ou ela se torna a 'prática da liberdade', o meio pelo qual homens e mulheres

19 INSTITUTO ETHOS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL. Valores, Transparência e Governança. Disponível em: <http://www3.ethos.org.br/conteudo/gestao-socialmente-responsavel/valores-transparencia-e-governanca/#.VC3jI_ldWkc> Acesso em 15.04.2021

20 FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido, 17ª. Ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987. (O mundo, hoje, v. 21)

> lidam de forma crítica com a realidade e descobrem como participar na transformação do seu mundo."

Dessa forma, a informação deve ser utilizada como instrumento de educação ambiental, com o objetivo de criar na sociedade o cuidado pelo meio ambiente e o uso racional e sustentável de seus recursos naturais. Assim, a genuína educação ocorre quando informa, desenvolve a visão crítica e criativa, civiliza e coloca o ser humano nos trilhos da cidadania, dos cuidados com o meio ambiente e o meio social. Nessa toada, a Lei nº 9.795/1999[21], que disciplina a Política Nacional de Educação Ambiental, traz em seu art. 1º, o conceito de Educação Ambiental:

> "Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade."

Segundo Goes (2013)[22], as atividades educacionais direcionadas às questões ambientais cooperam para as práticas dos cidadãos nos seus municípios, afirmando que deve iniciar nos locais menores, para dessa forma ganhar mais abrangência e destaque.

5. Colocando os ensinamentos na prática

A responsabilidade socioambiental pode se manifestar, dentre outras formas, por meio de projetos filantrópicos e educacionais, igualdade de oportunidades de emprego, premiações e serviços sociais alinhados aos interesses da comunidade, e da preservação

21 BRASIL. Lei n.° 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, n. 79-E, p. 1, 28 abril, 1999. Seção 1. pt. 1.

22 GOES, G. A. Gestão pública e sustentabilidade: desafios, ações e possibilidades. 2013.

ambiental (GASPARINO; RIBEIRO, 2007)[23]. Vale ressaltar que uma empresa não se torna sustentável de um dia para o outro, logo, há um período de transição até que se atinja a consciência ambiental.

Vogelmann Jr. (2014)[24] afirma que ações simples, como o uso racional de energia elétrica, por meio do hábito e da orientação aos colegas de apagarem as luzes e desligarem seus computadores e outros dispositivos que não estejam sendo utilizados, especialmente depois do expediente e em finais de semana, é uma posição extremamente elogiável e que deve permanecer em execução.

Segundo Rêgo, Pimenta e Saraiva (2011)[25] o desenvolvimento de atividades/serviços juntamente com a busca de uma melhor qualidade de vida da força do trabalho, são atributos que determinam a responsabilidade social.

Vogelmann Jr. (2014)[26], explica que este eixo da sustentabilidade pode ser atendido com práticas que abrangem segurança no trabalho, qualidade dos espaços físicos e estímulo ao sadio relacionamento social.

Portanto, é de suma importância identificar o que pode ser melhorado na empresa estabelecendo prioridades. Após, é importante o estabelecimento de metas e a melhor forma de fixar essas metas é se basear nos Objetivos Globais para o Desenvolvimento Sustentável (ODS) propostos pela ONU, em 2015. Nesse documento estão presentes metas internacionais para ajudar solucionar grandes problemas do mundo relacionados à integração social, econômica e ambiental.

---

23 GASPARINO, M. F.; RIBEIRO, M. S. Análise de relatórios de sustentabilidade, com ênfase na GRI: comparação entre empresas do setor de papel e celulose dos EUA e Brasil. Revista de Gestão Social e Ambiental, v. 1, n. 1, p. 102-115, 2007

24 VOGELMANN Jr., J. C. Roteiro prático de ações sustentáveis na administração pública. Porto Alegre. ESAF, 2014.

25 RÊGO, G. S.; PIMENTA, H. C. D.; SARAIVA, V. M. Agenda ambiental na administração pública - A3P: um estudo sobre a potencialidade de aplicação no município de São Gonçalo do Amarante/RN. 2011.

26 VOGELMANN Jr., J. C. Roteiro prático de ações sustentáveis na administração pública. Porto Alegre. ESAF, 2014.

Considerações finais

Com o intuito de diminuir os impactos no meio ambiente, as organizações estão adotando uma postura mais responsável diante dos problemas ambientais e sociais, objetivando uma melhora na qualidade de vida populacional e equilíbrio ambiental. A promoção da sustentabilidade aplicadas a rotina das empresas demonstra uma nova mentalidade que resulta em benefícios para a sociedade, meio ambiente e economia.

Outrossim, seja a empresa, pequena ou média, os empresários começaram a entender que é possível obter lucro, produzir produtos de qualidade, proteger o meio ambiente e adotar ações socialmente responsáveis. No Brasil, o nicho das pequenas e médias empresas aumenta a cada dia, gerando emprego e renda. Dessa forma, é fundamental que essas empresas adotem uma postura socioambiental, visto que os consumidores e a sociedade no geral estão se mostrando cada vez mais preocupados com os impactos causados pelas organizações no meio ambiente.

Referências bibliográficas

BARBOSA, P. R. A. Índice de sustentabilidade empresarial da bolsa de valores de São Paulo (ISE-BOVESPA): exame da adequação como referência para aperfeiçoamento da gestão sustentável das empresas e para formação de carteiras de investimento orientadas por princípios de sustentabilidade corporativa. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto COPPEAD de Administração, 2007.

BOFF, L. (2012). Sustentabilidade: o que é, o que não é. Petrópolis: Vozes.

BRASIL. (2006, 15 de dezembro). Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências. Brasília,

BRASIL. Lei n.° 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, n. 79-E, p. 1, 28 abril, 1999. Seção 1. pt. 1.

DONAIRE, D. (2013). Gestão ambiental na empresa (2. ed.). São Paulo: Atlas.

ELKINGTON, J. Cannibals with forks: the triple bottom line of 21st century business. Oxford: Capstone, 1997.

FARIAS, J. S., & TEIXEIRA, R. M. (2002). A pequena e microempresa e o meio ambiente: a percepção dos empresários com relação aos impactos ambientais. Organizações & Sociedade, 9(23), 1-20.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido, 17ª. Ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987. (O mundo, hoje, v. 21)

GOES, G. A. Gestão pública e sustentabilidade: desafios, ações e possibilidades. 2013.

INSTITUTO ETHOS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL. Valores, Transparência e Governança. Disponível em: <http://www3.ethos.org.br/conteudo/gestao-socialmente-responsavel/valores-transparencia-e-governanca/#.VC3jl_ldWkc> Acesso em 15.04.2021.

LEFF, E. Saber ambiental: Sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Enrique Leff; tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

NALINI, José Renato. Ética e Sustentabilidade no Poder Judiciário. In: MARQUES, José Roberto (organizador). Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental. Campinas, SP: Editora Millenium, 2009.

OBSERVATÓRIO DAS MPES n. 33. São Paulo, 2008. Disponível www.sebraesp.com.br. Acesso em 12.05.2021.

RÊGO, G. S.; PIMENTA, H. C. D.; SARAIVA, V. M. Agenda ambiental na administração pública - A3P: um estudo sobre a potencialidade

de aplicação no município de São Gonçalo do Amarante/RN. 2011.

SACHS, I. (2009). Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Gramond.

SAVITZ, A. (2007). A empresa sustentável. Rio de Janeiro: Elsevier.

SEIFFERT, Mari Elizabete B. Modelo de Implantação de Sistemas de Gestão Ambiental (SGA–ISO 14001) utilizando-se a abordagem da Engenharia de Sistemas. 2002. Tese de (Doutorado). Programa de Engenharia de Produção. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. SC. Brasil.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. Pandemia é desafio à capacidade de resiliência e reinvenção do empreendedor brasileiro. Disponível em: <http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/pandemia-e-desafio-a-capacidade-de-resiliencia-e-reinvencao-do-empreendedor-brasileiro,ccfea2ce208f4710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em 13.04.2021.

VOGELMANN Jr., J. C. Roteiro prático de ações sustentáveis na administração pública. Porto Alegre. ESAF, 2014.

YU, Jieqiong e BELL, J. Nigel B. Building a sustainable business in Chinas´s Small and medium-sized Enterprizes (SMEs). Journal of Environmental Assessment and Management. Vol. 9, N.. 1, p. 19-43, 2007

O impacto de normas não cogentes do direito internacional dos direitos humanos: reflexos dos Princípios de Yogyakarta no Supremo Tribunal Federal brasileiro

The impact of non-binding norms of international human rights law: reflections of the Yogyakarta Principles on the Brazilian Federal Supreme Court

Andreia Cadore Tolfo[1]

Sumário: Introdução; 1. Fontes do direito internacional dos direitos humanos; 2. Os Princípios de Yogyakarta; 3. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e os Princípios de Yogyakarta; Considerações finais.

Resumo: Embora o direito internacional dos direitos humanos tenha como fonte principal os tratados internacionais celebrados pelos países, certas normas que não são criadas pelos Estados e que não possuem caráter cogente têm se mostrado capazes de refletir na ordem jurídica estatal. Os Princípios de Yogyakarta, criados em 2006, dedicados à proteção em matéria de orientação sexual e de identidade de gênero, fornecem um exemplo dessas normas não vinculativas que buscam estabelecer padrões de conduta para os países no sentido de implementar direitos humanos. Este trabalho tem por objetivo analisar os impactos dos Princípios de Yogyakarta no Brasil, notadamente, no que se refere às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). O trabalho utiliza método dedutivo, bem como pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Fazendo uso da base de dados para pesquisa de jurisprudência no site do STF, busca-se verificar se o referido tribunal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, tem considerado os Princípios de Yogyakarta em suas decisões que envolvem orientação sexual e identidade de gênero. Essa pesquisa destaca que ao considerar os Princípios de Yogyakarta em seus julgados, o STF reforça seu compromisso com a efetividade dos direitos humanos, em especial dos direitos à igualdade e à liberdade, fortalecendo o combate à discriminação.

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário da Região da Campanha-URCAMP. E-mail:andcadore@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Fontes do Direito Internacional; Princípios de Yogyakarta; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: Although international human rights law has international treaties celebrated by countries as its main source, certain norms that are not created by States and that do not have a binding character have been shown to be capable of reflecting on the state legal order. The Yogyakarta Principles, created in 2006, dedicated to protecting sexual orientation and gender identity, provide an example of these non-binding norms that seek to set standards of conduct for countries to implement human rights. This work aims to analyze the impacts of the Yogyakarta Principles in Brazil, notably with regard to the decisions of the Brazilian Supreme Court (STF). The paper uses a deductive method, as well as bibliographical and jurisprudential research. Using the database to search for jurisprudence on the STF website, we seek to verify whether the aforementioned court, the highest body of the Brazilian Judiciary, has considered the Yogyakarta Principles in its decisions involving sexual orientation and gender identity. This research highlights that when considering the Yogyakarta Principles in its judgments, the STF reinforces its commitment to the effectiveness of human rights, especially the rights to equality and freedom, strengthening the fight against discrimination.

Keywords: International Human Rights Law; Sources of International Law; Yogyakarta Principles, Brazilian Federal Supreme Court.

Introdução

O direito internacional dos direitos humanos vem sendo construído gradativamente, sobretudo, por meio de tratados internacionais, que são a fonte primordial do direito internacional. Entretanto, algumas normas de natureza jurídica diferenciada, que não se inserem no rol de fontes tradicionais do direito internacional, têm despertado bastante interesse, nomeadamente pela sua capacidade de refletir em decisões sobre direitos humanos nos tribunais internacionais e nos tribunais internos dos Estados.

Os Princípios de Yogyakarta, voltados à proteção em matéria de orientação sexual e de identidade de gênero, são um exemplo dessa espécie de norma, cuja natureza jurídica ainda não está bem

sedimentada e que, embora não possua caráter cogente para os Estados, tem repercutido nas esferas domésticas dos países.

Este trabalho tem por objetivo verificar os impactos dos Princípios de Yogyakarta no Brasil no tocante às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). Utilizando método dedutivo e pesquisa bibliográfica, com base na análise de doutrina e de jurisprudência, o trabalho analisa se o STF tem considerado os Princípios de Yogyakarta em suas decisões que envolvem orientação sexual e identidade de gênero.

1. Fontes do direito internacional dos direitos humanos

Na ordem jurídica internacional, paulatinamente, foi se formando um arcabouço jurídico referente aos direitos do ser humano, dando origem ao chamado direito internacional dos direitos humanos. Trata-se de um ramo do direito internacional constituído de um sistema de normas internacionais que estabelecem os direitos do ser humano, bem como as obrigações dos Estados no sentido de respeitar e implementar esses direitos. Tais normas estão contidas nos tratados internacionais, que são a fonte por excelência desse ramo do direito.

Embora sejam a fonte mais importante, os tratados internacionais não são a única fonte do direito internacional dos direitos humanos, vez que o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), o qual estabelece a relação de fontes do direito internacional, prevê ainda o costume, os princípios gerais de direito e, como fonte auxiliar, a jurisprudência e a doutrina. Todas as fontes de direito internacional podem conter normas de direitos humanos, servindo, portanto, de fonte para o direito internacional dos direitos humanos.

A partir da década de 1960, em um movimento de reavaliação das fontes do direito internacional, a doutrina tem apontado o surgimento de normas denominadas soft law, em oposição às

normas tradicionais (que então passaram a ser chamadas de hard law)[2]. Essas normas não criam obrigações de direito positivo para os Estados, carecendo de elementos que garantam a sua efetiva aplicação. Não obstante, as normas soft law visam nortear a conduta dos Estados, configurando uma espécie de recomendação para os países[3].

Valério Mazzuoli[4] nota que as transformações da sociedade internacional nos últimos tempos foram tantas que é difícil saber apropriadamente a natureza o caráter jurídico desses vários novos instrumentos que estão surgindo, sobretudo os ligados à conjuntura econômica internacional, ao meio ambiente e à proteção internacional dos direitos humanos.

Esse contexto vislumbra a existência de normas no direito internacional, cuja natureza jurídica não está ainda sedimentada e, embora não façam parte do rol das fontes tradicionais do direito internacional, possuem relevância para o desenvolvimento do direito, principalmente no que tange aos direitos humanos. Os Princípios de Yogyakarta fornecem uma amostra dessa espécie de normas, cuja natureza jurídica ainda é imprecisa, sendo objeto de especulações pela doutrina.

2 Os Princípios de Yogyakarta

Visando propor normas para aperfeiçoar a proteção em matéria de orientação sexual e de identidade de gênero, um grupo de especialistas na área se reuniu na Indonésia, no ano de 2006, e preparou um documento com diversos princípios, o qual é denominado Princípios de Yogyakarta[5]. Participaram dos trabalhos acadêmicos, juízes de direito, experts da ONU e representantes

2 SOARES, 2004, p. 136

3 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 116-118

4 MAZZUOLI, 2018, p. 116-117

5 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 527

de Organizações Não-governamentais[6]. Após sua elaboração, tal documento foi adotado pelo Conselho de Direitos do Homem das Nações Unidas[7].

Conforme Sanders[8], o grupo que elaborou os Princípios de Yogyakarta não teve pretensão de criar regras, mas pretendeu fazer uma declaração sobre o que as normas internacionais de direitos humanos estabelecem, explicitando que, tais normas, por serem universais, se aplicam, também às pessoas LGTB (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) devido aos princípios da universalidade e da não discriminação.

Em 2007, os Princípios de Yogyakarta foram lançados em Genebra, no Conselho de Direitos Humanos da ONU, e em seguida, na sede da ONU, em Nova York. No mesmo ano, foram lançados no Brasil. Desde 2007, muitos Estados, organizações, grupos e indivíduos têm citado ou utilizado o documento[9] que, originalmente, contava com 19 princípios e foi complementado em 2017, com o acréscimo de 10 novos princípios[10].

Nos Princípios de Yogyakarta são reafirmados direitos humanos como direito à vida, dignidade, igualdade, não discriminação, liberdade, privacidade e proteção social, os quais embora já estejam reconhecidos em normas vinculantes, muitas vezes são negados ou negligenciados quando se trata de pessoas LGBT.

Os Princípios de Yogyakarta não constituem um tratado internacional, com força normativa para obrigar o seu cumprimento, vez que não foram criados, nem ratificados por Estados. Trata-se de uma declaração que busca preencher uma lacuna normativa

6 SANDERS, Douglas. The Role of the Yogyakarta Principles. Disponível em: https://sxpolitics.org/yogyakarta-principles/wp-content/uploads/2009/03/yogyakarta-principles-2-douglas-sanders.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

7 ACCIOLY; SILVA; CASSELA, 2012, p. 527

8 SANDERS, 2008, p. 5

9 CORRÊA, Sonia. O percurso dos direitos sexuais: entre margens e centros. Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 3, n. 04, 27 nov. 2012. p. 17-42

10 THE YOGYAKARTA PRINCIPLES. 2006. Disponível em: https://yogyakartaprinciples.org/principles-en/. Acesso em: 03 jun. 2021.

provocada pela falta de tratados internacionais específicos sobre o assunto, que identifiquem as obrigações estatais para que as pessoas LGBT possam ser protegidas contra discriminações.

A ONU vem trabalhando há vários anos para ampliar a aplicação das normas de direito internacional no combate à discriminação contra a comunidade LGBT[11]. Entretanto, existe resistência por parte de diversos Estados na elaboração de tratados internacionais sobre orientação sexual e identidade de gênero[12]. Considerando essa relutância, os Princípios de Yogyakarta invocam direitos genericamente previstos em tratados de direitos humanos e em outros documentos a fim de aplicá-los especificamente às pessoas sujeitas à discriminação e violência em razão de questões de gênero e sexualidade.

No tocante à natureza jurídica, Valério Mazzuoli[13] considera que os Princípios de Yogyakarta configuram norma soft law, ou seja, de cumprimento não obrigatório para os países. Contudo, o autor destaca que tais princípios "devem ser levados em consideração pelos Estados na condição de guia interpretativo para a aplicação das normas internacionais (hard law) assumidas pelo governo relativas à proteção dos direitos da comunidade LGBT".

Para Ramos[14], os Princípios de Yogyakarta são norma não vinculante, não pertencendo às normas soft law primárias produzidas pelos Estados ou por organizações internacionais. Conforme o referido autor, como esses Princípios possuem origem privada, estariam inseridos na soft law derivada, produzida por associações ou por indivíduos.

Embora não possuam a força vinculativa das fontes tradicionais do direito internacional, tendo natureza jurídica incerta, ainda objeto de discussão pela doutrina e origem não estatal, os Princípios de

11 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direitos humanos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 384

12 RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 299

13 MAZZUOLI, 2018, p. 384

14 RAMOS, 2020, p. 299

Yogyakarta têm sido citados e considerados em diversos países, entre eles o Brasil.

3 O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Principios de Yogyakarta

Ao se vincular a tratados de proteção de direitos humanos, surge para o Estado a obrigação de promover no âmbito interno a concretização das metas estabelecidas internacionalmente. Na esfera interna, além de desencadearem a necessidade de harmonização entre o ordenamento jurídico doméstico e o direito internacional, esses tratados de direitos humanos devem ser aplicados pelos tribunais nacionais, a quem cabe, inclusive, o controle da convencionalidade.

No Brasil, tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal (STF), que é o órgão de cúpula do Judiciário, tem aplicado em suas decisões os tratados internacionais de direitos humanos que o Estado brasileiro se vincula. E, embora os Princípios de Yogyakarta não constituam normas cogentes, de cumprimento obrigatório para os países, verifica-se que o STF vem mencionando-os em decisões em que a orientação sexual e a identidade de gênero estão envolvidas.

Em pesquisa realizada na base de dados para pesquisa de jurisprudência no site do STF, os princípios de Yogyakarta aparecem em 11 (onze) acórdãos, que são mencionados a seguir.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132[15], julgada juntamente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 em 2011, o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, que passaram a ter os mesmos direitos dos casais heterossexuais. Nessa decisão de grande repercussão no país, houve o reconhecimento da igualdade entre uniões homo e

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. 2011. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206647&ori=1. Acesso em 02. jun. 2021

heteroafetivas.

No voto do Ministro Celso de Mello, além de outros fundamentos jurídicos, consta referência aos Princípios de Yogyakarta, especificamente ao Princípio 24, que menciona o direito que toda pessoa tem de constituir uma família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Em seu voto, o Ministro referido assinala que os Princípios de Yogyakarta "traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais"[16].

O Recurso Extraordinário (RE) 477.554[17], julgado em 2011, envolveu um contexto em que se discutia a possibilidade de concessão de benefício previdenciário (pensão por morte de segurado) decorrente de relação homoafetiva. No julgamento do caso, o STF considerou a posição já consagrada na sua jurisprudência, destacando também o Princípio nº 24 de Yogyakarta acerca do direito das pessoas constituírem família, independentemente de orientação sexual. A menção aos Princípios de Yogyakarta consta inclusive na Ementa desse julgado[18].

Em 2018, o STF julgou o RE 670422[19] e a ADI 4275[20], em ambos os casos houve reconhecimento aos transgêneros do direito à alteração de prenome e de classificação de gênero no registro civil, sem necessidade de realização de cirurgia de redesignação sexual. No RE 670422, o relator, Ministro Dias Toffoli, destacou em seu voto que avanços legislativos de diversos países em relação à orientação sexual e à identidade de gênero tiveram nítida inspiração nos Princípios de Yogyakarta, os quais possuem a pretensão de ser adotado com um standard jurídico universal.

Os princípios também foram referidos pelos Ministros Celso de Mello, Edson Fachin e Rosa Weber. O Ministro Celso de Mello

16 BRASIL. STF. ADPF 132

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477.554. 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false. Acesso em: 03 jun. 2021.

18 BRASIL. STF. RE 477.554

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal.. RE 670422. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420306/false. Acesso em: 03 jun. 2021.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4275. 2018. Disponível em:. https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399205/false. Acesso em: 03 jun. 2021.

mencionou o Princípio 3, que prevê que "nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero"[21].

Na ADI 4275, os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Rosa Weber citaram os Princípios de Yogyakarta, sendo que a Ministra Rosa Weber salientou o Princípio 3, que afirma o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e menciona deveres a serem observados pelos Estados na implementação de tal direito[22].

No ano de 2019, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26[23], conjuntamente com o Mandado de Injunção (MI) 4.733, reconhecendo a omissão do Poder Legislativo em criar legislação específica para proteger pessoas LGBT. O STF determinou que até que o Congresso Nacional legisle a respeito, as condutas homofóbicas e transfóbicas devem ser enquadradas como tipo penal definido na lei do racismo (lei 7.716/1989).

No julgamento das ações, mencionaram os Princípios de Yogyakarta os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski. O Ministro Ricardo Lewandowski observou que os Princípios de Yogyakarta, por se tratarem da aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, possuem plena aplicação no caso que estava em análise[24].

Ainda na ADO 26, citando o Princípio 1 de Yogyakarta, o Ministro Edson Fachin ressaltou que tais Princípios "recomendam [...] que os Estados emendem sua legislação, inclusive a criminal, para garantir sua coerência com o gozo universal de todos os

21 BRASIL. STF. RE 670422
22 BRASIL. STF. ADI 4275
23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false. Acesso em: 03 jun. 2021.
24 BRASIL. STF. ADO 26

direitos humanos."[25]

No ano de 2020, nas ADPF 467[26], ADPF 460[27], ADPF 526[28] e ADPF 457[29], o STF declarou a inconstitucionalidade de leis municipais que proibiam políticas municipais de ensino que abordassem diversidade de gênero e orientação sexual. Ao analisar tais leis municipais, o STF declarou a sua inconstitucionalidade formal, por se tratar de competência privativa da união legislar sobre diretrizes e bases da educação, e material, sobretudo por afronta aos princípios da igualdade, liberdade e livre manifestação do pensamento.

Os princípios de Yogyakarta constam na Ementa da ADPF 467, sendo mencionados no voto do Ministro Gilmar Mendes, que se referiu a eles como sendo norma internacional impeditiva de discriminação. Na ADPF 460, o Ministro Gilmar Mendes menciona o Princípio 2 dos Princípios de Yogyakarta, o qual prevê que todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Na ADPF 526, o Ministro Gilmar Mendes colaciona diversas normas internacionais direcionadas aos direitos humanos, dentre elas, os Princípios de Yogyakarta, e traz a lição do doutrinador Daniel Sarmento no sentido de que "as referidas normas demonstram o profundo compromisso das normas internacionais e constitucionais com a igualdade".

Na ADPF 457, os Princípios de Yogyakarta são mencionados pelos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes. Em seu voto, o Ministro Edson Fachin lembrou alguns precedentes, em se

25 BRASIL. STF. ADO 26

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 467. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428025/false . Acesso em: 03 jun. 2021.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 460. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429270/false. Acesso em: 03 jun. 2021.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 526. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425819/false. Acesso em: 03 jun. 2021.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 457. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425831/false. Acesso em: 03 jun. 2021.

concedeu medida cautelar para suspender a eficácia de norma municipal que vedava a referência ao conceito de gênero estipulado pelos Princípios de Yogyakarta.

Ainda no ano de 2020, o STF julgou a ADI 5543[30] declarando inconstitucionais dispositivos de normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), as quais consideravam inaptos para doação de sangue os homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes nos 12 meses antecedentes.

O Ministro Edson Fachin, mencionou em seu voto que "reconhecido o exercício livre e responsável da sexualidade, é de se entender a partir dos postulados nos Princípios de Yogyakarta que os direitos humanos [...] devem ser integralmente gozados por todos os cidadãos quaisquer sejam suas orientações sexuais ou identidades de gênero."

Destaca-se ainda, no voto do Ministro Edson Fachin, o entendimento de que a vedação à discriminação decorre tanto do direito positivado (hard law), juridicamente vinculante (tratados internacionais de direitos humanos), como de guia (soft law) verificado nos Princípios de Yogyakarta, que possuem caráter orientativo e contam com a boa-fé e discricionariedade dos Estados para serem concretizados.

Esse contexto evidencia que o STF tem utilizado os Princípios de Yogyakarta como baliza de interpretação de direitos, especialmente do direito à igualdade e da liberdade, previstos na legislação interna e em tratados internacionais de direitos humanos. Apesar de não se tratar de norma cogente, os Princípios de Yogyakarta refletem e impactam o ordenamento jurídico brasileiro na medida que auxiliam na interpretação de normas hard law e na promoção da concretização dos direitos humanos de grupos minoritários que necessitam de proteção especial em razão da sua vulnerabilidade.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5543. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429684/false . Acesso em: 03 jun. 2021.

Considerações finais

O direito internacional dos direitos humanos encontra-se em gradativa expansão, contando com normas obrigatórias para os Estados, configuradas principalmente nos tratados, e com normas não vinculativas, cuja natureza jurídica não está totalmente definida. Tais normas de natureza diferenciada, embora não cogentes, têm obtido ressonância nas esferas internas dos Estados.

Os Princípios de Yogyakarta são um exemplo dessas normas, pois apesar de não possuírem caráter de obrigatoriedade para os países, têm sido mencionados em vários julgados do STF brasileiro em casos que envolvem orientação sexual e identidade de gênero. Isso tem reforçado o compromisso do STF na implementação do direito à igualdade e no combate à discriminação decorrente do gênero e da sexualidade, mormente diante da existência de lacuna legal quanto à proteção específica das pessoas LGBT.

Nos diversos julgados do STF em que os Princípios de Yogyakarta são mencionados, os Ministros geralmente fazem referência à proteção dos direitos humanos prevista na Constituição Federal brasileira e em normas internacionais de direitos humanos de caráter obrigacional. Isso permite vislumbrar o uso dos Princípios de Yogyakarta como instrumento de interpretação dessas normas vinculantes para o Estado.

Ao serem considerados pelo STF, esses Princípios, que não possuem caráter obrigacional (típico das normas hard law) mesclam-se à fundamentos jurídicos vinculantes internos e internacionais e, como resultado, emergem decisões jurídicas fortes, com caráter obrigatório para o Estado, as quais contribuem para a efetividade dos direitos humanos.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA,

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

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em 03 maio 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORRÊA, Sonia. O percurso dos direitos sexuais: entre margens e centros. Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 3, n. 04, 27 nov. 2012. p. 17-42

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANDERS, Douglas. The Role of the Yogyakarta Principles. Disponível em:

https://sxpoli tics. org/yogyakarta-principles/wp-content/uploads/2009/03/yogyakarta-principles-2-douglas-sanders.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

SOARES, Guido Fernando Silva Soares. Curso de Direito Internacional Público. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

THE YOGYAKARTA PRINCIPLES. 2006. Disponível em: https://yogyakartaprinciples. org/principles-en/. Acesso em: 03 jun. 2021.

Yazidis e covid-19: (re) colocando a fragilidade no centro da reflexão

Yazidis and Covid-19: (re) Placing fragility at the center of the reflection

Marcela Bittencourt Brey[1]

Sumário: 1. Conhecendo os yazidis; 2. As vulnerabilidades (re) colocadas pela pandemia do COVID-19; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo visa refletir sobre as condições de saúde dos yazidis – minoria étnica religiosa – obrigados a se deslocar internamente no Iraque em virtude dos conflitos internos ocasionados pelo grupo radical Estado Islâmico no período de 2014 a 2016, época de ascensão e estabelecimento de califado. Atualmente, vivem em campos de refugiados localizados no Iraque e na região do Curdistão iraquiano. Os crimes praticados pelo Estado Islâmico variavam desde a perseguição religiosa, a conversão forçada ao islã como a escravidão sexual e o tráfico de mulheres, dentre outros, além de prática de genocídio. Os impactos psicológicos aos sobreviventes da ação do grupo podem ser intensificados, atualmente, com a pandemia do COVID-19 e a crise sanitária dela decorrente. Entretanto, observa-se que após o declínio e a perda de controle social e político do grupo nestas cidades, as consequências do conflito ainda podem ser sentidas na minoria yazidi, tendo em vista que as suas moradias foram destruídas. Consequentemente, há o impedimento ao exercício de sua atividade econômica de caráter rural, visto que foram expropriados de seus bens. Ainda lidam com o sofrimento e a perda de seus familiares, e o agravamento econômico da economia rural local, resultante das ações do grupo radical islâmico e da própria pandemia do COVID-19.

Palavras-chave: Estado Islâmico; Direitos Humanos; Minorias; COVID-19; Tolerância Religiosa.

Abstract: This article aims to reflect on the health conditions of the Yazidis – a religious ethnic minority – forced to move internally in Iraq

1 Marcela Bittencourt Brey, Mestranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP, Bolsista CAPES, Advogada. https://orcid.org/0000-0002-5867-6965, ID Lattes: 5492134261028151, E-mail: marcelabbrey@usp.br.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

due to the internal conflicts caused by the radical group Islamic State in the period from 2014 to 2016, a time of the rise and establishment of the caliphate. They currently live in refugee camps located in Iraq and in the Iraqi Kurdistan region. The crimes committed by the Islamic State ranged from religious persecution, forced conversion to Islam such as sexual slavery and trafficking in women, among others, in addition to the practice of genocide. The psychological impacts on survivors of the group's action can be intensified, currently, with the COVID-19 pandemic and the resulting health crisis. However, it is observed that after the decline and loss of social and political control of the group in these cities, the consequences of the conflict can still be felt in the Yazidi minority, given that their homes were destroyed. Consequently, there is an impediment to the exercise of their rural economic activity, as their assets were expropriated. They still deal with the suffering and loss of their families, and the economic deterioration of the local rural economy, resulting from the actions of the radical Islamic group and the COVID-19 pandemic itself.

Key-words: Islamic State; Human Rights; Minorities; COVID-19; Religious Tolerance.

1. **Conhecendo os yazidis**

No momento presente, inúmeras famílias yazidis e pessoas deslocadas vivem em campos de refugiados no Iraque e no Curdistão iraquiano. A pandemia ocasionou o avanço das dificuldades financeiras oriundas da falta de acesso ao emprego formal[2]. Em consequência, as condições de saúde podem ter sido agravadas pelos impactos na economia em virtude da crise sanitária decorrente do COVID-19, tendo em vista que essa minoria já suportava os efeitos decorrentes de uma vulnerabilidade elevada, fator imposto pelo genocídio praticado pelo Estado Islâmico.

O COVID-19 acentuou a crise econômica e social enfrentada principalmente a partir do estabelecimento do califado do Estado Islâmico. Em algumas cidades do Iraque, no período de 2014 a 2016, a disputa pelo território gerou inúmeras perdas de civis, o

2 Disponível em: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/IMPACT_UNHCR_Report_Impact%20of%20COVID-19%20on%20Daily-wage%20Work_v2.pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

enfraquecimento e a instabilidade do poder político na sociedade local, bem como o deslocamento interno de milhares de pessoas, tendo em vista a destruição e expropriação de seus bens, inclusive a própria moradia. Esses fatores, acrescido pela atual falta de acesso ao emprego impactam a infraestrutura social e econômica do Iraque, que a exemplo da grande maioria dos países no mundo, também experimenta a crise sanitária imposta pelo COVID-19.

O grupo radical Estado Islâmico, foi responsável por inúmeras atrocidades na região do Iraque e da Síria. Praticou diversas ações violentas e coordenadas contra a minoria yazidi que se perpassa desde a prática de atos de intolerância religiosa, violência sexual contra as mulheres – inclusive meninas -, até a perseguição do grupo, o que resultou, por conseguinte, em atos condizentes com o crime de genocídio.

Os yazidis - minoria étnica religiosa - se concentravam principalmente na região norte do Iraque. Estima-se que 350.000 sobreviventes yazidis estejam vivendo atualmente em campos de deslocados[3], cerca de 100.000 tenham retornado a terra natal, Sinjar[4], ao passo que ainda 3.200 mulheres yazidis continuam desaparecidas, conforme o relatório presidido pela Comissão Internacional Independente de Inquérito sobre a Síria, They came to destroy: ISIS Crimes Against the Yazidis, apresentado ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.[5]

Os campos estão geograficamente situados no Iraque e na região do Curdistão iraquiano, especialmente em Al-Sulaymaniyah, Duhok e Erbil. Conforme o relatório produzido pelo Alto Comissariado nas Nações Unidas para Refugiados no Iraque (ACNUR), apresentado em 28 de janeiro de 2021, estima-se que desde 2014 até 31 de dezembro de 2020, 1.224.108 pessoas se

3 Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/pcn.13142>. Acesso em: 23 maio 2021.

4 Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2020/08/1069432> Acesso em: 23 maio 2021.

5 Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A_HRC_32_CRP.2_en.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

deslocaram internamente.[6]

O Iraque é um país composto de etnias heterogêneas como árabes (sunitas e xiitas), curdos e yazidis. Após a queda do ditador Saddam Hussein em 2003, e com a intervenção estadunidense, o país adota como sistema de governo – desde 2005 - o parlamentarismo e a forma de governo a República. Possui uma constituição e assegura direitos aos cidadãos, embora seja marcado pela acentuada presença da religião, e adotar o islã como religião oficial do Estado.

Os yazidis ganharam os holofotes da mídia internacional no auge do estabelecimento do califado do grupo radical Estado Islâmico no Iraque e na Síria, especialmente no dia 03 de agosto de 2014, situação que perdurou até 2016.[7] Inúmeros yazidis foram alvo da ação orquestrada do grupo terrorista. O grupo praticou com o fim de exterminar a minoria, a invasão das vilas e de suas propriedades, confisco de bens, prisão, conversão forçada ao islã, e em caso de negativa, o assassinato em público.

Homens e mulheres foram presos, famílias foram segregadas, inclusive crianças e idosos, sem qualquer tipo de piedade. Todos levados cativos. As mulheres e as meninas foram preservadas, se tornando escravas sexuais – sabaya – termo em árabe no plural derivada do singular sabiyya - usadas e vendidas como mercadorias pelo grupo radical. Os meninos foram treinados e usados como combatentes. Quanto aos demais, assassinados e jogados em diversas valas comuns. (MURAD, 2017, p. 99-141)

Ademais, no que concerne a disseminação e ao incentivo da escravidão sexual, a sua prática era fortemente estimulada

6 Disponível em <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/84504>. Acesso em: 23 maio 2021.

7 Cf. Center for International Security and Cooperation da Universidade de Stanford. Mapping Militant Organizations, The Islamic State. Disponível em: <https://cisac.fsi.stanford.edu/mappingmilitants/profiles/islamic-state>. Acesso em: 05 jun. 2020. HASHIM, 2014, p. 69-83. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/mepo.12096. Acesso em: 05 jun. 2020.

pelo grupo[8]. Um dos instrumentos utilizados para a difusão dessa ideologia foi a revista Dabiq[9], propagada inclusive pela internet – cyber jihad -. As redes sociais também foram usadas, servindo a publicizar os leilões e o tráfico de mulheres, vendidas como escravas, servindo também a aliciar novos recrutas.

A fúria do Estado Islâmico à minoria religiosa yazidi é amparada numa interpretação equivocada da religião do islã, que se remonta aos séculos VI e VII, considerada a época do islã primitivo cujo fundador é o profeta Maomé. O grupo se apropria de uma ideologia totalitária que faz uso da religião do islã com o objetivo de construir sua sociedade islâmica homogênea. Portanto, aos dissidentes, considerados infiéis por não se converter ao islã, eram merecedores de morte e extermínio.

2. As vulnerabilidades (re) colocadas pela pandemia do COVID-19

Os yazidis já experimentavam as consequências forçosas de sua fragilidade oriunda da tentativa de extermínio praticado pelo Estado Islâmico, portanto, pode-se dizer que cada yazidi já era obrigado a conviver com os seus próprios traumas emocionais à sua singular maneira. Convém identificá-los em duas categorias: a) os que foram levados cativos, mas conseguiram fugir; e, b) os que conseguiram fugir, mas testemunharam a prisão de seus familiares e amigos. Em ambas as categorias, pode-se afirmar que uma das piores mazelas foi a ter de aprender a conviver com a perda de seus familiares, amigos, bens e propriedades.

Portanto, antes do COVID-19, os yazidis estavam tentando reconstruir a sua vida, seja na busca o paradeiro de entes queridos, nutrindo muitas vezes a esperança do reencontro, ou ainda a

8 Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13642987.2018.1495195>. Acesso em: 22 jan. 2020.

9 Disponível em: <http://ieproject.org/projects/dabiq4.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.

identificação destes para posterior cerimônia fúnebre. Importante destacar que a grande maioria dos yazidis permanecem com status de deslocados internos, vivendo em campos de refugiados espalhados no Iraque e na região do Curdistão iraquiano.

As reflexões trazidas adiante, estão amparadas no estudo amparado na metodologia qualitativa produzido pelo Instituto de Psicoterapia e Psicotraumatologia da Universidade de Duhok, Iraque, em parceria com o Instituto do Estado Transcultural de Ciências da Saúde da Universidade Baden-Wuerttemberg e o Centro Médico de Hamburg - Universidade de Sarraland -, por meio de seu departamento de Psicoterapia e Medicina Psicossomática. Sustentadas em entrevistas colhidas em outubro de 2019, assim, obtidas antes da pandemia do COVID-19, o referido estudo sofreu adaptação por meio de novas entrevistas realizadas em abril de 2020, portanto, no desenvolvimento da crise pandêmica.

Realizado em campos de refugiados no Iraque a fim de se investigar os impactos psicológicos do COVID-19, o estudo observou que em decorrência da situação pandêmica imposta pelo vírus, essa minoria atualmente vive situações adversas capazes de agravar os traumas já experimentados pelo genocídio praticado pelo Estado Islâmico.[10] A abordagem, baseada em dados quantitativos identificou a exposição dos yazidis ao sofrimento psicológico contínuo e a possibilidade de aumento das taxas de suicídio.

Excluíram-se do estudo dos pesquisadores, as mulheres vítimas de estupro, escravidão e violência sexual porque já evidenciaram altas taxas de transtorno de estresse pós-traumático antes da pandemia do COVID-19.[11]

Anteriormente fora demonstrado em outra pesquisa científica relevante, a influência da pandemia do COVID-19 e à probabilidade de aumento dos índices de suicídio, as consequências dos efeitos para a saúde mental e a necessidade de prevenção. Apontou

10 Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/pcn.13142>. Acesso em: 30 maio 2021.

11 Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/pcn.13142>. Acesso em: 30 maio 2021.

evidências de que à medida que o cenário da pandemia do COVID-19 se perdure é possível mensurar o aumento das taxas de suicídio, refletindo quadro complexo e profundo o que será fortemente sentido a longo prazo. Ressaltou a necessidade de uma resposta que vá além de medidas de saúdes públicas emergentes e efetivas. (GUNNEL D.; APPLEBY L.; ARENSMAN E.; et al, 2020, p. 1)[12]

Destarte, se a atual crise pandêmica pode ser sentida na saúde mental e psicológica de qualquer pessoa humana, forçoso imaginar maior impacto nas pessoas que já enfrentam situação de fragilidade. Portanto, mister se voltar ao estudo realizado nos campos de refugiados com o fito de averiguar os malefícios da crise sanitária imposta pelo COVID-19 na saúde psicológica dos yazidis.

Embora o objeto de pesquisa tenha considerado uma pequena amostra, foram entrevistados refugiados que não foram presos pelo Estado Islâmico, mas experimentavam a dor da perda de ter entes queridos de sua família ou amigos assassinados pelo grupo radical. Portanto, 88% dos yazidis entrevistados foram vítimas de pelo menos um ataque terrorista; 34% testemunharam uma pessoa sendo espancada ou torturada, e 69% perderam pelo menos um irmão.[13]

Inclusive, convém ressaltar que o referido estudo foi publicado no ano de 2020, ou seja, após a deflagração da pandemia do COVID-19. Tais evidências ganharam maior robustez após uma onda crescente de suicídios praticados pelos yazidis no início de janeiro de 2021 nos campos de refugiados, em especial, por homens jovens. Onze homens tiraram a sua própria vida.[14]

O trágico fato foi destacado pela ativista yazidi Nadia Murad.

12 Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7173821/>. Acesso em: 30 maio 2021.

13 Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/pcn.13142>. Acesso em: 30 maio 2021.

14 Disponível em: <https://www.rudaw.net/english/kurdistan/180120211>. Acesso em: 23 maio 2021.

Ganhadora do Prêmio Nobel da Paz em 2018[15], cuja trajetória de escrava sexual à proeminente Embaixadora da Boa Vontade para a Dignidade dos Sobreviventes de Tráfico Humano das Nações Unidas, ressaltou o total desamparo de sua comunidade, cujas fragilidades já eram sentidas anteriormente a deflagração da crise pandêmica. Para ela, os yazidis precisam de justiça, empregos e retornar com segurança para as suas casas.[16]

O argumento de Nadia Murad é notoriamente compreensível posto que as dificuldades financeiras de sua comunidade como a falta de acesso ao emprego, ou o óbice ao desenvolvimento das atividades rurais anteriormente desempenhadas ser uma realidade significativa desde os conflitos internos motivados pelo Estado Islâmico. Naquela região norte do Iraque, a exemplo de Sinjar, havia a contribuição da atividade econômica agrícola, sustentada em grande parte pelos yazidis detentores de fazendas, que se viu extremamente prejudicada com a destruição de suas propriedades pelo Estado Islâmico.

O COVID-19 somente reforçou a situação precária factual. De um modo impetuoso, a pandemia exacerbou essas dificuldades anteriormente experimentadas pelos yazidis nos campos de refugiados, tornando mais cristalina a vulnerabilidade dessa minoria étnica-religiosa. Financiada pela ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), a IMPACT Initiatives realizou uma pesquisa de cunho qualitativa quanto ao impacto da COVID-19 no acesso ao trabalho diário das famílias que residem nesses campos, em especial na região do Curdistão iraquiano.

Os conflitos promovidos em grande escala pelas ações do Estado Islâmico e a instabilidade político local influenciou inclusive a economia com a considerável queda nos preços dos barris de

15 Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/12/10/vencedores-do-nobel-da-paz-2018-recebem-o-premio-em-cerimonia-na-noruega.ghtml>. Acesso em: 17 nov. 2019.

16 Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/2021/feb/24/yazidis-iraq-justice-jobs-safe-return-home-nadia-murad>. Acesso em: 28 abr. 2021.

petróleo. Com o COVID-19, observou o impacto direto e negativo na economia iraquiana nas famílias de refugiados que dela dependem.[17] Portanto, a economia no Iraque já enfrentava, antes do COVID-19 um momento frágil.

O estudo apontou ainda, a dificuldade pelas famílias residentes nos campos ao acesso ao emprego formal, este compreendido por meio de uma relação de trabalho que efetue os recolhimentos previdenciários. Esse conceito é baseado na definição trazida pela Organização Internacional do Trabalho.[18] Ressalte-se que, devido ao fechamento de 14 locais onde funcionavam campos de refugiados no final do ano de 2020[19], muitas famílias foram forçadas a retornar às casas destruídas e às suas vilas sem acesso aos serviços básicos como fornecimento de água ou energia.[20]

Considerando a crise pandêmica no ano de 2020, a ACNUR no relatório datado de 28 de janeiro de 2021, em resposta ao surto do COVID-19 no Iraque, adotou medidas de assistência humanitária que incluem desde as medidas preventivas consistentes no acesso aos itens básicos de higiene, na conscientização em prol da saúde e o fornecimento de equipamento médico de proteção individual (EPI). Se incluem no primeiro ponto mencionado, a distribuição de recursos financeiros. Assim, estima-se que 101.372 famílias e refugiados receberam cerca de U$ 200 desde abril de 2020, a fim de viabilizar o acesso aos itens de higiene pessoal; ao passo que no segundo, em contrapartida, foram tomadas as medidas preventivas, realizadas no combate a aglomeração de pessoas.[21]

17 Disponível em: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/IMPACT_UNHCR_Report_Impact%20of%20COVID-19%20on%20Daily-wage%20Work_v2.pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

18 Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/bureau/stat/download/papers/meas.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

19 Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/briefing/2020/11/5fae43084/unhcr-ramps-support-iraqi-returnees-amid-large-scale-closure-idp-camps.html>. Acesso em: 06 jun. 2021.

20 Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/stories/2021/5/60af50ce4/returning-iraqis-face-dire-conditions-following-camp-closures.html>. Acesso em: 06 jun. 2021.

21 Disponível em: <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/84504>. Acesso em: 23 maio 2021.

É certo que todo ser humano deve ter o direito assegurado ao acesso ao trabalho digno. Todavia, embora se pondere o peso dessa assertiva e a influência dela decorrente na saúde psicológica de uma pessoa humana, há de ser considerado outros prováveis elementos influenciadores no agravamento da saúde mental dos yazidis.

Para tanto, é oportuno frisar que, embora tenha transcorrido quase 07 anos do genocídio, a comunidade ainda sofre com: a) a sensação de impunidade dos membros do Estado Islâmico; b) o desaparecimento de 2.800[22] vítimas que se encontram cativas do Estado Islâmico; c) o adiamento de reencontros, como ocorrera com uma família de uma mulher yazidi vítima de escravidão sexual resgatada do poderio do Estado Islâmico, e a espera prolongada gerada pelo distanciamento social imposto.[23]

A dor dos yazidis, também é intensificada: a) pela não identificação de seus entes queridos assassinados, jogados em valas comuns espalhadas no Iraque; b) pela dor e a ausência, ou até mesmo pelo adiamento no sepultamento digno de seus familiares. Como fruto do trabalho de investigação da UNITAD das Nações Unidas, em 2020 foram identificadas 103 vítimas. Os yazidis aguardavam pelo sepultamento dos restos mortais de seus familiares. Todavia, a celebração da cerimônia do funeral coletivo somente foi possível no dia 07 de fevereiro de 2021, devido as medidas de isolamento e distanciamento social necessárias ao controle de disseminação do COVID-19.[24]

Outros fatores que necessitam de atenção especial e causam tensão no seio da própria comunidade yazidi: a) o estigma que muitas mulheres yazidis carregam na condição de vítimas de escravidão sexual, bem como a possível rejeição pelos seus

22 Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/08/1722032>. Acesso em: 09 jun. 2021.

23 Disponível em: <https://www.voanews.com/extremism-watch/coronavirus-measures-delay-yazidi-survivors-reunion-family>. Acesso em: 28 abr. 2021.

24 Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/02/07/world/middleeast/yazidi-funeral-isis-iraq.html>. Acesso em: 30 maio 2021.

familiares e pela sua comunidade religiosa; b) a separação de seus filhos - gerados na circunstância de escrava sexual com membros do Estado Islâmico -, como fator condicionante de aceitação pela sua família e pelos líderes religiosos.

Em especial nesse último cenário, a comunidade étnico-religiosa yazidi já vulnerável pelo genocídio sofrido repudia os filhos gerados pelas mulheres yazidis com os membros do Estado Islâmico por considerá-los mulçumanos.[25] A atitude é justificada na ótica da religião yazidi onde não se permite a conversão ao yazidismo. A religião é transmitida entre gerações, por meio da tradição oral, razão pela qual, não se poderá reconhecer o filho gerado por um mulçumano, em que pese a mãe ser yazidi. (MURAD, 2017, p.5-6 e 15).

Considerações finais

A presente reflexão teve como objeto a saúde psicológica dos yazidis com status de deslocados internos em campos de refugiados no Iraque e na região do Curdistão iraquiano. A saúde deles pode ter sido agravada pelos efeitos da pandemia do COVID-19. O cumprimento das medidas sanitárias necessárias com o fim de contenção da transmissão do vírus nos campos tem se tornado um desafio excepcional. Há de se considerar a luta pela sobrevivência e pela segurança alimentar em contraposição a falta de acesso ao trabalho e à moradia. Até mesmo a dificuldade ao acesso à água e à energia nas antigas vilas, local de moradia antes da ocupação e destruição pelo grupo radical Estado Islâmico, onde muitos yazidis têm retornado - devido ao fechamento de campos de refugiados – sem qualquer condição de exercício de uma vida digna, são fatores que por si só agravam a condição de vulnerabilidade dessa minoria étnica-religiosa.

Por conseguinte, os yazidis estão mais expostos à transmissão

25 Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/03/12/world/middleeast/yazidi-isis-slaves-children.html>. Acesso em: 28 abr. 2021.

e contágio do vírus. De tal sorte, que tal minoria está a sofrer maior discriminação, por não ter condição de se isolar. Tal situação requer política pública que defenda o acesso universal e igualitário a proteções de bem-estar social e cuidados de saúde pública. Ademais, o Iraque ratificou em 25 de janeiro de 1971, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966[26], devendo tutelar a saúde dos yazidis que estejam em seu território.

Esse quadro evidencia a condição de fragilidade das vítimas yazidis. Nessa linha, elas são (re) colocadas ao centro dessa questão humanitária com os seguintes elementos determinantes ao agravamento da saúde psicológica: (i) as vítimas de genocídio viverem em situações precárias nos campos de deslocados por causa da perda da propriedade onde exerciam a sua moradia; (ii) a piora – imposta pelas medidas de isolamento social e a crise econômica anteriormente deflagrada - ao acesso às oportunidades de emprego e consequente diminuição e/ou privação na geração de renda; (iii) falta de condições de implementar o distanciamento social e as práticas de higiene - apesar dos esforços das Nações Unidas, medida que culminou na distribuição de renda as famílias visando a aquisição de itens de higiene -; (iv) a sensação de impunidade dos membros do Estado Islâmico; (v) o cerceamento do direito de sepultar os seus entes queridos; (vi) o desaparecimento e a não identificação de seus familiares ainda cativos do Estado Islâmico; (vii) a separação de mães e filhos gerados enquanto escravas sexuais com os combatentes ou membros do Estado Islâmico e a rejeição por parte de seus familiares e liderança e/ou comunidade religiosa; (viii) o aumento de suicídios no campo; e (ix) o sobrestamento do reencontro de familiares.

Buscou-se aqui destacar - que a minoria étnica religiosa já traumatizada em virtude do genocídio cometido pelo grupo radical Estado Islâmico – o exacerbamento do status de vulnerabilidade

26 Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

dos yazidis, como resultado do quadro pandêmico imposto pelo COVID-19.

Referências Bibliográficas

AL- KHATEEB, Firas. Returning Iraqis face dire conditions following camp closures. UNHCR, The UN Refugee Agency. 27 maio 2021. Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/stories/2021/5/60af50ce4/returning-iraqis-face-dire-conditions-following-camp-closures.html%20acesso%20em%2006%20junho2021>. Acesso em: 06 jun. 2021.

ARRAF, Jane. Years After a Massacre, Yazidis Finally Bury Their Loved Ones. The New York Times. 07 fev. 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/02/07/world/middleeast/yazidi-funeral-isis-iraq.html>. Acesso em: 28 abr. 2021.

DABIQ MAGAZINE. The Revival of Slavery Before the Hour. IN: The Failed Crusade. [s.l.:s.n.], v.4. Disponível em: <http://ieproject.org/projects/dabiq4.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

EL-MASRI, Samar. PROSECUTING ISIS FOR THE SEXUAL SLAVERY OF THE YAZIDI WOMEN AND GIRLS. In: The International Journal of Human Rights. [S/L], v. 22, ed. 8, pp. 1047-1066, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13642987.2018.1495195> . Acesso em: 22 jan. 2020.

GUNNELL David; APPLEBY Louis; ARENSMAN Ella; et al. SUICIDE RISK AND PREVENTION DURING THE COVID-19 PANDEMIC. Lancet Psychiatry, jun. 2020; 7 (6): 468-471. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7173821/>. Acesso em: 30 maio 2021.

G1. GLOBO.COM. Vencedores do Nobel da Paz 2018 recebem o prêmio em cerimônia na Noruega. G1. 10 dez. 2018. Disponível em: < https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/12/10/vencedores-do-nobel-da-paz-2018-recebem-o-premio-em-cerimonia-na-

noruega.ghtml>. Acesso em: 17 nov. 2019.

HASHIM, Ahmed S. THE ISLAMIC STATE: FROM Al-QAEDA AFFILIATE TO CALIPHATE. In: Middle East Policy. [S/L], v. XXI, ed.4, pp. 69-83, dec. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/mepo.12096>. Acesso em: 08 jun. 2020.

JOHNSTON, Holly; JANGIZ, Khazan. We need help: suicides spike at Duhok's camps for Yazidis. Rûdaw. 18 jan. 2021. Disponível em: <https://www.rudaw.net/english/kurdistan/180120211>. Acesso em: 23 maio 2021.

KIZILHAN, Jan Ilhan; NOLL-HUSSONG, Michael. PSYCHOLOGICAL IMPACT OF COVID-19 IN A REFUGEE CAMP IN IRAQ. Psychiatry and Clinical Neurosciences, dez. 2020; 74 (12): 659-660. Disponível em: <Psychological impact of COVID-19 in a refugee camp in Iraq - Kizilhan - 2020 - Psychiatry and Clinical Neurosciences - Wiley Online Library>. Acesso em: 30 maio 2021.

MURAD, Nadia. The last girl: my story of captivity, and my fight against the Islamic state. New York: Tim Duggan Books, 2017.

MURAD, Nadia. Yazidis have been forgotten during Covid. They need justice, jobs and a return home. The Gardian. 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/2021/feb/24/yazidis-iraq-justice-jobs-safe-return-home-nadia-murad>. Acesso em: 28 abr. 2021.

STANFORD UNIVERSITY. CISAC. MAPPING MILITANT ORGANIZATIONS. The Islamic State. 2019. Disponível em: <https://cisac.fsi.stanford.edu/mappingmilitants/profiles/islamic-state>. Acesso em: 05 jun. 2020.

UNHCR. Iraq Fact Sheet (January 2021). 28 jan. 2021. Disponível em: <https://reliefweb.int/report/iraq/unhcr-iraq-fact-sheet-january-2021>. Acesso em: 23 maio 2021.

UNHCR. UNHCR ramps up support to Iraqi returnees amid large-scale closure of IDP camps. 13 nov. 2020. Disponível em: <UNHCR - UNHCR ramps up support to Iraqi returnees amid large-scale closure of IDP camps>. Acesso em: 06 jun. 2021.

UNITED NATIONS. HUMAN RIGHTS COUNCIL. They came to destroy: ISIS Crimes Against the Yazidis. 15 jun. 2016. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A_HRC_32_CRP.2_en.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.

UNITED NATIONS. International Covenant on Civil and Political Rights. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

UNITED NATIONS. Six Years after genocide, international community must prioritize justice for Yazidi community. UN News. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2020/08/1069432>. Acesso em: 23 maio 2021.

UNITED NATIONS. Evento na ONU lembra seis anos da campanha de genocídio contra a minoria yazidi. UN News. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/08/1722032>. Acesso em: 09 jun. 2021.

Da necessidade de um reconhecimento simbólico da violência obstétrica no ordenamento jurídico português

For a symbolic recognition of obstetric violence in the portuguese legal system

Vânia Alexandra dos Santos Simões[1]

Sumário: i) Atual cenário da responsabilidade médica em obstetrícia em Portugal; ii) Abordagem conceptual e jurídica da violência obstétrica em Portugal; iii) A Lei 110/2019, de 9 de setembro e a violência obstétrica; iv) A questão da ausência da terminologia "violência obstétrica" na Lei 110/2019, de 9 de setembro; v) Considerações finais;

Resumo: A Lei 110/2019, de 9 de setembro, foi aprovada em Portugal com intuito de prevenir, erradicar e responsabilizar profissionais de saúde e/ou instituições hospitalares em situações de violência obstétrica. Não obstante esta ser a ratio legis da Lei 110/2019, de 9 de setembro, a mesmo não adota oficialmente a terminologia violência obstétrica no seu seio, pelo que a comunidade jurídica não compreende(u) o alcance do diploma em tela. Os atuais casos de violência obstétrica em Portugal continuam a ser interpretados e julgados como se de negligência médica se tratassem, podendo esta confusão de eventos ao nível da prática clínica, inviabilizar o acesso à justiça por parte das mulheres que sofreram de violência obstétrica, fazendo-se assim necessário proceder a um reconhecimento simbólico desta forma de violência contra as mulheres na qualidade de progenitora, nomeadamente no que se refere à comunidade jurídica, para que se formem adequadamente profissionais forenses para lidar com estes casos. Já outros países adotaram semelhante enquadramento jurídico ao português, como a Argentina e a Espanha, que incorporaram a terminologia após tutelar previamente os direitos das mulheres em contexto assistencial, com o fito de dar o devido enquadramento jurídico às violações de direitos das mulheres em contexto de atendimento obstétrico.

1 Admitida a Doutoramento na especialidade Direito Público na Nova School of Law, Lisboa. Advogada; Docente Universitária, Dirigente da Associação Portuguesa Gravidez e Parto; adv.vaniasimoes@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Palavras-chave: violência obstétrica; desumanização dos cuidados de saúde; direitos reprodutivos; violência de género; responsabilidade médica;

Abstract: The Law 110/2019, of September 9, was approved in Portugal with the aim of preventing, eradicating and holding health professionals and/or hospital institutions responsible in situations of obstetric violence. Despite this being the ratio legis of Law 110/2019, of September 9, it does not officially adopt the terminology obstetric violence in its midst, so the legal community does not understand the scope of the diploma in question. The current cases of obstetric violence in Portugal continue to be interpreted and judged as if they were medical negligence, and this confusion of events at the level of clinical practice may make access to justice for women who have suffered from obstetric violence unfeasible. It is necessary to carry out a symbolic recognition of this form of violence against women as a parent, namely with regard to the legal community, so that forensic professionals are adequately trained to deal with these cases. Other countries, on the other hand, adopted a similar legal framework to the Portuguese, such as Argentina and Spain, which incorporated the terminology after previously protecting the rights of women in a care context, with the aim of giving the due legal framework to violations of women's rights in the context of obstetric care , and after they made the symbolic recognition..

Keywords: obstetric violence; dehumanization of health care; reproductive rights; gender violence; medical liability;

i) Atual cenário da responsabilidade médica em obstetrícia em Portugal

Em Portugal, a obstetrícia é a especialidade médica com o maior número de ações judiciais tendentes à responsabilização

dos profissionais de saúde e/ou instituições hospitalares[2], sendo o fundamento de demanda mais frequente, o da asfixia perinatal[3]. Esta realidade não se circunscreve apenas a Portugal. Em muitos outros países, a obstetrícia lidera o número de ações tendentes à responsabilidade médica de profissionais e/ou instituições hospitalares. Na Espanha[4], Suécia, Inglaterra, França, Grécia e Turquia, a Obstetrícia é também a especialidade que mais litígios suscita[5].

A responsabilidade médica na obstetrícia pode assumir contornos específicos relativamente às restantes especialidades médicas, na medida em que poderá advir da prática de violência obstétrica, como melhor notaremos adiante.

ii) Abordagem conceptual e jurídica da violência obstétrica em Portugal

A violência obstétrica é um termo geralmente utilizado para aludir a uma forma de violência institucional que acomete as mulheres na assistência à gravidez, parto e puerpério, embora possa ocorrer noutras etapas do processo reprodutivo como a interrupção voluntária ou médica da gravidez, perda gestacional, esterilização ou procriação medicamente assistida[6].

A violência obstétrica é um fenómeno complexo, porquanto

2 Relatório nº 454/2008 da Inspeção Geral das Atividades em Saúde. Segundo as conclusões de um artigo publicado na Ata Portuguesa de Obstetrícia e Ginecologia, de Ana Domingues et al., Responsabilidade médica em Ginecologia/Obstetrícia, Ata Obstétrica e Ginecológica 2009; 3(1): 24-34, p. 24, "Obstetrics and Gynaecology is a high risk speciality for litigation in Portugal, and this involves both specialists and trainees. This involvement affects daily professional practice and clinical decisions."

3 Martins, Filipe, Conflito médico-legal em obstetrícia, Faculdade de Medicina do Porto, Porto, 2011, p.9

4 Larraz, Gustavo, El error sanitario, Madrid: Dykinson, 2003, p.31

5 Martins, Filipe, Conflito médico-legal em obstetrícia, Faculdade de Medicina do Porto, Porto, 2011 p.9

6 Declaração da Organização Mundial de saúde sobre prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde (2014), disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=9DCC1AC41FFF130231E12D7A58F73541?sequence=3

pode assumir diversas dimensões de violência pelo que não é possível apresentar uma definição estanque da mesma, podendo envolver violência física (v.b. Manobra de Kristeller), psicológica (v.b. comentários inapropriados proferidos pelos profissionais de saúde à mulher, nomeadamente de caráter sexista), sexual (v.b. a episiotomia de rotina, isto é, a episiotomia realizada sem indicação médica para o efeito) ou institucional (v.b. impedir o acompanhamento da mulher).[7]

Segundo a Organização Mundial de Saúde (2014)[8], a violência obstétrica pode passar por: "abusos, desrespeito, maus-tratos e negligência durante a assistência ao parto (…) Relatos (…) incluem violência física, humilhação profunda e abusos verbais, procedimentos médicos coercivos ou não consentidos, falta de confidencialidade, não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, (…) recusa de internação nas instituições de saúde, cuidado negligente durante o parto levando a complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida, e detenção de mulheres e seus recém-nascidos nas instituições, após o parto (…)."

Em 2019, o Conselho da Europa, através da Resolução de 3 de outubro, reconheceu a violência obstétrica enquanto forma de violência de género perpetrada no âmbito dos cuidados de saúde, que só as mulheres poderiam experienciar pelo facto de se tratar de uma forma de violência praticada contra a mulher na qualidade de progenitora.

Em Portugal, uma em cada três mulheres afirma ter passado por uma experiência de violência obstétrica no seu parto, segundo dados da 2ª edição do Inquérito de experiências de parto em Portugal 2015-2019, realizado pela Associação Portuguesa pelos

7 Simões, Vânia, A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género, Anatomia do Crime nº 6 (2017), 73-94, p.79

8 Declaração da Organização Mundial de saúde sobre prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde (2014), disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=9DCC1AC41FFF130231E12D7A58F73541?sequence=3

Direitos da Mulher na Gravidez e Parto. Já na primeira edição do inquérito realizado em 2015, se tinha apurado que cerca de metade das mulheres não tinha tido o parto o que queriam.

iii) A Lei 110/2019, de 9 de setembro e a violência obstétrica

Em Portugal, a violência obstétrica é um problema de saúde pública sem qualquer previsão legal que a reconheça. Não obstante este facto, as grávidas, parturientes e puérperas são titulares de direitos específicos na qualidade de utentes de saúde, os quais surgiram com a Lei 110/2019, de 9 de setembro de 2019, que alterou a Lei 15/2014, de 21 de março (Lei consolidando a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde). Antes da segunda alteração à Lei 15/2014, de 21 de março, a grávida, parturiente ou puérpera eram equiparadas aos restantes utentes de saúde/doentes, não sendo sujeitos de quaisquer direitos específicos, com exceção de algumas especificidades que se consagravam no direito ao acompanhamento. A segunda alteração à Lei 15/2014, de 21 de março, veio, ainda que num diploma associado aos utentes de saúde, consagrar expressamente direitos reprodutivos às mulheres. O ordenamento jurídico nacional distingue agora a grávida, a parturiente e a puérpera dos restantes utentes de saúde, reconhecendo as suas necessidades enquanto utentes, dotando-as de direitos específicos, como é o caso do direito à amamentação, o direito ao alívio da dor (no parto), o direito à mínima interferência, o direito a um intérprete na sua assistência e o direito à assistência contínua até à sua total recuperação do pós-parto.

A Lei 15/2014, de 21 março, com as alterações introduzidas pela Lei 110/2019, veio ampliar a responsabilização dos profissionais de saúde na assistência obstétrica, na medida em que as grávidas, parturientes e puérperas são titulares de direitos específicos, os quais estão expressamente consagrados e cuja violação por parte

dos profissionais de saúde os fará incorrer em responsabilidade civil. Para além de ampliar a responsabilização civil dos profissionais de saúde e das instituições, a Lei 15/2014, de 21 de março, com as alterações introduzidas pela Lei 110/2019, de 9 de setembro, possibilitou a plena tutela das vítimas de violência obstétrica ao consagrar variados direitos a favor das mulheres que não estavam antes consagrados e cuja violação acarreta a responsabilidade civil de profissionais de saúde e/ou instituições.

O artigo 15ºF nº2 e nº6 da Lei 15/2014, de 21 de março, introduzidos pela Lei 110/2019, de 9 de setembro, constituem preceitos-chave para a afirmação da responsabilização civil nos casos de violência obstétrica no que à prática médica se refere, ao preverem que os cuidados de saúde obstétricos prestados devem seguir as Recomendações da Organização Mundial de Saúde e as melhores evidências científicas existentes nesta área de cuidados. Assim, a prestação de cuidados de saúde que não sigam estas Recomendações, poderá suscitar a responsabilização civil dos profissionais de saúde, significando isto que a Lei passa a determinar como padrões leges artis na Obstetrícia, a Medicina Baseada na Evidência (MBE) e as Recomendações da Organização Mundial de Saúde.[9]

O que de facto acontecia antes da vigência da Lei 110/2019, de 9 de setembro, era que as mulheres só tinham acesso à responsabilização civil nos casos em que para si resultavam danos biológicos evidentes, pois só assim estariam preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, uma vez que não estava consagrado legalmente que a mulher tinha direito aos melhores cuidados de saúde, cuidados dignificantes, apropriados e seguros, nomeadamente, o direito aos cuidados conforme às Recomendações da Organização Mundial de Saúde. Ainda assim, os cuidados não consentidos continuam a ser um problema em

9 Vânia Simões e Yasmin Faissal Nogueira, A violência obstétrica no parto e os obstáculos à responsabilidade jurídica devida, Anais de Artigos Completos do V CIDH 2020 – Vol. 4/César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasílica / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021. 414 p., p.330

Portugal, situação que originou Recomendações da CEDAW ao país em 2015, no âmbito da 62ª sessão do Comité[10].

iv) A questão da ausência da terminologia violência obstétrica na Lei 110/2019, de 9/9

Pese embora Portugal tenha sido pioneiro na concretização de uma legislação para a violência obstétrica na União Europeia, através da Lei 110/2019, de 9 de setembro, facto é que o diploma não adota oficialmente a terminologia "violência obstétrica" no seu seio.

Ainda que a Lei 110/2019, de 9 de setembro, não reconheça o termo "violência obstétrica", a mesma teve como intuito a erradicação do fenómeno em Portugal, mediante, por exemplo, a promoção da literacia da mulher em saúde (artigo 15º C nº6 da Lei 15/2014, de 21 de março), por forma a promover a sua participação ativa no parto, bem como, ao proceder à institucionalização e proteção legal do plano de parto (artigo 15º D nº3 e artigo 15º E ambos da Lei 15/2014, de 21 de março).

Com efeito, a relutância em adotar tal terminologia prende-se com a sua rejeição e negação pelos profissionais de saúde, em especial, dos médicos, classe com influência política. Nem mesmo a Organização Mundial de Saúde adota tal terminologia no documento em que reconhece a sua ocorrência (2014). A ausência de reconhecimento jurídico deste termo não despertou o alerta da comunidade jurídica da sua existência e a consequente formação

10 Referem as Recomendações que: 1.O Comité congratula as realizações significativas do Estado Português na redução da mortalidade infantil e materna. No entanto, está preocupado com a liberdade limitada vivida pelas mulheres na escolha dos métodos de nascimento. O Comité está particularmente preocupado com os relatos de que muitas vezes as mulheres não são consultadas e são submetidas a partos excessivamente medicalizados e cesarianas.
2.O Comité recomenda que o Estado preveja salvaguardas adequadas para assegurar que os procedimentos excessivamente medicalizados no parto, tais como cesarianas, sejam cuidadosamente avaliados e realizados apenas quando for necessário e com o consentimento informado da parturiente." Disponíveis em https://www.cig.gov.pt/2015/11/cedaw-recomendacoes-finais-dirigidas-a-portugal/

de profissionais forenses para a correta compreensão e análise destes casos.

Assim, os casos de violência obstétrica em Portugal continuam a ser julgados como se meros casos de negligência médica fossem, uma vez que os profissionais forenses não compreendem a ratio legis do diploma. Num estudo elaborado em meados de 2020 com profissionais forenses sobre casos que decorriam em tribunal ligados à responsabilidade médica na obstetrícia, foram vários os profissionais forenses que admitiram ter oficiado Colégios de especialidade para averiguar a existência de negligência médica naquelas situações, quando não teriam qualquer necessidade de o fazer, porquanto a Lei determina quais são as legis artis na assistência obstétrica, leges artis localizáveis na página da Organização Mundial de Saúde. Com efeito, os Colégios de Especialidade ao serem consultados, irão validar as práticas que constituem violência obstétrica como se normais fossem, por serem aceites pela generalidade da comunidade médica, não conseguindo as mulheres provar, nem a violência obstétrica, nem a negligência médica, em juízo[11]. A formação dos profissionais forenses nesta matéria é essencial para contornar a errada aplicação desta Lei.

Os casos jurisprudenciais em que ocorrem situações de violência obstétrica não transparecem sequer a dimensão da violência nos partos, pois a jurisprudência nacional não faz alusão a quaisquer ocorrências de violência psicológica que têm lugar nos partos. Como o ónus da prova dos maus-tratos das mulheres no parto está a cargo da mulher, é, na prática impossível a mesma provar o quer que seja por estar sozinha naquele momento de vulnerabilidade, pelo que esta dimensão de violência acaba

11 Simões, Vânia e Yasmin Faissal Nogueira, A violência obstétrica no parto e os obstáculos à responsabilidade jurídica devida, Anais de Artigos Completos do V CIDH 2020 – Vol. 4 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasílica / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021. 414 p, p.328

sonegada dos processos judiciais.[12]

Na verdade, do ponto de vista da prática clínica, estamos perante realidades distintas, embora admitamos que, casos existem em que a fronteira de distinção destes fenómenos possa ser ténue ou coexistir em simultâneo. Porém, a violência obstétrica não se confunde com as situações de negligência médica, ao nível da prática clínica. A negligência médica pressupõe a violação de regras estabelecidas como aceitáveis e desejáveis numa determinada situação[13], não sendo essa a problemática em apreço, pelo facto de estar em causa, na violência obstétrica, a institucionalização de práticas rotineiras que não acompanham as melhores evidências científicas e as Recomendações da Organização Mundial de Saúde, isto é, falamos de más práticas sedimentadas na rotina dos profissionais, que são aceites e normalizadas pela comunidade médica.

Ora, equipararmos a violência obstétrica à negligência médica do ponto de vista clínico pode inviabilizar o acesso à justiça ou a uma justa compensação para as mulheres, porque não se verificando negligência médica, será impossível provar que a mesma tenha ocorrido.

Em termos jurídico-penais, a violência obstétrica não se encontra tipificada no ordenamento jurídico português, situação que acaba por abonar à confusão entre violência obstétrica e negligência médica, do ponto de vista da prática clínica. A responsabilidade penal decorrente de atos de violência obstétrica pode suceder de modo fragmentado, isto é, com recurso a diversos tipos legais de crime que ainda assim não cobrem todas as situações de violência obstétrica, sujeitando-se assim o profissional de saúde a várias molduras penais, advindas da prática de diversos crimes como o

12 Simões, Vânia e Yasmin Faissal Nogueira, A violência obstétrica no parto e os obstáculos à responsabilidade jurídica devida, Anais de Artigos Completos do V CIDH 2020 – Vol. 4 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasílica / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021. 414 p., p.330

13 Fragata, José e Martins, Luís, O erro em Medicina, Almedina, Coimbra, 2008, p.320, 321

crime de ofensas à integridade física – simples (artigo 143º), graves (artigo 144º), agravadas em função do resultado (artigo 147º), negligentes (artigo 148º); Intervenções médicas e cirúrgicas com violação das leges artis – artigo 150º nº2 do Código Penal; Maus-tratos – artigo 152º A do Código Penal; Ameaça – artigo 153º do Código Penal; Coação – artigo 154º do Código Penal; Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários – artigo 156º do Código Penal; Sequestro – artigo 158º do Código Penal; Violação – artigo 164º do Código Penal; Injúria – artigo 181º do Código Penal; Devassa da vida privada – artigo 192º do Código Penal; Violação de segredo – artigo 195º do Código Penal; Recusa de médico – artigo 284º do Código Penal.[14] Efetivamente, a violência obstétrica já foi objeto de uma tentativa de penalização em Portugal, sem sucesso, no ano de 2019, através da Petição nº507/XIII/3ª.

Porém, é importante proceder-se a uma reciclagem das práticas clínicas dos profissionais de saúde antes de proceder à tipificação da violência obstétrica, sob pena de a mesma não surtir o efeito pretendido, podendo até desencadear o efeito reverso, o do desenvolvimento da prática da medicina defensiva por parte dos profissionais de saúde.

v) Considerações Finais

Nem mesmo após o reconhecimento desta forma de violência pelo Conselho da Europa, através da Resolução 2306/2019, de 3 de outubro, o legislador português não promoveu quaisquer alterações legislativas à Lei 110/2019, de 9 de setembro, por forma a incorporar o termo "violência obstétrica" nesta Lei, como ocorreu em Espanha, em que a terminologia "Violência Ginecológica e Obstétrica" foi incorporada na Lei de Direitos Sexuais e Reprodutivos espanhola,

14 Esta qualificação jurídica é feita com base na revisão sistemática de literatura de Bohren MA, Vogel JP, Hunter EC, Lutsiv O, Makh SK, Souza JP, et al. (2015) The Mistreatment of Women during Childbirth in Health Facilities Globally: A Mixed-Methods Systematic Review. PLoS Med 12(6): e1001847, que procede à categorização detalhada e exaustiva dos atos de violência obstétrica.

não obstante a tutela prévia que já se consagrava às mulheres ao longo das diversas etapas da sua vida reprodutiva.

Semelhante situação sucedeu na Argentina. Em 2004, a Argentina aprovou um diploma semelhante à Lei 110/2019, de 9 de setembro[15], que tutelava os direitos das mulheres na gravidez, parto e puerpério em contexto de assistência obstétrica. Apenas em 2009[16], a Argentina reconheceria num outro diploma, a violência obstétrica, de modo simbólico, em que apenas dava a definição legal de tal forma de violência. O mesmo deveria suceder em Portugal por forma a dar-se a devida atenção que o tema requer pela comunidade jurídica e proceder-se à correta interpretação destes casos pelos operadores judiciários.

Bibliografia

Associação Portuguesa pelos Direitos da Mulher na Gravidez e Parto, Experiências de parto em Portugal 2012-2015, Lisboa, 2015 (1ªedição) e 2015-2019 (2ª edição);

Bohren MA, Vogel JP, Hunter EC, Lutsiv O, Makh SK, Souza JP, et al. (2015) The Mistreatment of Women during Childbirth in Health Facilities Globally: A Mixed-Methods Systematic Review. PLoS Med 12(6): e1001847. https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001847

Domingues, Ana Patrícia et al., Responsabilidade médica em Ginecologia/Obstetrícia- perspetiva portuguesa, Ata Obstétrica e Ginecológica Portuguesa, 2009; 3 (1): 24-34;

Fragata, José e Luís Martins, O erro em Medicina, reimpressão da edição de 2004, Almedina, Coimbra, 2008

Larraz, Gustavo, El error sanitário, Madrid, Dykinson, 2003

Martins, Filipe, Conflito médico-legal em obstetrícia, Faculdade de Medicina do Porto, Porto, 2010

15 Argentina, Ley 25.929 de 17/09/2004, disponível em https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_25929_parto_humanizado_decreto_web_0.pdf

16 Argentina, Ley 24.685 de 14/04/2009, disponível em https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155

Simões, Vânia, A violência obstétrica: a violência institucionalizada contra o género, Anatomia do Crime nº6 (2017), Revista do IDPCC da Faculdade de Direito de Lisboa, 73-94;

Simões, Vânia e Yasmin Faissal Nogueira, A violência obstétrica no parto e os obstáculos à responsabilidade jurídica devida, publicado em Anais de Artigos Completos do V CIDH 2020 – Vol. 4 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasílica / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021. 414 p., ISBN: 978-65-89537-04-5 / 978-65-86051-29-2, disponível em https://a3ec55aa-1c0f-448d-a555-bf0db2483a45.filesusr.com/ugd/8f3de9_2157e72867444703a96865c9045988e6.pdf

Outros recursos:

Argentina, Ley 25.929 de 17/09/2004, disponível em https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley_25929_parto_humanizado_decreto_web_0.pdf

Argentina, Ley 24.685 de 14/04/2009, disponível em https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155

Declaração da Organização Mundial de Saúde sobre prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde (2014), disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.

O que sobrou dos direitos humanos nas ruínas do neoliberalismo

What's left of human rights in the ruins of neoliberalism

Leonardo Luiz de Souza Rezio[1]

Sumário: 1. A construção dos direitos humanos: das revoluções liberais ao fim da Guerra Fria; 2. O fim dos direitos humanos: a consagração do capitalismo neoliberal e suas consequências excludentes; 3. As ruínas do neoliberalismo: o esvaziamento da democracia e a ascensão do populismo nacionalista; 4 A percepção sobre os direitos humanos hoje: análise das pesquisas do Instituto Ipsos; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a construção do conceito de direitos humanos por uma perspectiva crítica e perceber como o neoliberalismo, que domina as relações socioeconômicas mundiais nas últimas décadas, utilizou o discurso dos direitos humanos para a legitimação de suas instituições centrais. Para tanto, o artigo está dividido em quatro partes. Na primeira parte, pretende-se compreender a construção do conceito de direitos humanos, desde as revoluções liberais do final do século XVIII ao fim da Guerra Fria. Na segunda parte, examina-se a consagração do capitalismo neoliberal e suas consequências excludentes. Na terceira parte, procura-se entender a ascensão de um populismo nacionalista, a partir da segunda década do século XXI, bem como a utilização da linguagem dos direitos humanos também para a consolidação de suas ideologias. Na quarta e última parte, realiza-se a análise qualitativa de duas pesquisas realizadas pelo Instituto Ipsos em 2018, acerca da percepção da população sobre os direitos humanos - Pesquisa Pulso Brasil e Human Rights in 2018 – Global Advisor. É possível inferir que a crise deixada por um neoliberalismo excludente contribuiu para um esvaziamento de sentido dos direitos humanos na população,

1 Doutorando do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás (PPGIDH/UFG). Mestre em Direitos Humanos pelo PPGIDH/UFG. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO) e em Comunicação Social – Publicidade e Propaganda pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Diretor de Publicidade Institucional da Secretaria de Comunicação da UFG. E-mail: leonardorezio@ufg.br

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

cuja percepção se assemelha com a concepção defendida por políticos populistas, com viés antidemocrático, que se utilizam de discursos conservadores para tecer críticas aos direitos humanos, tal como Donald Trump, nos Estados Unidos e Jair Bolsonaro, no Brasil.

Palavras-chave: Direitos humanos; Neoliberalismo; Nacional-populismo

Abstract: This paper aims to analyze the construction of the concept of human rights from a critical perspective and understand how neoliberalism, which dominates world socioeconomic relations in recent decades, used the human rights discourse to legitimize its central institutions. Therefore, the article is divided into four parts. In the first part, it is intended to understand the construction of the concept of human rights, from the liberal revolutions of the end of the 18th century to the end of the Cold War. The second part examines the consecration of neoliberal capitalism and its exclusionary consequences. In the third part, we seek to understand the rise of a nationalist populism, from the second decade of the 21st century, as well as the use of the language of human rights also for the consolidation of their ideologies. In the fourth and last part, a qualitative analysis of two surveys carried out by the Ipsos Institute in 2018, about the population's perception of human rights - Pulso Brasil and Human Rights in 2018 – Global Advisor Survey. It is possible to infer that the crisis left by an excluding neoliberalism contributed to an emptying of the meaning of human rights in the population, whose perception is similar to the conception defended by populist politicians, with an anti-democratic bias, who use conservative speeches to criticize human rights, such as Donald Trump in the United States and Jair Bolsonaro in Brazil.

Keywords: Human rights; Neoliberalism; national-populism

1. A construção dos direitos humanos: das revoluções liberais ao fim da Guerra Fria

Os homens nascem e são livres e iguais em direitos, é o que prenuncia o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Todavia, ao longo do século XIX e início do século XX as tensões internas do texto original francês ficam evidentes. Trata-se do contraste entre o homem e o cidadão, uma vez que a diferença entre os direitos naturais do homem e os direitos políticos

do cidadão não fica clara. Conforme já prenunciava MARX,[2] o homem amparado na Declaração, sob o disfarce da universalidade e da abstração, é um homem concreto: o homem liberal burguês, o indivíduo possessivo, cujo direito à propriedade é transformado no fundamento de todos os demais direitos. Era o homem liberal burgês o verdadeiro cidadão.

Os direitos foram declarados em nome do homem universal, mas o ato de enunciação estabeleceu um tipo particular de beneficiário dos direitos, o cidadão nacional. A cidadania, ao incluir alguns e excluir outros, inaugura um novo tipo de privilégio. Exclui da comunidade de seus sujeitos todos aqueles que não pertencem à nação, que estavam sujeitos à lei, mas não eram os sujeitos da lei: os estrangeiros, as mulheres, os escravos, os colonizados e todos aqueles excluídos de direitos políticos que, portanto, não nasciam livres, muito menos iguais em direitos[3].

O Estado-nação moderno ganhou vida e adquiriu legitimidade neste período, no final do século XVIII. No momento em que as declarações anunciaram a era do indivíduo, elas também inauguraram a era do Estado, espelho do indivíduo. Conforme DOUZINAS, se a Declaração inaugurou a modernidade, ela também deu início ao nacionalismo e a todas as suas consequências: genocídios, conflitos étnicos e civis, purificação étnica, minorias, refugiados, apátridas[4].

O Estado-nação passa a existir com a exclusão de outras pessoas e nações. O sujeito moderno garante sua admissão à natureza humana universal ao excluir dessa condição outros sem direito algum. A cidadania, o fato de pertencer a um Estado-nação, condição do sujeito moderno, é que garante os requisitos mínimos para ser um homem. Para DOUZINAS[5], a exclusão é absolutamente crucial para a cidadania, para que existam os cidadãos, é preciso

2 MARX, Karl. Sobre a questão judaica. Boitempo Editorial, 2010.

3 Cfr. DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

4 DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos, ob cit, p 116.

5 DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos, ob cit.

haver os não-cidadãos, os não amparados pelas leis do Estado e, consequentemente, sem direitos humanos.

No século XX, após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos se universalizam com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Se a Revolução Francesa e a primeira proclamação dos direitos do homem foram reações contra o absolutismo monárquico, a Declaração Universal foi uma resposta às atrocidades e barbarismos da Guerra e do Holocausto. Nas décadas seguintes, centenas de convenções, tratados, declarações e acordos de direitos humanos foram negociados e adotados tanto pela Organização das Nações Unidas (ONU), quanto por organismos regionais e os Estados nacionais.

Durante a Guerra Fria, os direitos humanos tornaram-se uma importante ferramenta ideológica, com constantes críticas feitas pelos países ocidentais e organismos internacionais aos países do bloco socialista por violações desses direitos. O mesmo não valia para as grandes potências e nações aliadas do bloco capitalista, muito embora, conforme argumenta DOUZINAS[6], grupos em prol de direitos humanos apontassem para um constante padrão de violações de tais direitos nos países ocidentais, que incluíam brutalidade policial, agressões às minorias raciais, tratamento degradante de pessoas em busca de asilo, más condições carcerárias e a pena de morte. É o que o autor aponta como a hipocrisia dos direitos humanos, uma vez que as potências ocidentais faziam vistas grossas às violações cometidas por nações amigas e denunciavam apenas os inimigos selecionados.

O século XX foi chamado de século dos direitos humanos. Contudo, esse mesmo século vivenciou duas guerras mundiais, um imenso número de conflitos locais e inúmeras atrocidades e desastres humanitários. Em seu triunfo, portanto, os direitos humanos foram violados das formas mais atrozes e sem precedentes, por nações socialistas e capitalistas. Foram violados dentro do Estado e muitas vezes pelo próprio Estado, quando não

6 DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos, ob cit

sob a justificativa de guerras ditas humanitárias.[7]

2. O fim dos direitos humanos: a consagração do capitalismo neoliberal e suas consequências excludentes

O termo neoliberalismo foi cunhado em 1938 numa reunião de acadêmicos que lançou as bases político-intelectuais daquilo que se tornaria, em 1947, a Sociedade Mont Pèlerin. Um dos argumenteos principais de seus fundadores era que a razão que liga o mercado à moral seria o fundamento da liberdade, da ordem e do desenvolvimento da civilização. O neoliberalismo é, portanto, mais que um programa economicista restrito à esfera do mercado, e sim um projeto político-moral que visa proteger as hierarquias tradicionais negando a própria ideia do social e restringindo radicalmente o alcance do poder político democrático nos Estados-nação.[8]

As políticas neoliberais foram, primeiramente, impostas ao Chile, por Augusto Pinochet, a partir de 1973, e logo depois levadas para outras partes do Sul Global, muitas vezes exigidas pelo Fundo Monetário Internacional. O que começou no Hemisfério Sul logo seguiu para o Hemisfério Norte, com os programas neoliberais implementados por Margareth Thatcher no Reino Unido e Ronald Reagan nos Estados Unidos, com políticas econômicas focadas na desregulação do capital, no combate ao trabalho organizado, na privatização de bens e serviços públicos, na redução da tributação progressiva e no encolhimento do Estado social[9].

Com o fim da União Soviética e a derrocada da utopia socialista consagrou-se a vitória final do neoliberalismo como o único modelo do capitalismo. No final dos anos 1980 boa parte dos países da Europa Oriental fez uma transição do comunismo de

7 Cfr. DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos, ob cit,

8 Cfr BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo. Editora Politéia, 2019, p. 23.

9 Cfr BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente, ob cit, p 29.

Estado para o capitalismo neoliberal em menos de uma década.

O desenvolvimento capitalista neoliberal pressionou os países a abrirem o seu capital financeiro, enquanto mantinham baixos os custos com assistência social. Conforme expõe DOUZINAS[10], a ordem que se estabeleceu após 1989 combina um sistema econômico que gera enormes desigualdades estruturais e opressão, com uma ideologia que promete dignidade e equidade. Nesse contexto, os direitos humanos se estabelecem universalmente, não como resultado de disposições liberais caridosas, mas como elementos necessários para a criação de um capitalismo neoliberal mundial. Uma promessa implícita aos países em desenvolvimento de que a adoção do modelo neoliberal e direitos sociais limitados os conduziriam ao padrão econômico ocidental.

Os direitos humanos se moldam ao discurso do neoliberalismo ao naturalizar as relações sociais e econômicas dominantes para legitimar e proteger instituições centrais do capitalismo neoliberal como a propriedade, a família e a religião, mas não conseguem dar soluções a problemas sociais causados pelo próprio modelo neoliberal, como a pobreza, a desigualdade e a exclusão.

A universalidade dos direitos humanos sempre conviveu com a ideia de que nem todos os seres com fenótipo humano são plenamente humanos e não devem por isso se beneficiar do estatuto e da dignidade conferidos à humanidade. Todavia, no neoliberalismo ocorre ainda um esvaziamento de sentido dos direitos humanos. SANTOS[11] ilustra esse problema ao argumentar que, para os que defendem esse modelo individualista, os necessitados de proteção passam a ser os banqueiros, enquanto os imigrantes seriam os responsáveis pelo empobrecimento e pela perda de perspectivas econômicas e sociais.

10 DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos. Pensar os direitos humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011.
11 SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

Conforma argumenta BROWM[12], o ataque contemporâneo à sociedade e à justiça social em nome da liberdade de mercado e do tradicionalismo moral emana diretamente da racionalidade neoliberal. Tal racionalidade neoliberal preparou o terreno para mobilizar e legitimar forças antidemocráticas que surgem na segunda década no século XXI. Segundo a autora, não é que o neoliberalismo, por si só, causou essa insurgência, mas que nada fica intocado pelo neoliberalismo.

3. As ruínas do neoliberalismo: o esvaziamento da democracia e a ascensão do nacionalismo populista

CASTELLS[13] afirma que a desigualdade social é a mais alta da história recente e, além de desigualdade, há polarização, com ricos cada vez mais ricos no vértice da pirâmide e, na base, pobres cada vez mais pobres. Enquanto a fragmentação da sociedade se acentuava, sobretudo na primeira década do século XXI, governos nacionais decidiram unir-se para salvar os bancos e o sistema financeiro, na maior crise financeira de décadas, em 2008. No neoliberalismo, os governos são para os mercados e orientados por princípios de mercados, enquanto os mercados devem ser construídos, viabilizados, amparados e ocasionalmente até mesmo resgatados por instituições políticas[14].

Escancarou-se, então, uma crise de representação de interesses, uma ruptura da relação entre governantes e governados, seguida pela desconfiança nas instituições, em vários países do mundo, e uma deslegitimação quanto à representação política[15]. A democracia liberal, que se via consolidada nos últimos dois séculos, passa a ser, então, desacreditada por trabalhadores empobrecidos

12 BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente, ob cit.

13 CASTELLS, Manuel. Ruptura: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

14 Cfr BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente, ob cit, p 31.

15 Cfr CASTELLS, Manuel. Ruptura: a crise da democracia liberal, ob cit.

e frustrados.

Para CASTELLS[16] além dessa crise de representação de interesses se une uma crise identitária. Quanto menos controle as pessoas têm sobre o mercado e sobre seu Estado, mais se recolhem numa identidade própria, refugiando-se em sua nação, em seu território, em seu Deus, em identidades culturais diversas portadoras de sentido para além da política. Ao analisar os movimentos identitários nos Estados Unidos, e em outros países ocidentais, o autor pontua que vários grupos étnicos e culturais afirmaram sua identidade específica e passaram a lutar por seus direitos (afro-americanos, latinos, indígenas, mulheres, lésbicas, gays, transexuais e outros múltiplos conjuntos). De repente, os brancos dos países ocidentais perceberam que ninguém falava de sua identidade. Além do mais, outras identidades se definiam ao contestar a dominante: a identidade patriarcal do homem branco.

Cristãos brancos endividados, lamentando as perdas dos privilégios que a branquitude, a cristandade e a masculinidade garantiam, acusados de serem machistas, xenófobos, racistas e poluidores e não podendo, nem mesmo, se refugiar na segurança de uma identidade, foram mais facilmente cooptados por movimentos antidemocráticos que captaram esse sentimento. Conforme BROWN[17], há uma dificuldade em estabelecer uma nomenclatura para esses movimentos. Trata-se de autoritarismo, fascismo, populismo, democracia não liberal, liberalismo antidemocrático ou extrema direita?[18]

Com uma combinação de libertarianismo, moralismo, autoritarismo, nacionalismo, conservadorismo cristão e racismo,

16 CASTELLS, Manuel. Ruptura: a crise da democracia liberal, ob cit.

17 BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente, ob cit,

18 Preferimos a denominação nacional populismo para designar tais movimentos. Para Brown (ob cit) Essas novas forças conjugam elementos já familiares do neoliberalismo (favorecimento do capital, repressão do trabalho, demonização do Estado social e do político, ataques às igualdades e exaltação à liberdade) com seus aparentes opostos (nacionalismo, imposição da moralidade tradicional, antielitismo populista e demandas por soluções estatais para problemas econômicos e sociais).

esses movimentos fazem sucesso capitalizando o descontentamento que um neoliberalismo predador deixou como legado. Surge, portanto, uma nova forma de se fazer política, que se adapta com facilidade aos medos e frustrações dos abandonados de cada país. Políticos como Donald Trump nos Estados Unidos, Viktor Orbán na Hungria, Andrzej Duda na Polônia, Matteo Salvini na Itália, Rodrigo Duterte nas Filipinas e Jair Bolsonaro no Brasil, se aproveitaram de setores sociais vulnerárias da sociedade dizendo a eles aquilo que as elites não se permitiam dizer; articulam sem rodeio discursos xenófobos e racistas; apelam para a força do Estado como forma de resolver as ameaças; simplificam os problemas mediante a oposição entre nós e eles e denunciam a corrupção, embora em muitos casos eles façam parte dessa mesma corrupção[19].

Um populismo nacionalista, que floresce graças a uma população enraivecida, que viu o poder financeiro, o politicamente correto, o feminismo e os movimentos pelos direitos das minorias como uma combinação que os empobrece e humilha. [20] Em vez de acusarem o sistema capitalista neoliberal que os empobrecia, conforme argumenta MAGNANI[21], usam o discurso de que o culpado é o estrangeiro, que tira o trabalho da classe trabalhadora, a ideologia de gênero, os comunistas, e outras ideias rasas, para preencher as lacunas de legitimidade deixadas pelo rastro do neoliberalismo.

4. A percepção sobre os direitos humanos hoje: análise das pesquisas do Instituto Ipsos

Em 2018, o Instituto de Pesquisa Ipsos realizou duas pesquisas com o intuito de se compreender a percepção da população em

19 CASTELLS, Manuel. Ruptura: a crise da democracia liberal, ob cit.
20 MAGNANI, Estaban. Anatomia da ultradireita, versão Steve Bannon. Outras Palavras. São Paulo, 2020.
21 MAGNANI, Estaban. Anatomia da ultradireita, versão Steve Bannon. Outras Palavras. Ob cit.

relação aos direitos humanos[22]. A primeira delas, a Pesquisa Pulso Brasil, revelou que os direitos humanos significam igualdade de direitos para 21% dos entrevistados, ou seja, tratamento igualitário para ricos e pobres, entre raças e classes. Entretanto, para 20%, direitos humanos se referem a direitos de criminosos ou bandidos. Há, portanto, uma clara divisão sobre o entendimento da finalidade dos direitos humanos, se eles servem para resguardar igualdade de direitos, ou sé é uma linguagem que diz respeito apenas à proteção de criminosos.

Para a maioria dos entrevistados (56%), todavia, os bandidos são os maiores beneficiados pelos direitos humanos. Em seguida, para 9%, são os ricos os maiores beneficiados. Ou seja, a maioria das pessoas acreditam que os direitos humanos ou defendem bandidos, ou defendem os mais ricos. Não são para os pobres, nem para pessoas comuns.

Outro dado relevante é que, para 54% dos brasileiros, os direitos humanos fortalecem a democracia no Brasil, no entanto, para quase um terço (30%), os direitos humanos a enfraquecem. Mesmo não sendo maioria, esses dados revelam que é considerável a quantidade de brasileiros que não vinculam direitos humanos como algo essencial numa democracia. Além do mais, apesar de que 66% dos brasileiros se disseram a favor dos direitos humanos, há de se observar, entretanto, que 21% se disseram contra sua mera existência.

Por fim, foi percebido pelos entrevistados a fragilidade do Estado para fazer valer seus direitos, uma vez que para 66%, o governo brasileiro não garante integralmente os direitos humanos da

22 A primeira pesquisa, denominada Pesquisa Pulso Brasil, foi feita entre os dias 1º e 15 de abril de 2018, de forma presencial, tendo sido entrevistadas 1.200 pessoas em 72 municípios nas cinco regiões brasileiras. A segunda pesquisa, denominada Human Rights in 2018 – Global Advisor, foi uma pesquisa internacional feita em 28 países, incluindo o Brasil, e realizada entre os dia 25 de maio e 8 de junho de 2018, de forma online. A própria pesquisa traz a observação que o fato de o levantamento ter sido feito online pode limitar sua representatividade à parcela da população que tem acesso à internet, que, segundo o IBGE, em 2016 era de 64,7% da população com idade acima de 10 anos. Todavia, embora ela tenha utilizado uma metodologia diferente da Pesquisa Pulso Brasil, ambas apresentaram resultados similares..

população. Isso aponta que as pessoas se sentem desamparadas pelo Estado, havendo uma lacuna entre o que elas esperam que esses direitos fossem e o que percebem como realidade.

A segunda pesquisa, a Human Rights in 2018 – Global Advisor, complementa os dados com informações importantes. Ela informa, por exemplo, que para o brasileiro os maiores beneficiados dos direitos humanos são pessoas que não o merecem, como criminosos e terroristas. Com 60% das respostas, é o percentual mais alto entre todos os países em que a pesquisa foi realizada. Os brasileiros estão, também, entre os que mais acreditam que os direitos humanos não significam nada em seu cotidiano (28%), o que implica que há um ceticismo por parte da população em relação aos direitos humanos.

Todavia, é reconhecido pelos brasileiros que é necessário a defesa dos direitos humanos, sendo que 69% acreditam que é preciso haver leis para protegê-los. A percepção, portanto, é de que existe a necessidade de direitos humanos, mas as pessoas discordam da maneira como são aplicados. Elas acreditam que eles não são aplicados às pessoas que os mereceriam sendo aproveitados pelos que não a merecem.

Quem, afinal, são os que merecem os proteção dos direitos humanos? A pesquisa mostra que, para o brasileiros, as crianças são os que mais merecem proteção (56%), seguido pelos idosos (55%), pessoas com deficiência (46%), mulheres (38%) e pessoas com baixa renda (38%). Enquanto isso, prisioneiros (6%), pessoas com visões políticas diferentes (6%), grupos religiosos minoritários (13%) e imigrantes (15%) estão entre os que menos necessitam de proteção dos direitos humanos.

Analisando ambas as pesquisas percebemos que a exclusão sempre foi crucial para a cidadania, pois, como afirma DOUZINAS[23], para que tenhamos os cidadãos é preciso haver os não-cidadãos. Assim como MARX[24] já afirmava no século XIX, esse cidadão, a

23 DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos, ob cit
24 MARX, Karl. Sobre a questão judaica, ob cit.

quem se destinavam os abstratos direitos do homem, era o cidadão nacional burguês, merecedor de tais direitos.

Quase duzentos anos depois, mesmo após os direitos humanos serem declarados universais, esse legítimo cidadão ainda reclama para si a integralidade dos direitos humanos. Se nós, os cidadãos de bem, não somos os beneficiados, se os direitos humanos são para proteger aqueles que sequer deveriam ser humanos, então eles não nos representam e, portanto, não significam nada em nosso cotidiano.

A percepção que prevalece nas pesquisas é que pessoas que não merecem tiram proveito dos direitos humanos e quem de fato merece não são beneficiados. Direitos humanos deveriam ser apenas para os que de fato precisam, os que não teriam condições de se proteger sozinhos, como crianças, idosos e deficientes físicos. Prisioneiros, pessoas com visões políticas diferentes, grupos religiosos minoritários e imigrantes estão nessa situação porque escolheram, portanto, são responsáveis por suas escolhas e eventuais mazelas.

Os direitos humanos foram aliados do neoliberalismo durante as últimas três décadas e o neoliberalismo vem deixando um rastro de desigualdade. Nessa perspectiva, portanto, os direitos humanos passam a ser desacreditados, pois não resolveram o problema da desigualdade. Sendo assim, brasileiros pedem pelo fim dos direitos humanos, pois para 20% dos entrevistados eles enfraquecem a democracia, o que legitima, cada vez mais, a crença em políticos populistas e por vezes antidemocráricos.

Considerações finais

Os direitos do homem, que nasceram das lutas das revoluções liberais francesa e norte-americana do século XVIII, trazem em seu histórico o conceito de liberdade e igualdade de direitos. Todavia, a mera “humanidade” nunca foi suficiente para oferecer proteção

por si mesmam. Ainda que declarados em nome de todos, os seus beneficiários são (ou deveriam ser) poucos, somente os cidadãos nacionais dignos de humanidade.

Tais direitos não se tratam de um fenômeno apenas jurídico, mas também político. Eles são interpretados pelo fundo cultural e contextual de uma época e, por isso, são permeados de considerações morais, políticas e ideológicas. Para sua concretização, eles dependem do posicionamento ideológico e político dos tomadores de decisões. O discurso dos direitos humanos, nos últimos 30 anos, foram usados para legitimar e proteger as instituições centrais do capitalismo neoliberal (a propriedade, a família e a religião), e não foram suficiente para reduzir a probreza e a desigualdade resultantes desse neoliberalismo excludente.

No século XXI, crises econômicas e sociais emergirem em diversos países do mundo, em contraste com o aumento das políticas neoliberais globais, inclusive no Brasil. O sentimento de medo, desamparo e perda de privilégios vivenciados por muitos ajudaram na ascensão de políticos com discursos nacionalistas e populistas, por vezes, antidemocráticos, como Donald Trump, nos Estados Unidos, e Jair Bolsonaro, no Brasil.

Em vez de acusarem o sistema capitalista neoliberal, que empobrece, usam o discurso de que o culpado é o "outro", o estrangeiro, o comunismo ou o degenerado. Aproveita-se da desinformação das pessoas, em especial sobre os direitos humanos, para o esvaziamento de seu sentido. Ocorre, dessa forma, um esvaziamente de sentido dos direitos humanos. Políticos que se apresentam como antiestablishment não negam, de fato, os direitos humanos, mas negam sua universalidade. Dizem o que muitos pensam, que os direitos humanos devem ser apenas para quem os merece de fato, conforme foi verificado pelas pesquisas do Instituto Ipsos. A partir de uma agenda política conservadora e fazendo análises simplistas, sem compromisso com a informação, ressignificam o que são e para quem são os "verdadeiros" direitos

humanos.

O grande paradoxo dos direitos humanos é que, de fato, eles nunca foram universais, apenas o seu discurso o era. Todavia, agora não é nem mesmo o discurso. Esse é um dos rastros político-ideológicos que as ruínas do neoliberalismo têm nos deixado, o aumento do número de pessoas que acreditam que direitos humanos não são necessários, não são democráticos ou não significam nada em seu cotidiano.

Referências bibliográficas

BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo. Editora Politéia, 2019.

CASTELLS, Manuel. Ruptura: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

____. Os paradoxos dos direitos humanos. Pensar os direitos humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011.

HUMAN RIGHTS IN 2018: a global advisor survey. Ipsos Public Affairs, 2018. Disponível em: www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-07/human-rights-in-2018-ipsos-global-advisor.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

MAGNANI, Estaban. Anatomia da ultradireita, versão Steve Bannon. Outras Palavras. São Paulo, 21 out. 2020. Disponível em: outraspalavras.net/direita-assanhada/anatomia-da-ultradireita-versao-steven-bannon Acesso em: 12 jan. 2021.

MARX, Karl; SCHNEIDER, Nélio; BRANT, Wanda Caldeira. Sobre a questão judaica. Boitempo Editorial, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma nova declaração dos

direitos humanos. Outras Palavras. São Paulo, 05 jan. 2020. Disponível em: outraspalavras.net/sem-categoria/por-uma-nova-declaracao-dos-direitos-humanos Acesso em: 12 jan. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

Desafios da aposentadoria no século XXI

Challenges of retirement in the 21st century

Mariana Carolina Lemes[1]

Daniel Roxo de Paula Chiesse[2]

Sumário: 1. Trabalho Decente e Seguridade Social na América Latina; 2. Crise atuarial e reformas; 3. Desafios da Seguridade Social no Brasil do Século XXI; Considerações Finais.

Resumo: Busca-se apresentar reflexões iniciais sobre os desafios à efetivação do direito à aposentadoria no Brasil do Século XXI. Apresenta-se como hipótese a maior dificuldade para a aposentação, considerado o cenário de acentuada transição demográfica até a década de 2050. O objetivo geral é problematizar as perspectivas mundiais do trabalho e da previdência social e seu impacto no Brasil. Utilizando o método histórico-evolutivo e técnica de documentação indireta, busca-se promover uma incursão sobre o trabalho e a seguridade social, passando pelos seguros sociais até alcançar a formação da seguridade social no mundo, América Latina e, em específico, no Brasil, tecendo considerações acerca das formações anteriores e perspectivas da configuração atual, que, embora diferente, tem naquelas os seus contornos precursores, permitindo acompanhar e entender melhor sua transformação desde o Governo Collor e desafios. O Relatório El desarrollo de la seguridad social en America Latina foi utilizado como marco teórico. Após as análises, percebe-se que as novas gerações enfrentarão diversos desafios para a obtenção de uma aposentadoria, motivo pelo qual, nos dias atuais, muitos sequer têm essa expectativa. Disto, vislumbra-se a possibilidade de recrudescimento na efetivação desse direito social no Século XXI, com possível comprometimento de outros setores da seguridade social, como assistência social.

Palavras-chave: Aposentadoria; Proteção Social; Transição Demográfica.

1 Doutoranda em Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc. E-mail: mariana.lemes@unoesc.edu.br

2 Mestre em Direitos Sociais, Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unisal. E-mail: daniel@chiesse.adv.br

Porto, Portugal | 2022

ISBN 978-989-53281-4-7

Abstract: It seeks to present initial reflections on the challenges to the realization of the right to retirement in Brazil in the 21st century. The greatest difficulty for retirement is presented as a hypothesis, considering the scenario of accentuated demographic transition until the 2050s. The general objective is to problematize the world perspectives of work and social security and its impact in Brazil. Using the historical-evolutionary method and indirect documentation technique, it seeks to promote an incursion into work and social security, passing through social insurance until reaching the formation of social security in the world, Latin America and, specifically, in Brazil, weaving considerations about previous formations and perspectives of the current configuration, which, although different, has its precursors in those, allowing to better monitor and understand its transformation since the Collor Government and its challenges. The report El development of social security in Latin America was used as a theoretical framework. After the analyses, it is clear that the new generations will face several challenges to obtain a retirement, which is why, nowadays, many do not even have this expectation. From this, one can see the possibility of a resurgence in the realization of this social right in the 21st century, with possible compromise of other sectors of social security, such as social assistance.

Keywords: Retirement; Social Protection; Demographic Transition.

1. Trabalho Decente e Seguridade Social na América Latina

As reformas econômicas liberais exerceram significativa pressão sobre os sistemas tradicionais de relações industriais em toda a América Latina, levando os países a revisar sua legislação trabalhista básica, diminuindo a proteção social ao mesmo tempo em que a comunidade internacional vem enfocando a redução de empregos e o crescimento de NEETs (população jovem fora do mercado de trabalho e de instituições educacionais), conclamando os países a adotar medidas urgentes para em prol do objetivo de desenvolvimento sustentável 8 (trabalho decente e crescimento econômico), com impactos inerentes para a seguridade social. De acordo com o Transamerica Institute, 81% dos trabalhadores millennials - ou geração Y - estão preocupados que a previdência

social não vai existir para eles no futuro e 51% já não esperam receber auxílio algum (Money Times, 2020).

Com a adoção da Declaração do Centenário da Organização Internacional do Trabalho para o Futuro do Trabalho, a comunidade internacional é chamada a atuar, até 2020, em prol do Objetivo de Desenvolvimento 8 ("promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos"), de modo a (i) reduzir substancialmente a proporção de jovens que não trabalham, nem tem educação ou treinamento (NEET); e (ii) desenvolver e operacionalizar uma estratégia global para a juventude emprego. A meta é reduzir a proporção de jovens que NEET, destacando a necessidade de redobrar esforços para gerar empregos decentes para a próxima geração de trabalhadores. A juventude e os mercados de trabalho em todo o mundo enfrentam uma série de desafios importantes: a economia permanece lenta devido a tensões geopolíticas, agitação social e barreiras comerciais globais arrastaram o crescimento. Epidemias recentes têm potencial para desacelerar ainda mais a economia-atividade. O relatório da OIT analisa oportunidades e riscos para os jovens em termos de destruição e criação de empregos, o uso da tecnologia digital para melhorar programas de mercado de trabalho e compartilhamento de ganhos de produtividade e oferece propostas políticas para abordar os riscos. Ressalta o fato de que, os jovens enfrentam um futuro incerto no mercado de trabalho devido à automação, ao escopo limitado da maior parte da formação profissional e à falta de empregos que correspondam às suas qualificações e, as mulheres jovens têm duas vezes mais chances de serem afetadas do que seus colegas homens, de acordo com um novo relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2020). A OIT também observou a tendência crescente do número de NEETs (jovens que não possuem emprego, não estão estudando e não possuem formação) desde o relatório de 2017 até o relatório de 2020.

Historicamente, desde o seu surgimento, em 1883, os seguros sociais avançaram consideravelmente, inclusive nos países da América Latina, e desempenharam importante papel na prevenção contra a perda de rendimentos dos arrimos de família, devido a riscos sociais, assim como no desenvolvimento da medicina curativa; desde o final do século XIX, já existiam programas que protegiam empregados públicos e militares e, desde o início do século XX, a grupos de trabalhadores em setores estratégicos como os serviços públicos. A seguridade social possui estreita relação com o desenvolvimento e, apesar de sua importância, apenas no século XIX - mais notadamente no seu último quartel - algumas agências regionais e internacionais de desenvolvimento começaram a realizar estudos econômicos sobre o tema na América Latina, com a sua inclusão em alguns estudos por países (NACIONES UNIDAS, 1985).

Mundialmente, o seguro social foi introduzido, em 1883, pelo Chanceler Bismarck, na Alemanha, sendo precursor dos programas de seguridade social modernos, baseados na relação de emprego que molda o sistema de produção e, possuem programas separados para atender a distintos riscos sociais (especialmente riscos profissionais, pensões e enfermidade), cobertura da força laboral empregada em relação de dependência (assalariada) essencialmente urbana, cotizações salariais tripartites (pagas pelo segurado, o empregador e o Estado), prestações diretamente relacionadas com suas cotizações e regimes técnico-financeiros de capitalização. A formação dos seguros sociais termina com a 1ª Guerra Mundial (1914-1918), possuindo como fonte, ainda, a encíclica De Rerum Novarum. Após sua formação, o seguro social experimenta uma fase de universalização - com ápice na criação da Organização Internacional do Trabalho - estendendo-se até o advento da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), num período em que as ideias de previdência social foram disseminadas como seguro social, influenciando as Américas do Sul e do Norte e a Ásia.

Posteriormente, a previdência social adentra a fase de consolidação, iniciando com a 2ª Guerra Mundial e prosseguindo até a década de 1970, naquela que foi denominada “Era da Seguridade Social”; durante ela surgem o Plano Beveridge, a Declaração da Filadélfia, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção n. 102 da Organização Internacional do Trabalho sobre normas mínimas da seguridade social. A partir da década de 1970, com a gradativa implantação do Estado mínimo e os questionamentos sobre o próprio Estado de Bem-Estar Social, sua abrangência e profundidade, exsurge a fase de reformulação (NACIONES UNIDAS, 1985).

Desde o seu surgimento, os seguros sociais avançaram consideravelmente, inclusive nos países da América Latina, e desempenharam importante papel na prevenção contra a perda de rendimentos dos arrimos de família devido a riscos sociais, assim como no desenvolvimento da medicina curativa; a maioria dos países da América Latina já possuíam sistemas de seguros sociais obrigatórios ou se encontravam entre a etapa do seguro social e a da seguridade social ao final do século XX, evoluindo para a seguridade social, cujo marco é o informe inglês de Sir William Beveridge, na década de 1940, fortemente influenciado pelo keynesianismo, baseada numa série de princípios inovadores que promovem a unificação, sob um só gestor ou coordenador, dos diversos programas de seguro social com a assistência pública e a atenção da saúde (preventiva e curativa) e os programas de emprego e atribuições familiares (princípio da unidade), a uniformidade das condições de aquisição de direitos e a eliminação de desigualdades injustificadas entre os segurados (princípio da igualdade), a cobertura total da população, independentemente de se está empregada ou não (princípio da universalidade) e de todos os riscos sociais (princípio da integridade), o financiamento mediante impostos, as prestações mínimas básicas mas suficientes - não relacionadas com as contribuições - e a distribuição progressiva do

ingresso (princípio da solidariedade) e regimes técnico-financeiros de repartição (NACIONES UNIDAS, 1985).

O progresso da seguridade social não foi - e nem é - uniforme; seu desenvolvimento enfrenta sérios problemas mesmo nos países de maior avanço na área, principalmente em razão do excessivo custo da seguridade social em muitos países quando comparado à sua capacidade econômica. Ademais, a forma de financiamento da seguridade social pode afetar a substituição do trabalho por capital, a geração de fundos e a inversão e distribuição do ingresso, identificando as teorias explicativas da evolução da seguridade social entre suas causas básicas o desenvolvimento econômico e a difusão ou efeito demonstrativo gerados por organismos internacionais e países pioneiros.

A seguridade social abarca 5 programas principais: riscos profissionais (cobertura de saúde e monetária contra acidentes de trabalho e enfermidades profissionais); aposentadorias por velhice (idade), invalidez sobreviventes (também aposentadorias por antiguidade e desemprego - dispensado - em alguns países); atenção de saúde e monetária da enfermidade e o acidente comum ou não laboral e a maternidade; atribuições de família; e subsídio desemprego. Além do mais, a seguridade social inclui, com frequência, prestações adicionais - como auxílio funerário, prestações pessoais e para a família, creche - e mais programas de assistência pública ou social - atenção à saúde e pensionamento de grupos de baixo ingresso que não se qualificam para os programas contributivos. Com base nos estudos de Mesa-Lago (NACIONES UNIDAS, 1985), a descrição do desenvolvimento da seguridade social latino-americana foi ordenada com base em variáveis, discutindo, além do mais, problemas relacionados com sua organização, cobertura populacional e riscos, financiamento, prestações e custeio da seguridade social e seu impacto nos fundos, o emprego e a distribuição do ingresso. Para o cientista, a seguridade social evoluiu na América Latina seguindo duas formas

básicas, denominadas “estratificada” e “relativamente unificada”.

No pequeno grupo de países pioneiros, que eram os mais desenvolvidos (Chile, Uruguai, Argentina, Cuba e Brasil), o sistema de seguridade social surgiu cedo, na década de 1920, mas de maneira gradual e fragmentada, dando lugar a uma multiplicidade de instituições gestoras que protegiam a diferentes grupos ocupacionais por meio de subsistemas independentes com sua própria legislação, administração, financiamento e prestações. O Estado contribuiu com o financiamento destes subsistemas mediante a criação de impostos específicos ou do apoio direto ao orçamento. Os subsistemas incorporaram progressivamente grupos ocupacionais ou setores laborais mais amplos, assim como aos seus dependentes, mas, geralmente, com prestações mais frugais e condições de aquisição de direitos mais exigentes. Mesa-Lago narra que o processo de aparição dos subsistemas foi aproximadamente como segue: primeiro forças armadas, empregados públicos e professores; depois empregados e trabalhadores do transporte, energia, bancários, comunicações e outros serviços públicos; muito mais tarde a massa de empregados e trabalhadores urbanos (frequentemente separados em dois grandes grupos); e, por último, trabalhadores agrícolas e autônomos (independentes), pequenos agricultores e empresários, e empregados domésticos. Este tipo de evolução resultou em uma seguridade social estratificada, que assumiu uma estrutura piramidal com grupos relativamente pequenos de segurados protegidos por subsistemas privilegiados no ápice e no centro, e a maioria da população com subsistemas mais pobres de proteção na base.

Na década de 1970, surgiu um importante debate acerca das principais forças impulsionadoras do fenômeno da estratificação da seguridade social, quais sejam, os grupos de pressão e o Estado. Os grupos ocupacionais retrocitados tinham seu poder expresso através do seu poder bélico, na administração do governo, na escassez de suas qualificações no mercado laboral e

na organização sindical, e exerceram sua pressão sobre o Estado - às vezes aliados com partidos políticos - para obter concessões de seguridade social. Estudos sobre vários países na América Latina demonstraram que o maior poder de um grupo de pressão fazia com que este geralmente recebesse cobertura mais cedo e mais completa, prestações mais generosas e meios de financiamento mais vantajosos. A evolução da seguridade social com predomínio do papel dos grupos de pressão foi típica de sistemas políticos populistas e democrático-pluralistas como os do Chile e do Uruguai durante as primeiras sete décadas do século XX, enquanto a evolução com predomínio do papel do Estado é mais representativa em sistemas políticos também populistas, mas autoritários, com corte corporativista, como o Brasil e a Argentina. Na prática, Mesa-Lago denota que tanto os grupos de pressão como o Estado funcionaram entrelaçados em ambos os tipos de sistemas políticos, sendo, às vezes, difícil determinar qual era predominante. Com o avanço do processo de desenvolvimento econômico, urbanização, sindicalismo e mobilização política nos países pioneiros, os grupos desprovidos de proteção adquiriram suficiente poder para obter a cobertura dentro de subsistemas já existentes ou próprios, tendo sido capazes, em alguns países, de conseguir certas prestações que estavam reservadas para os sistemas antigos, ocasionando a chamada “massificação do privilégio”, de modo que o excessivo custo do processo de universalização da cobertura e de prestações generosas e condições de aquisição liberais, provocou o desequilíbrio financeiro em muitos subsistemas.

2. Crise atuarial e reformas

À medida que se sobe na cobertura de riscos e da população, se acrescenta o desequilíbrio financeiro que parece fatalmente desembocar na crise atuarial do sistema de proteção social. Na América Latina, mesmo os países mais avançados na temática

enfrentaram sérios problemas durante a evolução de seus modelos de seguridade social, como o custo excessivo, as desigualdades notáveis na cobertura por categoria ocupacional, ramos econômicos e unidades geográficas, podendo-se, atualmente, acrescentar o problema do envelhecimento populacional acelerado e, consequente transição demográfica. Na década de 1960, a seguridade social dos países pioneiros mostrou um desequilíbrio atuarial e às vezes financeiro que se agudizou na década de 1970 e complicou ainda mais com a crise econômica da década de 1980. No início da década de 1970, a carga da seguridade social nos dois países pioneiros da América Latina (Uruguai e Chile) alcançou de 14 a 17% do PIB, proporção superada no mundo apenas pelos países mais industrializados da Europa e, no início da década de 1980, a carga se aproximava ou ultrapassava 10% do PIB em 5 países latino-americanos, igualando a porcentagem do Japão e aproximando-se daquela dos EUA e da ex-URSS. Com o intento de resolver esta situação alguns países latinoamericanos reestruturaram a seguridade social, sendo as reformas globais mais drásticas e com orientação oposta representadas pela estatização do sistema cubano e a privatização do sistema chileno nas décadas de 1960-1970.

Foi no contexto das reviravoltas institucionais ocorridas nas décadas de 1960 e 1970, que o Brasil unificou praticamente todo o sistema de segurança social, mesmo período em que o Chile introduziu medidas de uniformidade e eliminação de privilégios do sistema antigo, criando um novo sistema, fortemente inspirado no seguro privado que favorece a individualidade e a multiplicidade. Historicamente, no Brasil, a seguridade social passou pelo período de implantação ou de formação, sendo seus marcos iniciais o Decreto n. 13.498/1919, que instituiu o pagamento de seguro acidente do trabalho pago pelo empregador e a Lei Elói Chaves, primeiro sistema amplo de seguros sociais brasileiro, cobrindo riscos de invalidez, velhice e morte e, concedendo auxílio-funeral, assistência

médica hospitalar e aposentadoria ordinária condicionada ao tempo e à idade, com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões, mantidas até a Era Vargas. Com a propagação dos institutos de aposentadoria e pensões por categorias, as Caixas de Aposentadorias e Pensões foram substituídas pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões, no período chamado de expansão. A edição da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, criação do Instituto Nacional do Seguro Social, em 1966, e, advento da Consolidação das Leis da Previdência Social, vivia-se, no Brasil, o período de unificação da seguridade social, com início, em 1977, do período de reestruturação, com a criação do Sistema Nacional de Previdência Social e do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social em 1978. Insculpida pela Constituição Federal de 1988, a Seguridade Social teve sua base legal erigida a partir de 1990, com a edição da Lei n. 8.080, complementada pela Lei n. 8.142 , com a criação da Lei n. 8.212, do Custeio do Regime Geral de Previdência Social e Lei n. 8.213, dos Benefícios do Regime Geral de Previdência Social no ano seguinte, e, da Lei n. 8.742, da Assistência Social, dois anos depois. Inobstante este arcabouço legal, dentre as distorções apontadas na discussão orçamentária da lei fundamental de 1988 acerca do tema, pode-se apontar que a política de seguridade social não teve uma distinção dos recursos quanto às diferentes destinações - saúde, previdência e assistência - deixando em aberto a discussão do financiamento em cada um destes setores, indefinição que se revelou desfavorável às políticas de saúde e política assistencial já na década de 1990, tendo a saúde e a assistência se submetido às regras estabelecidas pela Previdência Social. Além disso, o conceito amplo de seguridade social permitiu que outros ministérios e outras despesas orçamentárias financiadas pela União, tivessem o financiamento da seguridade social, como os gastos destinados ao pagamento de proventos com aposentadorias e pensões decorrentes de Leis Específicas, os denominados Encargos Previdenciários da União

- EPU. A partir de 1990, os recursos complementares a serem transferidos do Orçamento da União tornaram-se irregulares e de pouca expressão, tendo a criação de um Orçamento da Seguridade Social possibilitado o descompromisso da União no financiamento das políticas sociais, criando uma disputa entre os setores da seguridade por mais recursos.

3. Desafios da Seguridade Social no Brasil do Século XXI

Envelhecimento da população, saúde e cuidados de longo prazo, sanar falhas na cobertura, transição tecnológica, emprego de trabalhadores jovens, desigualdades ao longo da vida, crescentes expectativas do público, mercados de trabalho e a economia digital, novos riscos, choques e eventos extremos e, proteção de trabalhadores migrantes são os 10 desafios listados pela Associação Internacional de Seguridade Social para as Américas (EUROSTAT, 2020a, 2020b; ISSA, 2020). Diante desses problemas, foram estabelecidas 4 prioridades para a seguridade social no triênio 2020-2022: o futuro da administração e gestão da seguridade social; como atender as demandas crescentes por conta do envelhecimento da população; a cobertura da seguridade social em um mundo em transformação; o papel da seguridade social na promoção do crescimento inclusivo e da coesão social (ISSA, 2020).

Até o final de 2003, 12 países latino-americanos haviam introduzido reformas estruturais - também denominadas paramétricas ou profundamente alteradoras - de pensões, com mais de 56 milhões de trabalhadores filiados a sistemas privados de pensões, influenciando o desenho de políticas de organismos financeiros como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. No plano nacional, as reformas previdenciárias foram iniciadas em 1991, no Governo Collor, com a previsão de correção monetária

para os benefícios, seguida, em 1998 e 1999, no Governo Fernando Henrique, da consideração para o Instituto Nacional do Seguro Social do tempo de contribuição (30 anos para a mulher e 35 anos para o homem) em prejuízo do tempo de serviço do trabalhador e implantação do fator previdenciário. Já no Século XXI, no Governo Lula, as mudanças tiveram foco no funcionalismo público, com a criação, em 2003, de um teto para os servidores federais e a instituição de cobrança da contribuição para pensionistas e inativos, com alteração, ainda, do valor dos benefícios para estes. Durante o Governo Dilma, por sua vez, em 2005, foi instituída a regra de ponto, conhecida como 85/95, levando em consideração a soma da idade ao tempo de contribuição. O Governo Temer tentou aprovar uma reforma mais radical, sem êxito, sobrevindo, em 2019, no Governo Bolsonaro, a Emenda Constitucional n. 103 (BAPTISTA, 1998; MELO; ANASTASIA, 2005), última grande reforma do sistema previdenciário brasileiro, que, atualmente, investe cerca de 8,63% do seu PIB apenas para o custeio dos benefícios do regime geral (BRASIL, 2020), com um crescimento quase constante dos números de benefícios concedidos ao mesmo tempo em que sua população passa por acentuado processo de envelhecimento até a década de 2050 (IBGE, 2020). Pari passu, relatórios internacionais evidenciam a tendência mundial de aumento das idades para aposentadoria, com a majoração programada das faixas etárias aptas a adquirir este direito, fruto, em grande medida das menores taxas de natalidade e do envelhecimento acelerado da população mundial, mas, não necessariamente, do aumento da expectativa de vida dos cidadãos, inclusive no Brasil (IBGE, 2020). Com o passar das gerações e de seus perfis, identifica-se, ainda, que as novas gerações sequer possuem expectativa de obter aposentadoria (MONEY TIMES, 2020).

Considerações finais

O custo do processo de universalização da cobertura, somado a prestações generosas e condições de aquisição liberais, chegou a ser tão excessivo durante sua evolução que provocou o desequilíbrio financeiro em muitos subsistemas. A reforma da seguridade social, prenunciada por estudos técnicos nacionais e internacionais, prescrevia a unificação e uniformidade dos subsistemas, bem como a eliminação dos privilégios vultosos. Todavia, o poder dos grupos era tal que Estados latinos se viram obrigados a postergar a reforma, algumas vezes por décadas. As reviravoltas institucionais ocorridas nestes países nas décadas de 1960 e 1970 reforçou o poder estatal frente aos grupos de pressão, tendo sido estes desmobilizados e, seu poder notavelmente reduzido, em muitos casos, o que facilitou o processo de reforma da seguridade social, tendo países como o Brasil unificado praticamente todo o sistema de segurança social. Ainda assim, assegurar a aposentadoria é um desafio enfrentado por todos os países e, tradicionalmente, visto através da lente financeira. Com o recrudescimento da natalidade e o rápido envelhecimento da população cada vez menos pessoas pagam pelos sistemas nacionais, enquanto mais recebem. Muitos países - em especial os países em desenvolvimento - ainda se fiam na solidariedade familiar e na piedade filial para viabilizar cuidados aos envelhecentes, o que vem contribuindo para a edição de leis que criminalizam o abandono material dos idosos, impondo penas corporais e multas. Certamente, o Estado não pode ser um simples receptor de pressões de grupos, devendo exercer iniciativa, utilizando a seguridade social como instrumento para cooptar, neutralizar e controlar os grupos de pressão, de modo a manter a ordem social e recuperar as expectativas das gerações atuais sobre o direito à aposentadoria nos casos de riscos sociais protegidos. Ao término do trabalho, verificou-se que as novas gerações enfrentarão diversos desafios para a obtenção de uma aposentadoria, sendo a expectativa de obtenção deste benefício para as gerações atuais muito menor quando comparadas às anteirores. Disto, vislumbra-

se a possibilidade de recrudescimento na efetivação desse direito social no Século XXI, com possível comprometimento, porém, de outros setores da seguridade social, como a assistência.

Referências bibliográficas

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. (1998). Seguridade Social no Brasil. Revista Do Serviço Público, 49(3), p. 99-119. Disponível em: https://doi.org/10.21874/rsp.v49i3.373.

BRASIL. (2020). Boletim Estatístico da Previdência Social. Ministério da Economia, maio, 2020, vol. 25, n. 5. Disponível em: https://drive.google.com/drive/u/1/folders/1gAZG6c6JwEGnxvzS7owvFFCdYhsvMnTR. Acesso em: 21 set. 2020.

EUROSTAT. (2020a). Estrutura populacional e envelhecimento. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing. Acesso em: 14 set. 2020.

EUROSTAT. (2020b). Aumento da proporção da população com 65 anos ou mais entre 2009 e 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing#Slightly_more_than_three_persons_of_working_age_for_every_person_aged_65_or_over. Acesso em: 14 set. 2020.

IBGE. (2020). Painel de indicadores: população. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/indicadores. Acesso em: 13 set. 2020.

MELO, Carlos Ranulfo; ANASTASIA, Fátima. (2005). A reforma da previdência social em dois tempos. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 48, n. 2, 2005, pp. 301-332. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000200003.

MONEY TIMES. (2020). Explosão da bolha dos baby boomers vai ser ótima para os millennials. Disponível em: https://www.moneytimes.com.br/explosao-da-bolha-dos-baby-boomers-vai-

ser-otimo-para-os-millennials/. Acesso em: 12 out. 2020.

NACIONES UNIDAS. (1985). El desarrollo de la seguridad social en America Latina. Estudios e Informes de la CEPAL. Carmelo Mesa-Lago. Santiago de Chile, 1985. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/handle/11362/8315. Acesso em: 21 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. (2020). Global Employment Trends for Youth 2020: technology and the future of jobs. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_737648.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. (2019). Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho. Genebra, 21 jun. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_749807.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

Discurso do Caos como ferramenta de erosão da Democracia e a Banalização do Ódio

Chaos Speech as a tool for the erosion of Democracy and the Banalization of Hate

Leonardo Antônio Dresch[1]

Cinthia Obladen De Almendra Freitas[2]

Resumo: Vive-se uma sociedade hiper conectada na qual observa-se paradoxalmente a existência de redes sociais que possibilitam a conexão de pessoas nos mais variados contextos, mas proporcionam a redução do diálogo construtivo, o distanciamento do sujeito da coletividade e da realidade, o discurso do caos e a banalização do ódio. O artigo busca, por meio de metodologia hipotético-dedutiva e procedimento bibliográfico e descritivo, estabelecer a relação entre os pilares da construção narrativa do discurso de ódio, seus fundamentos e mecanismos de incremento e disseminação. A pesquisa levanta a presença do biopoder diluído em três diferentes esferas que se complementam para incitar no indivíduo uma reação imunológica social de supressão do diferente. Expõe-se como sua arquitetura gira em torno de profissionais capazes de direcionar e manipular os algoritmos em prol de interesses psicopolíticos, ou seja, a modulação das emoções, conhecidos como "engenheiros do caos". Busca-se por meio desta relação entre temas, demonstrar como essa arquitetura afeta a liberdade de expressão, a capacidade do sujeito enxergar a realidade de fato e a erosão do debate social, questionando, por fim, a importância da alteridade como sentimento a ser disseminado para combater o discurso que surge do ódio e suprime o diálogo inerente e necessário à democracia.

Palavras-chave: Discurso de ódio; Tecno-antropologia; Redes sociais; Liberdade de expressão.

1 Bacharel em Direito pela PUC-PR. Pós-graduando em Direitos Humanos e Questão Social pela PUC-PR. E-mail: leonardo.a.dresch@hotmail.com

2 Doutora em Informática pela PUCPR. Professora Titular da Escola de Direito da PUCPR. Professora Permanente e Coordenadora do Programa de Pos- Graduação em Direito (PPGD) da PUCPR. Membro Consultivo da Comissão de Inovação e Gestão da OAB/PR. E-mail: cinthia.freitas@pucpr.br

ISBN 978-989-53281-4-7

Abstract: We live in a hyper-connected society in which we paradoxically observe the existence of social networks that enable the connection of people in the most varied contexts, but provide the reduction of constructive dialogue, the distancing of the subject from the collectivity and reality, the discourse of chaos and the trivialization of hate. The article seeks, through hypothetical-deductive methodology and bibliographic and descriptive procedure, to establish the relationship between the pillars of the narrative construction of hate speech, its foundations and mechanisms of increase and dissemination. The research raises the presence of biopower diluted in three different spheres that complement each other to incite in the individual a social immunological reaction of suppression to what is culturally different. It exposes how its architecture revolves around professionals capable of directing and manipulating algorithms in favor of psychopolitical interests, that is, the modulation of emotions, known as "chaos engineers". Through this relationship between themes, we seek to demonstrate how this architecture affects free speech, the ability of the subject to see the reality in fact and the erosion of social debate, questioning, finally, the importance of otherness as a feeling to be disseminated to combat the discourse that arises from hatred and suppresses the dialogue inherent and necessary to democracy.

Keywords: Hate speech, Techno-anthropology; Social media; Free speech.

Introdução

O advento das redes sociais propiciou uma maior conectividade e velocidade nas discussões interpessoais, agora interdigitais, isso é fato, entretanto as plataformas vêm sendo usadas como intermediárias na disseminação de discursos carregados de vieses ideológicos.

Para entender o ódio é preciso visualizar as sequelas diretas de uma estrutura que enraíza esse sentimento e a aplicação de algoritmos, que a depender de determinadas condições, reforçam estigmas e preconceitos. Paradoxalmente, a hiperconectividade entre as pessoas vem diminuindo proporcionalmente à incapacidade

de um diálogo acontecer. A alteridade se dilui conforme as vontades do ódio, o qual consome de dentro para fora e vem se sobrepondo às noções do 'outro'.

A alteridade, ou seja, a noção do outro como prerrogativa da própria existência, é a máxima do debate do estudo realizado, visto se entender que a partir da alteridade que as relações antropológicas se constroem conjuntamente e apenas por meio, efetivamente, do diálogo que a desconstrução do enquadramento dos grupos se aplica e permite uma pluralidade necessária à democracia.

O artigo foi desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo, por meio de procedimento bibliográfico e descritivo, estabelecendo a relação entre os pilares da construção narrativa do discurso de ódio, seus fundamentos e mecanismos de incremento e disseminação. Expõe-se como sua arquitetura gira em torno de profissionais capazes de direcionar os algoritmos em prol de interesses psicopolíticos - conhecidos como "engenheiros do caos". Busca-se por meio desta relação entre temas, demonstrar como essa arquitetura afeta a liberdade de expressão, questionando, por fim, a importância da alteridade como sentimento a ser disseminado para combater o discurso que surge do ódio e suprime o diálogo inerente e necessário à liberdade de expressão.

1. ENGENHEIROS DO CAOS E A RAIVA COMO FORÇA MOTRIZ

A jornalista alemã, Carolin Emcke, aponta que o ódio é um sentimento que se desenvolve e que não surge gratuitamente. Ele é germinado e moldado conforme os interesses daquele que o sente[3]. Com a ascensão do discurso de ódio e da desinformação nas redes sociais qualquer usuário se encontra suscetível a participar de discussões com linguagens pejorativas, ofensas, ameaças, Fake News, teorias da conspiração e apologias imorais. Essa suscetibilidade gera uma crescente onda de cólera digital,

3 EMCKE, Carolin. Contra o Ódio. 1ª ed. São Paulo: Âyiné, 2020. pág. 20.

pela qual todos estão sujeitos a sentir seus efeitos. O ódio torna-se banal e inquestionável.

Tal forma de discurso vem sendo disseminado e entoado por figuras públicas por meio de seus "engenheiros do caos" que visam manipular a narrativa e incitar na coletividade respostas imunológicas. Tais respostas são características de um biopoder ligado a sentimentos primitivos e impulsivos como a raiva e o medo. Como pontua Giuliano Da Empoli:

> Os engenheiros do caos compreenderam, portanto, antes dos outros, que a raiva era uma fonte de energia colossal, e que era possível explorá-la para realizar qualquer objetivo, a partir do momento em que se decifrassem os códigos e se dominasse a tecnologia.[4]

Sendo assim, a raiva é um dos elementos da combustão, não obstante, outras ferramentas como: I) contas falsas em redes sociais e fóruns; II) Fake News; e III) bots são pivotais em garantir o impacto e atingir o maior número de pessoas/usuários[5]. A raiva gera indignação, outro sentimento eficaz em mobilizar e compactar a atenção além de carregar consigo características como a desobediência, a histeria e a rebeldia, fatores esses que reprimem qualquer possibilidade de diálogo[6]. Têm-se como exemplos, alvos desta engenharia do caos, a campanha dos candidatos democratas à presidência dos Estados Unidos, Hillary

4 DA EMPOLI, Giuliano. Engenheiros do Caos: como as Fakes News, às teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. 3ª ed. São Paulo: Vestígio, 2020. pág. 85.

5 SHAO, Chengcheng; CIAMPAGLIA, Giovanni Luca; VAROL, Onur; FLAMMINI, Alessandro; MENCZER, Filippo. The spread of fake news by social bots. Inglaterra. 24 de julho de 2017. Andy Blacks Associates. pág. 10. Disponível em: https://www.andyblackassociates.co.uk/wp-content/uploads/2015/06/fakenewsbots.pdf acesso em: 18/05/2021.

6 HAN, Byung-Chul. No Enxame: perspectivas do digital. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 2019. pág. 21 e 22.

Clinton em 2016[7] e Joe Biden em 2020[8]. Já no Brasil a campanha do então candidato Fernando Haddad em 2018[9]. Todos foram alvos de complexos algoritmos para disseminar a desinformação e influenciar o eleitorado. Dois ingredientes são fundamentais para possibilitar a mobilização e disseminação tanto de Fake News quanto do discurso de ódio:

> (...) a cólera de alguns meios populares que se fundamenta sobre causas sociais e econômicas reais; e uma máquina de comunicação superpotente, concebida em sua origem para fins comerciais, transformada em instrumento privilegiado de todos aqueles que têm por meta multiplicar o caos.[10]

O primeiro ingrediente, a cólera envolvendo causas sociais e econômicas reais, se constrói em torno de 03 (três) características predominantes nos discursos da extrema-direita algorítmica[11], a homogeneidade, a pureza e o natural. Esses elementos se baseiam na noção foucaultiana de biopoder, ou seja, uma visualização da sociedade - ou grupo - como um corpo biológico saudável que deve preservar e perpetuar sua saúde suprimindo os corpos estranhos[12].

7 MADRIGAL, Alexis C. Hillary Clinton Was the First Casualty in the New Information Wars. The Atlantic. 31 de mai. 2017. Disponível em: https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/05/hillary-clinton-information-wars/528765/ acesso em: 18/05/2021.

8 SEBENIUS, Alyza; EGKOLFOPOULOU, Misrlena. Biden Campaign Ramps Up Criticism of Facebook for Disinformation. Bloomberg. 20 de jun. 2020. Disponível em: https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-06-20/biden-campaign-ramps-up-criticism-of-facebook-for-disinformation Acesso em: 05/06/2021

9 MACEDO, Isabella. Das 123 fake news encontradas por agências de checagem, 104 beneficiaram Bolsonaro. UOL - Congresso em Foco. 26 de out. 2018. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/das-123-fake-news-encontradas-por-agencias-de-checagem-104-beneficiaram-bolsonaro/#1540506640310-535a5934-9024 acesso em: 17/05/2021.

10 DA EMPOLI, Giuliano. Engenheiros do Caos: como as fake news, às teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. 3ª ed. São Paulo: Vestígio, 2020. pág. 25.

11 Políticos como Trump (EUA), Bolsonaro (Brasil), Orban (Hungria) e Johnson (Inglaterra) construíram suas campanhas através de engenheiros do caos e o uso da manipulação informacional, caracterizando uma política algorítmica.

12 FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: wmfmartins. 2019. pág. 206.

É visto na capacidade de "fazer viver e deixar morrer"[13] na qual a prioridade é proteger o corpo original. Portanto, a homogeneidade é reflexo de uma,

> (...) biologização da linguagem política (e, com isso, também da imaginação política) promove e se entrelaça às ideias de higiene que são transferidas do contexto dos cuidados médicos com o corpo humano para a sociedade: assim, a diversidade cultural ou religiosa é vista como algo que poderia pôr em risco a saúde nacional do corpo de um povo homogêneo.[14]

O homogêneo, se transmuta, em alimentar nos alvos do discurso uma reação de deturpação na ordem social até então estável. As narrativas se sustentam, por exemplo, na crescente crise de refugiados advindos da África e do Oriente-Médio, e com isso a vinda do Islamismo ao território europeu. A campanha do candidato Viktor Orban na Hungria, em 2014, guiada pelo spin doctor[15]Arthur Finkelstein, fazia uso de memes e publicações em grupos conservadores taxando os refugiados como um risco e que essa miscigenação cultural e religiosa não seria saudável para os húngaros. As publicações instigavam os usuários a visualizarem o Islamismo como a fonte do terrorismo de forma a justificar políticas de fechamento de fronteira, segregação social e intolerância religiosa[16].

A essência deste processo é incitar a cólera da população, consequentemente o medo e o ódio, gerando uma resposta imunológica ao diferente. Cria-se uma identidade hipocondríaca, que tem medo de se infectar com outras práticas e crenças[17].

---

13 FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: wmfmartins. 2019. pág. 202.

14 EMCKE, Carolin. Contra o Ódio. 1ª ed. São Paulo: Âyiné, 2020. pág. 103.

15 Consultores políticos que se ocupam, diante de determinada situação de impasse, crise ou estagnação, em identificar a direção capaz de mudar a tendência em favor de um candidato ou campanha (DA EMPOLI, 2020. pág 18)

16 DA EMPOLI, Giuliano. Engenheiros do Caos: como as fake news, às teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. 3ª ed. São Paulo: Vestígio, 2020. pág. 136.

17 EMCKE, Carolin. Contra o Ódio. 1ª ed. São Paulo: Âyiné, 2020. pág. 103.

Para aqueles enviesados por um sentimento - induzido - de homogeneidade e biopolítica de supressão ao estranho/diferente a noção histórica de diversidade social, multiculturalismo e de crença desaparece. Em contrapartida, quando foi a última vez que existiu "(...) uma nação na qual todos são 'nativos', na qual não há imigrantes, multilinguismo, nem diversidade de costumes ou tradições, nem pluralidade religiosa (...)?"[18].

A pureza advém de uma narrativa conservadora que busca reforçar a separação entre o 'nós', associados a imagem de um povo 'imaculado', e os 'outros' associados a imagem de um povo 'sujo' e/ou 'impuro', transformando-os no inimigo que motivam a necessidade de proteger uma noção social e cultural superior. De modo que,

> (...) o outro é fabulado como um poder supostamente perigoso ou como algo supostamente inferior; e assim os maus tratos e o desejo de erradicação subsequente do outro não são reivindicados apenas como medidas desculpáveis, mas necessárias. O outro é aquele a quem alguém pode denunciar ou desprezar, ferir ou matar impunemente.[19]

A narrativa toma forma por meio do nacionalismo, por exemplo, assim como Trump enraizou a separação entre estadunidenses e mexicanos para além da barreira física e sim, para uma barreira social, anulando as interações entre povos e validando uma suposta superioridade cultural[20]. Esse discurso reforça que a pluralidade faria com que a inserção deste povo - supostamente impuro - sujaria as bases primordiais e afetaria a paz social. À pureza, portanto, objetiva acender no eleitorado - e no sujeito - um sentimento de "conservar o que concretamente deve ser conservado"[21].

18 EMCKE, Carolin. Contra o Ódio. 1ª ed. São Paulo: Âyiné, 2020. pág. 106.

19 EMCKE, Carolin. Contra o Ódio. 1ª ed. São Paulo: Âyiné, 2020. pág. 15.

20 CAPITAL. Xenofobia pauta estreia da campanha de Donald Trump na TV americana. Carta Capital. 05 de janeiro de 2016. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/mundo/trump-estreia-propaganda-na-tv-com-polemica/ acesso em: 19/05/2021.

21 ALMEIDA, Silvio Luiz de; GALLEGO, Esther Solange; O Ódio como Política: a Reinvenção das Direitas no Brasil. 3ª ed. São Paulo: BOITEMPO, 2018. pág. 30.

A última característica, o natural, aprofunda as essências conservadoras quanto a estrutura social arcaica[22], ou seja, as instituições clássicas patriarcais como: homem e mulher (binarismo de gênero), casamento monogâmico, fé única, moral e bons costumes, assim sendo, uma ideologia supostamente original.

Afinal, "antigamente, quando a sociedade era pura, quando todos supostamente compartilhavam os mesmos valores, quando as mesmas convenções prevaleciam, nesse passado imaginado tudo era mais 'verdadeiro', mais 'autêntico', mais 'concreto'."[23] O objetivo é intensificar a resposta imunológica às novas formas de relações sociais e perpetuar a necessidade de um enquadramento das pessoas que participam da sociedade[24], onde tudo aquilo que se encontra fora desse quadro possui desvios e gera um rompimento no tecido social, ou melhor, no corpo biologizado social.

Para que a narrativa - composta pelas 03 (três) características mencionadas - gere o impacto necessário, um segundo ingrediente entra em ação nesta engenharia do caos, ou seja, as redes sociais. Máquinas de comunicação superpotentes que se caracterizam pela sua capacidade de

> (...) mirar com precisão incrível em cada consumidor, seus gostos e suas aspirações (...) No início, essa máquina não foi concebida para atingir objetivos políticos, mas essencialmente comerciais. O Facebook e as outras redes sociais são plataformas publicitárias que põem à disposição das empresas instrumentos extraordinariamente avançados para chegar aos seus clientes. Mas, uma vez criada, fica claro que essa máquina pode igualmente ser utilizada para fins políticos, como realmente ocorreu nos últimos anos.[25]

22 ALMEIDA, Silvio Luiz de; GALLEGO, Esther Solange; O Ódio como Política: a Reinvenção das Direitas no Brasil. 3ª ed. São Paulo: BOITEMPO, 2018. pág. 28.

23 EMCKE, Carolin. Contra o Ódio. 1ª ed. São Paulo: Âyiné, 2020. pág. 114.

24 BUTLER, Judith. Quadros de Guerra: Quando a vida é passível de luto?, 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. pág. 117.

25 DA EMPOLI, Giuliano. Engenheiros do Caos: como as fakes news, às teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. 3ª ed. São Paulo: Vestígio, 2020. pág. 155.

Como pontua o filósofo, Byung-Chul Han:

> A comunicação digital toma não apenas forma espectral, mas também viral. Ela é contagiante na medida em que ela ocorre imediatamente em planos emocionais ou afetivos. O contágio é uma comunicação pós-hermenêutica, que não dá verdadeiramente nada a ler ou pensar. Ela não pressupõe nenhuma leitura, que se deixa acelerar apenas de maneira limitada. Uma informação ou um conteúdo, mesmo com significância muito pequena, se espalha rapidamente na internet como uma epidemia ou pandemia. Nenhuma outra mídia é capaz desse contágio viral. A mídia escrita é lenta demais para isso. (grifo próprio)[26]

As redes sociais em ambiente digital, que inicialmente surgiram como ferramentas de encontro entre pessoas sem finalidades comerciais, transmutaram-se em psicotecnologias do psicopoder[27] que agora servem para monitorar e caracterizar o perfil (profiling) de usuários. Cada clique, like, compartilhamento e comentário é registrado e analisado de forma a compreender claramente as emoções e permitir uma visão em 360º dos internautas[28]. Esse processo permite com que os discursos de ódio atuem na esfera do micro-targeting, por meio de mensagens direcionadas e personalizadas que exploram os medos individuais e íntimos de cada um, de forma a potencializar o impacto e facilitar uma reação imunológica.

No cenário brasileiro, por exemplo, conforme o relatório da Reuters, em 2020, 67% dos usuários usam as redes sociais como fontes de informação[29]. As 03 (três) principais redes usadas para esse fim são o Facebook (54%), WhatsApp (48%) e o YouTube

26 HAN, Byung-Chul. No Enxame: perspectivas do digital. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 2019. pág. 99.

27 HAN, Byung-Chul. Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. 1ª ed. Belo Horizonte. Âyiné. 2018. pág. 41.

28 HAN, Byung-Chul. Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. 1ª ed. Belo Horizonte. Âyiné. 2018. pág. 86.

29 NEWMAN, Nic; FLETCHER, Richard; SCHULZ, Anne; ANDI, Simge; KLEIS, Nielsen. Reuters Institute Digital News Report 2020. Oxford. 2020. pág. 90. Disponível em: https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2020-06/DNR_2020_FINAL.pdf acesso em: 03/06/2021

(45%) e inserida nessa realidade digital, 47% buscam notícias em veículos que compartilham da mesma opinião que o usuário, contra 48% que se informam através de fontes com posicionamentos neutros onde, por fim, apenas 5% em espaços que chocam com suas formas de pensar[30]. Esse informacionismo por meio das redes, somados com o fato de que 55% dos brasileiros acreditam que a Internet se resume ao Facebook[31], acaba reforçando o efeito das bolhas informacionais[32] que, algoritmicamente reverberam conteúdos de mesma natureza e ideologia prendendo o usuário numa realidade unilateral e dificultando a compreensão do todo social.

Com isso, as redes sociais assumem-se como palco e púlpito para a viralidade dos conteúdos, principalmente por conta do fato de que, conforme pesquisa efetuada pelo MIT, Fake News se espalham 70% mais rápido que notícias verdadeiras[33]. O segundo ingrediente é fundamental, também, pois "(...) se caracteriza pelo fato de que as informações são produzidas, enviadas e recebidas sem mediação"[34]. E mesmo que a mediação seja exigida, nem sempre a resposta por parte das plataformas é satisfatória, como foi o caso durante as eleições municipais de 2020 onde 66% dos alertas emitidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre

30 NEWMAN, Nic; FLETCHER, Richard; SCHULZ, Anne; ANDI, Simge; KLEIS, Nielsen. Reuters Institute Digital News Report 2020. Oxford. 2020. pág. 17. Disponível em: https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2020-06/DNR_2020_FINAL.pdf acesso em: 03/06/2021

31 MIRANI, Leo. Millions of Facebook users have no idea they're using the internet. QUARTZ. 06/07/2016. Disponível em: https://qz.com/333313/milliions-of-facebook-users-have-no-idea-theyre-using-the-internet/ acesso em: 03/06/2021.

32 FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; FERREIRA, Heline Sivini; CAVEDON, Ricardo. A Bolha Informacional e os Riscos dos Mecanismos de Busca na Personalização do Usuário de Internet: reflexões sobre o direito à autodeterminação informacional. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO IMED, v. 16, p. 1-26, 2020.

33 ESTADO, Agência. 'Fake news' se espalham 70% mais rápido que notícias verdadeiras, diz MIT. Correio Braziliense. 08/03/2018. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2018/03/08/interna_tecnologia,664835/fake-news-se-espalham-70-mais-rapido-que-noticias-verdadeiras.shtml acesso em: 20/05/2021

34 HAN, Byung-Chul. No Enxame: perspectivas do digital. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 2019. pág. 35.

postagens com conteúdos duvidosos foram ignorados[35]. Esse panorama coloca ainda mais em risco a estabilidade do acesso a informações de qualidade e o próprio desenvolvimento do debate democrático.

O ódio requer moldes pré-fabricados nos quais possa ser derramado. Os termos empregados para humilhar; as cadeias de associações imagens que permitem conceber e classificar; os enquadramentos da percepção usados para categorizar e fazer julgamentos-tudo isso pode ser pré-fabricado[36]. Depois de fabricados podem ser facilmente disseminados por meio das redes sociais de forma a propagar uma narrativa criada propositalmente.

Considerações finais

O objetivo do presente artigo foi refletir sobre os elementos que compõem o discurso de ódio para além do sentimento envolvido. Visualizar que não é apenas uma expressão por meio das redes sociais, mas também uma ferramenta de poder que pode alterar os fundamentos da liberdade de expressão tão necessária no cenário democrático.

A função desta modalidade de (a)discurso é suprimir o diálogo, impedir a alteridade e consequentemente a capacidade de enxergar no outro a validade da própria existência, em suma reverberar uma falsa unilateralidade. A narrativa do corpo biológico social através do homogêneo, puro e natural sedimenta no ideário coletivo uma trava para a diversidade e o diferente, entretanto essa resposta imunológica não é produzida de forma 'natural', pelo contrário, ela é induzida e modulada através de aparatos tecnológicos que direcionam o discurso de ódio (micro-targeting). Nesse processo sentimentos primitivos como o medo são usados

35 MONNERAT, Alessandra. Redes sociais ignoram 66% dos alertas do TSE. ESTADÃO. São Paulo. 27/12/2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,redes-sociais-ignoraram-66-dos-alertas-do-tse,70003563468 acesso em: 20/05/2021.

36 EMCKE, Carolin. Contra o Ódio. 1ª ed. São Paulo: Âyiné, 2020. pág. 18.

propositalmente para acionar uma supressão e motivar discursos políticos conservadores, por exemplo.

Ademais, pode-se esperar que as redes sociais desempenhem algum papel na construção da participação política no espaço público digital. Logo, as plataformas não podem mais assumir, única e exclusivamente, uma postura publicitária, mas sim, político-social se comprometendo a combater com eficiência discursos e narrativas que carreguem tais características. O ódio é uma expressão extrema de um ressentimento social, de um senso de exclusão e marginalidade de suas necessidades frente ao coletivo, sua forma de combate vem da alteridade, do diálogo e sua capacidade de absorver no outro as angústias das relações interpessoais digitais.

As sequelas de uma geração modulada no ódio já vêm sendo sentida diante da polarização do diálogo. Com isso, é necessário dar um passo para trás na forma como a sociedade vem sendo conduzida de forma a evitar um crescente sentimento de cólera, onde tal não prevaleça como essência dos diálogos e relações, onde a polarização política não suprima o diálogo de forma tão absoluta que não seja mais possível formular uma construção contínua e democrática do todo.

O ódio, num primeiro momento, parece ser a melhor ferramenta para canalizar os interesses e a gestão do poder, mas em realidade sua volatilidade o torna tão imprevisível que as sequelas desencadeadas venham a corroer os pilares primordiais de uma relação democrática saudável. As consequências do uso irrefreado deste instrumento de poder podem demorar eras para se reestruturarem de forma positiva assim como a própria noção e compreensão de sociedade/coletividade.

A fragilidade da democracia permite observar o menor sinal de risco em sua estrutura, logo, o movimento mais importante de uma sociedade democrática é, no menor movimento que atente contra seus pilares, não abster de um combate direto, não se

ausentar do conflito e reagir de forma contundente e irrigada de alteridade (ouvir) e contra narrativa (desconstruir e reconstruir) para frear o avanço de um pensamento incompreendido. Não obstante, "(...) a tarefa de defender uma sociedade aberta e plural na qual a diversidade religiosa, política e sexual possa prosperar pertence a todos nós."[37]

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de; GALLEGO, Esther Solange; O Ódio como Política: a Reinvenção das Direitas no Brasil. 3ª ed. São Paulo: BOITEMPO, 2018.

BUTLER, Judith. Quadros de Guerra: Quando a vida é passível de luto?, 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. 287 páginas.

CAPITAL. Xenofobia pauta estreia da campanha de Donald Trump na TV americana. Carta Capital. 05 de janeiro de 2016. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/mundo/trump-estreia-propaganda-na-tv-com-polemica/ acesso em: 19/05/2021.

DA EMPOLI, Giuliano. Engenheiros do Caos: como as Fake News, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições. 3ª ed. São Paulo: Vestígio, 2020. 190 páginas.

EMCKE, Carolin. Contra o Ódio. 1ª ed. São Paulo: Âyiné, 2020. 185 páginas.

ESTADO, Agência. 'Fake news' se espalham 70% mais rápido que notícias verdadeiras, diz MIT. Correio Braziliense. 08/03/2018. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2018/03/08/interna_tecnologia,664835/fake-news-se-espalham-70-mais-rapido-que-noticias-verdadeiras.shtml acesso em: 20/05/2021

FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. 2ª ed. 4ª tiragem.

37 EMCKE, Carolin. Contra o Ódio. 1ª ed. São Paulo: Âyiné, 2020. pág. 116.

São Paulo: wmfmartinsfontes. 2019. 269 páginas.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; FERREIRA, Heline Sivini; CAVEDON, Ricardo. A Bolha Informacional e os Riscos dos Mecanismos de Busca na Personalização do Usuário de Internet: reflexões sobre o direito à autodeterminação informacional. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO IMED, v. 16, p. 1-26, 2020.

HAN, Byung-Chul. No Enxame: perspectivas do digital. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 2019. 134 páginas.

HAN, Byung-Chul. Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder. 1ª ed. Belo Horizonte. Âyiné. 2018. 117 páginas.

MACEDO, Isabella. Das 123 fake news encontradas por agências de checagem, 104 beneficiaram Bolsonaro. UOL - Congresso em Foco. 26 de out. 2018. Disponível em: https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/das-123-fake-news-encontradas-por-agencias-de-checagem-104-beneficiaram-bolsonaro/#1540506640310-535a5934-9024 acesso em: 17/04/2021.

MADRIGAL, Alexis C. Hillary Clinton Was the First Casualty in the New Information Wars. The Atlantic. 31 de mai. 2017. Disponível em: https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/05/hillary-clinton-information-wars/528765/ acesso em: 18/05/2021.

MIRANI, Leo. Millions of Facebook users have no idea they're using the internet. QUARTZ. 06/07/2016. Disponível em: https://qz.com/333313/milliions-of-facebook-users-have-no-idea-theyre-using-the-internet/ acesso em: 03/06/2021.

MONNERAT, Alessandra. Redes sociais ignoram 66% dos alertas do TSE. ESTADÃO. São Paulo. 27/12/2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,redes-sociais-ignoraram-66-dos-alertas-do-tse,70003563468 acesso em: 20/05/2021.

NEWMAN, Nic; FLETCHER, Richard; SCHULZ, Anne; ANDI, Simge; KLEIS, Nielsen. Reuters Institute Digital News Report 2020. Oxford. 2020. Disponível em: https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2020-06/DNR_2020_FINAL.pdf acesso em: 03/06/2021

SEBENIUS, Alyza; EGKOLFOPOULOU, Misrlena. Biden Campaign Ramps Up Criticism of Facebook for Disinformation. Bloomberg. 20 de jun. 2020. Disponível em: https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-06-20/biden-campaign-ramps-up-criticism-of-facebook-for-disinformation Acesso em: 05/06/2021

SHAO, Chengcheng; CIAMPAGLIA, Giovanni Luca; VAROL, Onur; FLAMMINI, Alessandro; MENCZER, Filippo. The spread of fake news by social bots. Inglaterra. 24 de Julho de 2017. Andy Blacks Associates. Disponível em: https://www.andyblackassociates.co.uk/wp-content/uploads/2015/06/fakenewsbots.pdf acesso em: 18/04/2021.

Direito de morrer: Análise sob a luz dos Direitos Humanos

Right To Die: Analysis Under The Light Of Human Rights

Ketrini Guimarães Sousa[1]

Danilo Marques Borges[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. O Direito de Morrer; 3. A importância da proteção dos Direitos Humanos na hora da morte; Considerações Finais.

Resumo: Temos como objetivo investigar acerca do direito de morrer a partir de uma visão humanitária, uma vez que, o direito à morte é crucial na discussão sobre direitos humanos e o direito fundamental à vida. Desta forma, buscamos responder a seguinte pergunta: Qual é a importância dos direitos humanos no momento da morte? Como se efetiva o direito de morrer para uma morte digna? A pesquisa se pautou na terminalidade da vida por meio da dignidade da morte e da vida humana, principalmente nos casos de pessoas que enfrentam enfermidade incurável e estão em situação terminal e sobre a indisponibilidade do direito de morrer, à luz dos direitos humanos. Além disso, trazemos um debate sobre a importância na forma como o direito brasileiro e, especialmente, o direito penal, enfrentam o tema e a necessidade de humanização do momento da morte na discussão sobre os direitos humanos. Utilizamos o debate teórico, a partir da revisão de literatura sobre o tema e concluímos que, os direitos humanos devem acompanhar a evolução sobre os aspectos da morte a partir da autonomia da vontade do indivíduo e na proteção dos direitos humanos na hora da morte, sendo assuntos diretamente vinculados e primordial é a análise nos dias de hoje, considerando o estado pandêmico mundial.

1 Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharela em Direito pela Universidade de Rio Verde. Advogada e pesquisadora. E-mail: ketriniguimaraes.adv@gmail.com

2 Doutorando em Direito pela Unisinos/RS. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Professor da Universidade de Rio Verde/GO. Advogado e pesquisador. E-mail: danilomarquesborges@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Palavras-chave: Direito de Morrer; Direitos Humanos; Autonomia da vontade; Direito Penal.

Abstract: Our goal is to investigate the right to die from a humanitarian perspective, since the right to die is crucial in the discussion about human rights and the fundamental right to life. Thus, we seek to answer the following question: What is the importance of human rights at the moment of death? How does the right to die a dignified death take effect? The research was based on the terminality of life through the dignity of death and human life, especially in cases of people who face incurable disease and are terminally ill, and on the unavailability of the right to die, in the light of human rights. Moreover, we bring a debate on the importance of how Brazilian law, and especially criminal law, faces the theme and the need for humanization of the moment of death in the discussion on human rights. We use the theoretical debate, from the literature review on the subject and conclude that, human rights should follow the evolution on the aspects of death from the autonomy of the individual's will and in the protection of human rights at the time of death, being directly linked issues and primordial is the analysis today, considering the global pandemic state.

Keywords: Right to die; Human Rights; Autonomy will; Law.

1. Introdução

No Brasil, o direito de morrer não encontra disciplina própria no ordenamento jurídico. Cabe salientar que o tema em questão é de grande complexidade, pois envolve a sociedade, os costumes, as religiões e também as questões éticas. Assim, o presente trabalho possui a finalidade de estudar a respeito do tema, realizando apontamentos importantes sobre o direito à morte e sua relação com o direito penal, respondendo às seguintes perguntas: Qual é a importância dos direitos humanos no momento da morte? Como se efetiva o direito de morrer para uma morte digna?

Inicialmente, cumpre destacar que o reconhecimento do direito de morrer está intrinsecamente ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana e autonomia de vontade, bem como, por óbvio, ao direito à vida.

Não obstante, não encontramos no ordenamento jurídico pátrio uma regulamentação específica sobre o direito de morrer, necessária, portanto, a análise dos princípios que norteiam o tema, sob a luz da legislação em vigor, para que se possa entender o tema, principalmente considerando o estado pandêmico que a população mundial vive atualmente.

Nesse contexto, deve-se ainda ressalvar que a medicina evolui, podendo proporcionar diversos tratamentos eficazes para prolongar a vida através de tecnologias avançadas, ou até mesmo a cura para muitas doenças antes consideradas incuráveis. Tais prolongamentos e ou tratamentos, porém, nem sempre proporcionam qualidade de vida, na medida em que se anseia, e em muitos casos, pode-se levar a um penoso e lento processo até a morte, podendo se falar em tratamento fútil.

Cabe salientar que a vida é única. Todo ser humano nasce com a certeza de que irá morrer, no entanto, não se sabe a forma como isso irá acontecer. Justamente por essa incerteza do indivíduo, o presente trabalho irá debater sobre o direito de morrer.

Em suma, este projeto tem o intuito de pesquisar sobre o direito de morrer, qualquer que seja a sua forma, um ato realizado por compaixão e/ou piedade, causando ao indivíduo uma morte digna e sem sofrimento, e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

2. O Direito De Morrer

A vida é um direito fundamental, mas tal direito deve ser transformado em um dever? O titular do direito pode ser livre para dele dispor quando lhe aprouver? Ou deverá o Estado tutelar seu direito à vida mesmo contra sua vontade?

Na perspectiva de solucionar esses questionamentos surge a necessidade de pesquisar sobre o direito de morrer, o direito do cidadão de dispor de sua vida.

A principal forma de exercício do direito de morrer é a eutanásia, que consiste em propiciar a morte de um enfermo que esteja portando doença incurável, com dores insuportáveis, ou seja, significa provocar a morte de pessoas que sofrem de uma doença irreversível, de uma maneira menos dolorosa, com a finalidade de acabar com o seu sofrimento.

Claus Roxin (2006, p. 58) conceitua eutanásia como, "a ajuda que se presta a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou ao menos levando em conta sua vontade presumida, no sentido de proporcionar-lhe uma morte em consonância com a sua noção de dignidade humana".

Bizatto (2000) afirma que a eutanásia, de origem grega, interpreta-se como morte calma e doce, inicialmente utilizada por Frank Bacon no século XVII.

José Afonso da Silva (2008, p. 48) traz o seguinte ensinamento:

> A palavra eutanásia, derivada dos vocábulos gregos eu, que literalmente significa bem, e thanasía, equivalente à morte, e que entre nós significa boa morte, morte tranquila, sem dor nem sofrimento, foi criada no século XVII pelo filósofo inglês Francis Bacon (Bacon de Verulamio), em seu NovumOrganum [...] (SILVA, 2008, p. 48).

Por outro lado para Paulo Roberto Benasse (2002, p. 173), eutanásia é o "pretenso direito de suprimir ou minorar os sofrimentos ou penas cruciantes do paciente da moléstia incurável de prognóstico fatal, apressando-lhe a morte ou lhe proporcionando meios para consegui-lo".

Esclarece que o profissional médico deveria acalmar os sofrimentos e as dores do paciente, não somente quando este alívio possa trazer a cura, porém também quando pode servir para procurar uma morte digna, doce e tranquila (RAMOS, 2003).

A eutanásia seria então como já dito acima, uma morte suave, onde em tese não haveria sofrimento, sendo uma morte digna e uma forma bondosa do ser humano deixar de viver (LEPARGNEUR, 2009).

Francis Bacon entendia que os médicos poderiam dispor do

direito da pessoa continuar em estado sem cura, ou seja, dispor da vida do enfermo causando uma morte indolor e digna (RODRIGUES, 1993, p. 54).

Para França (2003, p. 86) a eutanásia é "uma forma de terminalidade da vida antecipada, devido à compaixão, diante de pacientes incuráveis e em estado terminal".

Neste contexto, destaca-se que a eutanásia é um sentimento de piedade que faz com que uma pessoa aceite caridosamente acabar com a vida de semelhante, em momento precoce, com o objetivo de acabar com o sofrimento.

Sendo assim, a eutanásia é uma maneira de diminuir o sofrimento das pessoas, as quais não possuem perspectiva de vida, em virtude de doenças incuráveis e estados terminais, possibilitando-lhes uma morte digna e indolor.

Embora a eutanásia seja a modalidade mais recorrente do exercício do direito de morrer, tem-se, ainda a distanásia e a ortotanásia.

Etimologicamente, ortotanásia significa morte correta, orto: certo, thanatos: morte. Significa o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo natural, feito pelo médico (BORGES, 2001).

Assim, a ortotanásia seria a morte no tempo certo, nem antes, nem depois, mas sim a morte correta. A ortotanásia nada mais é que o ato de deixar o acometido de doença ter sua morte natural, por abstenção ou omissão de cuidados necessários (VIEIRA, 1999).

A distanásia (do grego dis", mal, algo mal feito, e thánatos, morte) é o contrário da eutanásia. A distanásia também é chamada "intensificação terapêutica", ainda que seja mais correto denominá-la de "obstinação terapêutica".

Destarte, se de um lado a ortotanásia possibilita uma morte em respeito à dignidade, de outro lado a distanásia leva ao tratamento desumano.

3. A importância da proteção dos direitos humanos na hora da morte

O direito de morrer e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro devem ser analisados, primordialmente, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais (TORRES, 2005).

A dignidade da pessoa humana é princípio básico e fundamental do direito e, inclusive, orienta os demais princípios, para que o cidadão tenha seus direitos efetivados, nessa geração e nas gerações posteriores, aprimorando e desenvolvendo a espécie humana.

O autor Ingo Wolfgang Sarlet em sua obra "Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais" na Constituição Federal de 1988, aborda sobre a dignidade como meta permanente.

> Pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, certo de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito (SARLET, 2003, p. 49).

Ao tentar conceituar a dignidade da pessoa humana, é necessário conceituar o que seria uma vida digna. Vale ressaltar que resumir em um conceito o que seria uma vida digna é quase impossível, já que existem inúmeros valores culturais,

diversas maneiras de pensar religiosamente falando e diferentes posicionamentos morais (SILVA, 2008, p. 99).

Ter um conceito certo a respeito da dignidade da pessoa humana não assenta com a diversidade e pluralidade de preceitos presentes nas sociedades, pois, referido conceito vive em incessante processo de reconstrução e desenvolvimento.

Como intuitivo, a noção de dignidade humana varia no tempo e no espaço, sofrendo o impacto da história e da cultura de cada povo, bem como de circunstâncias políticas e ideológicas (BARROSO, 2010).

Vale ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana não restringe a sua confirmação na nossa Carta Magna. Este princípio simboliza um dos conceitos a priori, ou seja, existe antes de qualquer especulação sobre o que seria a pessoa humana, ou em outras palavras, referido valor não foi inserido pelo direito, pelo contrário, estabelece dado prévio, valor próprio da natureza da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um título pacífico para todas as pessoas. Este princípio tem sentido de proporcionar a aquisição de direitos e se apropriar de obrigações, logo, o referido princípio é direito de qualquer ser humano, todos merecem respeito, e possuem direitos essenciais como a vida, ao corpo e a saúde.

Ante o exposto, é indiscutível que a vida é por excelência o maior bem jurídico dos seres humanos, e viver de forma digna seria um dos principais princípios previstos em nossa Constituição Federal.

Além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também protege a vida desde a concepção. Segundo seu art. 4º, I, “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Dessa forma, não poderia ser diferente a aplicação ao direito de morrer. Isto porque, sob a ótica do ser humano ser digno

no momento de sua morte, o direito de morrer e o princípio da dignidade da pessoa humana possuem uma relação significativa e compatível, pois, todos carecem de dignidade, independentemente da situação.

Com isso, reprimir o exercício da autonomia daqueles que queiram morrer seria uma violação a tal princípio, uma vez que somente os verdadeiros acometidos de doença sabem o que passam com seus problemas. Sendo assim, a vontade deles deveria ser respeitada em grau máximo de acordo com o princípio aqui abordado, até mesmo porque estes pacientes não prejudicariam ninguém se utilizando o direito de morrer.

Com efeito, do ponto de vista subjetivo, o art. 4º da Declaração dos Direitos Homem e do Cidadão de 1789, diz que " liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica os outros e, assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como limite apenas aqueles que garantem aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos".

Assim, a temática do grande dilema em que vivemos é que tal princípio abrange o pensamento de quem é contra o direito à morte, bem como o de quem é favor ao direito de morrer de forma digna.

No entanto, o que deve ser buscado na sociedade como um todo é um equilíbrio de pensamentos, onde deve ser avaliado caso a caso a prática do direito de morrer.

Até mesmo porque, nessa linha de raciocínio, cabe a cada ser humano avaliar se suas próprias capacidades e condições de vida continuam conformes à representação que ele se faz de uma vida verdadeiramente humana. Assim, o acometido de doença é o único juiz da qualidade de sua vida e de sua dignidade. Não podendo ninguém ocupar o lugar deste paciente e decidir sobre tal questão (PESSINI, 2004).

Dessa forma, a morte frente ao princípio da dignidade da pessoa humana deveria ser compreendida como um processo

natural e final de vida, respeitando a vontade do paciente. Sendo que, na situação de colisão do direito à vida (quando se busca a preservação a qualquer custo, ante uma morte iminente e inevitável) e do direito à liberdade de escolha por uma morte digna (quando se visa ao direito a não ser submetido a tratamento, como a tortura médica), deve prevalecer o segundo direito (LOPES, 2014).

Assim, em uma colisão de direitos, deve ser analisado o limite de atuação do Estado Democrático de Direito na vida do paciente, onde este não deve ser submetido a intenso sofrimento para continuar vivendo, respeitando dessa forma a vontade do acometido de doença incurável, ou quando este, está impossibilitado de fazer, de alguém próximo indiciado pelo paciente, ou até mesmo aderir a prática do testamento vital.

Conforme já mencionado o direito de viver é um princípio que não pode ser violado, ninguém poderá ser privado arbitrariamente de sua vida, sob pena de responsabilização criminal. Esta inviolabilidade está assegurada em nossa Carta Magna, a qual o consagra como o mais fundamental dos direitos, e, ainda, pelo Código Penal, que prevê as sanções para o indivíduo que violar esse direito.

No Brasil, a eutanásia não é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, sob o fundamento de que o bem jurídico "vida" deve ser tutelada pelo Estado, no entanto, existe uma resistência à prática da ortotanásia.

Essa resistência se dá notadamente porque atualmente existem no Brasil as resoluções nº 1.805/2006 e nº 1.995/2012 e a Lei Paulista nº 10.241 que abordam acerca de tratamentos dolorosos e prática de ortotanásia.

À luz de uma sociedade garantidora dos direitos humanos, devemos repensar as concepções sobre a morte, pois como se sabe, os direitos e garantias consagrados constitucionalmente, inclusive o direito à vida, não são ilimitados, encontrando baliza nos demais direitos consagrados. No mais, a vida constitucionalmente

referida não é uma vida qualquer, seu conceito se apoia noutra definição constitucional, que é a dignidade.

Considerações Finais

Lidar com a vida ou a morte, doença ou a cura de um ser humano é um aprendizado diário. Neste trabalho, buscou-se primeiramente compreender conceitos primordiais acerca do tema. Portanto, foi realizado um estudo preliminar sobre: a eutanásia, a ortotanásia e a distanásia.

A eutanásia caracteriza-se por ser a conduta de abreviar a morte, em virtude de compaixão, ante um paciente incurável, vítima de intensa dor física ou psíquica e com a iminente certeza de morte. Já a ortotanásia é a morte no tempo certo, ou seja, é a ação de suspender o uso de medicamentos ou equipamentos que prolongam a vida de um paciente em coma irreversível. Por fim, a distanásia é a suspensão do tratamento insistente, desnecessário e prolongado de um paciente em estado terminal.

Sendo assim, se de um lado a ortotanásia possibilita uma morte em respeito à dignidade, de outro lado a distanásia leva ao tratamento desumano. Com efeito, observa-se que a distanásia jamais deveria ser admitida em nosso ordenamento. Isto porque, trata-se de tratamento fútil e degradante ao ser humano, indo totalmente contra ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Cumpre destacar que atualmente, no Brasil, o ordenamento jurídico ainda é omisso quanto ao tratamento da ortotanásia e da eutanásia. Todavia, alguns posicionamentos devem ser mudados com urgência. Isto porque, a vida não se pode transformar em dever de sofrimento.

Além disso, para proteção dos direitos humanos, entende-se que o bem maior a ser preservado é – e sempre será – a dignidade da pessoa humana. Diante disso, qualquer tentativa que viole direitos fundamentais, a respeito da dignidade do indivíduo,

deverá ser excluída de qualquer ordenamento, em razão de sua incompatibilidade com os princípios da Declaração dos Direitos Humanos, também salvaguardados na Constituição Federal de 1988.

Impende salientar que não se trata aqui de banalizar a prática da eutanásia, mas sim em casos de doenças degenerativas, pacientes sem perspectivas de vida terem a liberdade de morrer com dignidade. Portanto, é necessário analisar a eutanásia como forma de justiça, uma vez que ela representaria os princípios de dignidade, personalidade, pessoalidade e autonomia da pessoa humana, não devendo ser este um direito indisponível.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BENASSE, Paulo Roberto. Dicionário jurídico de bolso: terminologia jurídica e termos de expressões latinas de uso forense com brocardos jurídicos. Campinas: Bookseller, 2002.

BIZATTO, José Ildefonso. Eutanásia e responsabilidade médica. Leme – SP: Editora de Direito, 2000. (P. 13).

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 281-288.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988/organização de textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira – 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FRANÇA, Genival Veloso de. Eutanásia: um enfoque ético-político. Caderno Jurídico. São Paulo: 2003.

LEPARGNEUR, Hubert. Bioética da Eutanásia – Argumentos Éticos em torno da Eutanásia. Disponível em: <http://www.portalmedico.org/revista/bio1v7/bioeutanasia.htm>. Acesso em: 01/09/2019.

LOPES, Antonio Carlos. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Atheneu, 2014.

PESSINI, Léo. Eutanásia, porque abreviar a vida? São Paulo: São Camilo, 2004.

RAMOS, Augusto César. Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte. Florianópolis: OAB/SC, Editora, 2003.

RODRIGUES, Paulo Daher. Eutanásia. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Trad. De Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed – Livraria do advogado. Porto Alegre, 2012.

_____. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentabilidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32. ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários. 2005, p. 41.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e direito. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

Violência Contra Mulheres Idosas em Portugal

Violence Against Elderly Women In Portugal

Ana Sofia de Magalhães e Carvalho[1]

Isabel Restier Poças[2]

Sumário: 1. Introdução 2. A violência e os principais crimes praticados contra mulheres idosas em Portugal 3. Considerações finais 4. Referências bibliográficas

Resumo: É a dignidade da pessoa humana que fundamenta a existência de direitos fundamentais. A violência contra as pessoas idosas é uma grave violação dos direitos humanos de tal forma que a Organização Mundial de Saúde (OMS) determinou que existem cinco formas que aquela pode revestir – a violência física, a violência psicológica/emocional, a violência financeira/material, a violência sexual e a negligência. Existem diversas iniciativas, campanhas e documentos diretrizes de ação que irão ser referidos neste trabalho e que apontam para um movimento global de proteção do idoso e, em particular da mulher idosa. Igualmente a violência e os principais crimes praticados contra mulheres idosas em Portugal irão ser abordados na senda dos tipos de violência identificados pela OMS, procurando analisar a lei e os estudos que se vão efetuando sobre estimativas de prevalência dos mesmos. De notar, contudo, que a efetividade das normas protetoras dos direitos dos idosos e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana é um processo, pois a simples elaboração dos textos legais, mesmo que contemplem todos os direitos, não é suficiente para que o ideal que as inspirou se introduza de facto nas estruturas sociais. Trata-se de uma luta diária de conquista efetiva desses direitos, a qual passa não apenas pelos poderes constituídos,

1 Licenciada em Direito pela Universidade do Porto. Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Universidade do Minho. Doutoranda em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa. Juíza do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto. anascarvalho@gmail.com

2 Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa-Centro Regional do Porto. Pós-graduada em Direito do Património Cultural pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Contencioso Administrativo e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. isabelrestierpocas@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

mas também por cada um de nós.

Palavras-chave: Violência; mulheres idosas; Portugal.

Abstract: It is the dignity of the human person that underpins the existence of fundamental rights. Violence against older people is such a serious violation of human rights that the World Health Organisation (WHO) has determined that there are five forms it can assume - physical violence, psychological/emotional violence, financial/material violence, sexual violence and neglect. There are several initiatives, campaigns and action guidelines that will be referred to in this work and that point to a global movement to protect the elderly and, in particular, elderly women. Likewise, violence and the main crimes committed against elderly women in Portugal will be addressed along the lines of the types of violence identified by the WHO, seeking to analyse the law and the studies that are being carried out on estimates of their prevalence. It should be noted, however, that the effectiveness of the norms protecting the rights of the elderly and the principle of the dignity of the human person is a process, as the simple drafting of legal texts, even if they include all rights, is not enough for the ideal which inspired them to actually introduce themselves into social structures. It is a daily struggle for the effective conquest of these rights, which involves not only the constituted powers, but also each one of us.

Key-words: Violence; elderly women; Portugal.

Introdução

A violência contra as pessoas idosas é uma grave violação dos direitos humanos[3], sendo tal violência definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como: "um ato único ou repetido, ou a falta de uma ação apropriada, que ocorre no âmbito de qualquer relacionamento onde haja uma expetativa de confiança, que cause

3 Neste sentido, WHO - Active ageing. A policy framework [Em linha]. WHO, 2002. [consult. 26 de abril 2020]. Disponível na Internet: <URL:http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_NMH_NPH_02.8.pdf> e GRACIA IBAÑEZ, Jorge - El maltrato familiar hacia las personas mayores – un análisis sociojurídico, Zaragoça. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-15538-20-2, p. 72.

mal ou aflição a uma pessoa mais velha"[4].

De acordo com esta organização[5] são cinco as principais formas de violência contra pessoas idosas:

- A violência física caraterizada como o conjunto de ações levadas a cabo com intenção de causar dor física ou ferimentos ao idoso, da qual são exemplos bater, esbofetear, empurrar, atirar um objeto, alimentação forçada, etc.;

- A violência psicológica/emocional descreve todas as ações que inflijam angústia, de que são exemplos as agressões verbais, as ameaças, a humilhação, etc.;

- A violência financeira/material que se caracteriza pelo uso ilegal ou inapropriado de bens ou recursos da pessoa idosa, de que são exemplo o roubo de cheques ou dinheiro, a coação para transmissão de bens do idoso, etc.;

- A violência sexual que se traduz em qualquer forma de contacto não consensual com o idoso, tais como a intimidade não consentida, a violação, a conversa sugestiva, etc.;

- A negligência que compreende a recusa, omissão ou ineficácia na prestação de cuidados necessários à pessoa idosa, incluindo por exemplo, a recusa/omissão de alimentação adequada, cuidados de higiene e de saúde e a falta de estimulação social, etc.

Em 15 de junho de 2015, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (doravante PNUD) alertou para os riscos enfrentados por mulheres de mais idade, particularmente vulneráveis à violência de género. A administradora do PNUD da Organização das Nações Unidas à época, Helen Clark[6], lançou o desafio Leave no

4 WHO - Missing Voices. Views of Older Persons on Elder Abuse [Em linha]. WHO. 2002. [consult. 26 de abril de 2021]. Disponível na Internet: <URL:https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/67371/WHO_NMH_VIP_02.1.pdf?sequence=1&isAllowed=y,>, p. 3.

5 PEREL-LEVIN, Silvia - Discussing Screening for Elder Abuse at Primary Health Care Level [Em linha]. WHO, 2008. [Consult. 12 de maio de 2021]. Disponível na Internet: <URL:https://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789241594530_eng.pdf>, p.6

6 CLARK, Helen - Leave no one behind [Em linha]. UN, 2016. [Consult. 12 maio 2021]. Disponível na Internet: <URL:https://www.md.undp.org/content/moldova/en/home/presscenter/speeches/2016/06/15/helen-clark-statement-for-world-elder-abuse-awareness-day-on-june-15.html>.

one behind no sentido de a comunidade internacional reconhecer e abordar as múltiplas formas de violência que afetam as mulheres idosas.

No Documento de Posição de Portugal sobre a Agenda pós 2015[7], no âmbito da discussão da nova agenda que substituiria os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio após 2015, Portugal assumiu que «A violência sobre as mulheres, raparigas e meninas radica numa desigualdade estrutural e persistente, instalada mesmo nos países desenvolvidos que sobrevive à custa de um ambiente cultural permissivo e tolerante perante a dominação das mulheres. Embora constituindo uma violação clara dos Direitos Humanos, que atinge tanto os países desenvolvidos como em desenvolvimento, de forma transversal e generalizada, esta dimensão não foi incluída nos ODM, sendo frequentemente designado como "o objetivo ausente". Para além dos compromissos em matéria de igualdade de género e empoderamento das mulheres que serão um passo importante neste sentido, a agenda pós 2015 deverá, assim, contemplar, de forma expressa e autónoma o propósito de prevenir e combater todas as formas de violência sobre as mulheres, meninas e raparigas, (…)».

O Secretário-Geral das Nações Unidas, António Guterres[8], em novembro de 2018, afirmou que a violência de género é uma pandemia global e referiu que o mundo só se vai orgulhar de ser justo e igualitário quando as mulheres puderem viver livres do medo e da insegurança quotidiana. Recordou que violações motivadas por questões de género podem assumir diferentes faces: violência doméstica, tráfico de pessoas, violência sexual em situações de conflito, casamento infantil, mutilação genital e feminicídio. E ressaltou ainda que "[a] violência contra as mulheres está ligada a

7 CAMÕES, INSTITUTO DE COOPERAÇÃO E DA LÍNGUA, PORTUGAL - Documento de Posição de Portugal sobre a Agenda pós 2015 [Em linha], MNE. 2014. [Consult. 12 maio 2021]. Disponível na Internet <URL: https://www.instituto-camoes.pt/images/agendaPos2015/posicao_pos2015_fin.pdf>.

8 ONU – HearMeToo [Em linha], UN, 2018. [Consult. 10 maio 2021]. Disponível na Internet: <URL:https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencia-contra-as-mulheres-e-pandemia-global-diz-secretario-geral-da-onu-antonio-guterres/>.

questões mais amplas de poder e controle nas nossas sociedades. Vivemos num mundo dominado pelos homens. As mulheres se tornam vulneráveis à violência por meio das múltiplas maneiras pelas quais nós as mantemos em (condições de) desigualdade".

Também presente no encontro em Nova Iorque, a presidente da Assembleia Geral das Nações Unidas, Maria Fernanda Espinosa[9], alertou que 35% das mulheres em todo o mundo já sofreram algum tipo de violência física ou sexual. Em 38% dos homicídios de mulheres, o assassino é um parceiro íntimo da vítima.

Na avaliação de Phumzile Mlambo-Ngcuka[10], é necessário garantir que a violência baseada em género seja inaceitável para todos nós, quer ela afete mulheres ou homens.

Constituem estas iniciativas, campanhas e documentos diretrizes de ação para um movimento global de proteção do idoso e, em particular, da mulher idosa.

2. A violência e os principais crimes praticados contra mulheres idosas em Portugal

Podemos associar aos tipos de violência identificados pela OMS vários crimes tipificados no Código Penal (CP). Na senda de Simas Santos e Leal Henriques, por crime entendemos "a ação ou conduta material (nullum crimen sine actione), que preencha um tipo descrito na lei (nullum crimen sine lege), que tenha sido praticado culposamente (nullum crimen sine culpa) e que seja lesivo de algum interesse juridicamente protegido (nullum crimen sine injuria)" [11]. Aqui faremos a principal (mas não exaustiva) associação.

Em termos de violência física, podemos considerar o homicídio (artigo 131.º do CP), o homicídio qualificado (artigo 132.º do CP), o homicídio privilegiado (artigo 133.º do CP), o homicídio a pedido

9 Ibidem.
10 Ibidem.
11 SANTOS, M. SIMAS e HENRIQUES, M. Leal - Noções Elementares de Direito Penal. 3ª edição revista e atualizada. Lisboa: Editora Rei dos Livros. 2009. ISBN 978-972-51-1152-9, p. 55.

da vítima (artigo 134.º do CP), o incitamento ou ajuda ao suicídio (artigo 135.º do CP), a exposição ou abandono (artigo 138.º do CP), a ofensa à integridade física simples (artigo 143.º do CP) e grave (artigo 144.º do CP), a violência doméstica (artigo 152.º do CP), maus-tratos (artigo 152.º-A do CP).

Em Portugal, adquire especial relevância a violência doméstica praticada contra mulheres idosas, "realidade já reconhecida socialmente, mas ainda pouco conhecida. Parecendo paradoxal, esta afirmação é válida na experiência das organizações que têm vindo a denunciar a situação de fragilidade destas vítimas e a apoiá-las directamente"[12], como é o caso da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV). Deve aqui referenciar-se pela conexão e importância nesta matéria, o Manual TÍTONO – Para o Atendimento de Pessoas Idosas Vítimas de Crime e de Violência[13], que é uma peça fundamental para os profissionais como médicos, enfermeiros, agentes policiais, assistentes sociais, entre outros, que se vêem confrontados diariamente e têm necessidade de conhecimentos específicos sobre vitimação de pessoas idosas e também de linhas de orientação para desenvolverem a sua prática neste domínio com qualidade.

Segundo Faria[14] o crime de violência doméstica "é um crime de execução não vinculada que integra condutas muito variadas, adequadas a afectar a saúde física ou psíquica da vítima, não se exigindo, em princípio, a reiteração das agressões."

De notar que "os filhos que não coabitem com os pais escapam ao teor literal da incriminação, não podendo cometer violência doméstica sobre eles. Sobra, por isso, a possibilidade de aplicação do crime de maus-tratos do art. 152º-A, o que obriga a qualificar os filhos como cuidadores, o que não só não se

12 APAV- Manual Títono para o atendimento de pessoas idosas vítimas de crime. APAV. 2010. [Consult. 20 maio 2021]. Disponível na Internet: <URL: https://www.apav.pt/pdf/Titono_PT.pdf>, p. 55.

13 Ibidem.

14 FARIA, Maria Paula Ribeiro de - Os crimes praticados contra idosos, 3.ª edição, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa. 2019. ISBN: 9789898835673, p. 50.

adequa à sua qualidade de filhos e à natureza do vínculo familiar existente, como ainda se torna particularmente duvidoso onde é de uma omissão de cuidados da sua parte que se trata, caso em que só formalmente manterão a qualidade de cuidadores enquanto titulares de deveres de garante e de cuidado em relação à vítima de que realmente não cuidam" [15]..

A diferença entre o enquadramento jurídico em violência doméstica ou em maus-tratos tem a ver com o facto de as condutas no primeiro tipo serem levadas a cabo por familiares ou pessoas que coabitem com a pessoa de idade e no segundo tipo serem levadas a cabo por quem tem o idoso ao seu cuidado ou à sua guarda.

Concordamos com Faria[16] quando afirma que não estamos perante ausência ou escassez de tutela normativa penal, sendo que o legislador penal por diversas vezes se refere à especial vulnerabilidade em razão da idade (fator de agravação), mas sim perante a necessidade de reforçar a consciência jurídica das pessoas relativamente a estes crimes, estabelecendo a relação entre a violência quotidiana e a sua relevância penal. Com efeito, em Portugal não existem crimes exclusivamente pensados para proteção dos cidadãos idosos, mas deve ter-se em consideração que a maior parte dos grandes crimes estão sujeitos a penas agravadas quando se cometem contra pessoas idosas (cf. expressão "pessoa particularmente indefesa em razão da idade" utilizada no Código Penal)[17], o que traduz desde logo a particular

15 Como sabemos, a violência contra idosos também pode ter lugar em lares e instituições de assistência, envolvendo por exemplo "a imposição de limitações físicas às pessoas de idade, que são atadas à cama, a mesas ou a cadeiras, para evitar que se desloquem, ou o seu isolamento forçado em espaços fechados como forma de controlo, senão mesmo de castigo". Nesses casos também poderá haver lugar à aplicação do artigo 152º-A do CP. – in Ibidem, pp. 52-53 e 56.

16 Ibidem, p. 89.

17 Veja-se neste sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/02/2015, in processo n.º 591/12.3GBTMR.E1.S1, disponível em www.dgsi.pt, onde se aplica o crime de roubo qualificado por motivos de vítima particularmente indefesa em razão da sua idade avançada (79 anos) e deficiência (afetado de AVC, com dificuldades de locomoção).

proteção das pessoas idosas.

Relativamente à violência psicológica, importa ter em conta a ameaça (artigo 153.º do CP), a coação (artigo 154.º do CP), a difamação (artigo 180.º do CP) e a injúria (artigo 181.º do CP). De notar que também nos crimes de violência doméstica e maus-tratos já referidos também pode estar a ser cometida violência psicológica, sendo aliás o tipo de violência mais reportada por idosos. Com efeito, frequentemente os diferentes tipos de violência sobrepõem-se, sendo pouco comum encontrar apenas um tipo de violência isolado, sendo mais frequente a presença simultânea de várias formas.

Quanto à violência financeira, podemos referir o furto (artigo 203.º do CP), o abuso de confiança (artigo 205.º do CP), o roubo (artigo 210.º do CP), a burla (artigo 217.º do CP), a burla qualificada (artigo 218.º do CP), a extorsão (artigo 223.º do CP), o abuso de cartão de garantia ou crédito (artigo 225.º do CP) e a violação da obrigação de alimentos (artigo 250.º do CP).

No que toca à violência sexual podemos referir a coação sexual (artigo 163.º do CP), a violação (artigo 164.º do CP), o abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (artigo 165.º do CP), o abuso sexual de pessoa internada (artigo 166.º do CP).

À negligência podemos associar o homicídio por negligência (artigo 137.º do CP) e a ofensa à integridade física por negligência (artigo 148.º do CP).

A negligência aparece como uma categoria essencial na violência contra idosos em contextos de cuidado, sendo controversa no que diz respeito ao seu conteúdo e alcance. Importa distinguir entre negligência ativa e passiva. Partindo da tipologia de Wolf & Pillemer[18], será ativa no caso de existir uma recusa de prestação de atenção ao idoso por parte da pessoa cuidadora ainda que consciente das suas obrigações e passiva nos casos em que o idoso não é tido em conta, é confinado ao último canto da casa sem

18 WOLF, S.R. e PILLEMER, K.A. - Helping Elderly Victims. The Reality of Elder Abuse. USA: Columbia University Press, 1989.

ser chamado para as refeições, para asseio pessoal, ou relacionar-se com os outros, etc..

Em termos globais, a investigação sobre maus-tratos a idosos no seio familiar até agora tem sido escassa, irregular e apresenta alguns problemas metodológicos. Os estudos que procuraram estabelecer a prevalência e caracterizar a violência contra pessoas idosas em Portugal têm sido desenvolvidos em municípios ou conduzidos no decorrer de percursos académicos ao nível de mestrados ou pós-graduações. Contudo, o estudo mais importante e abrangente é o desenvolvido no âmbito do projeto Envelhecimento e violência[19]. Este projeto inclui dois estudos: um estudo populacional sobre violência que compreendeu uma amostra de 1123 pessoas com 60 anos e mais, residentes em domicílios particulares em Portugal; um estudo às vítimas de violência que compreendeu uma amostra de 510 vítimas de violência em domicílios particulares em Portugal, sinalizadas por uma série de entidades-parceiras. Dos resultados do estudo populacional estimou-se que 12,3% da população de 60 ou mais anos foi vítima de, pelo menos, uma conduta de violência, sendo 0,4 % dos casos relacionados com a negligência, sendo um dos tipos de violência menos frequentes comparados com outros (financeira e psicológica 6,33%; física, 2,3%). O estudo constatou que o risco de ser vítima de violência nas pessoas que precisam de ajuda nas atividades da vida diária (AVD) foi o dobro do apresentado pelas pessoas independentes. Estimou-se que cerca de 64% das vítimas de crime e violência não falou, nem contatou ou apresentou queixa sobre a situação vivida. No estudo às vítimas, a negligência, entre os cinco tipos de violência avaliados, foi reportada em 6,5% dos casos e continua a ser o tipo de violência menos frequente (em comparação a 89,2% de vítimas que reportaram violência física, 69,6% psicológica, 47,5% financeira e 7,5% sexual). Cerca de um quarto das vítimas (23%) tinha dificuldade na realização de pelo menos uma das atividades da vida diária e 76,3 % referiu pelo

19 GIL, A. P. et al. - Envelhecimento e violência. Lisboa: Instituto Nacional Ricardo Jorge, 2014. ISBN: 978-972-8643-87-4, p. 14.

menos ter uma doença crónica. A categoria de agressores mais frequente em caso de negligência foi a dos cônjuges/companheiros (39,4%), seguida da dos filhos/enteados (27,3%) e das filhas/enteadas (21,3%).

A operacionalização dos diferentes tipos de violência torna-se complexa pela forma como os crimes estão tipificados em cada país e as especificidades culturais moldam também as condutas violentas, devendo ser enquadradas no sistema normativo e jurídico-legal de cada país[20] .

Conclusões

É a dignidade da pessoa humana que fundamenta a existência de direitos fundamentais. Devemos entender a violência contra as pessoas idosas como uma grave violação dos direitos humanos, violência essa que deriva do desprezo pelo direito fundamental à dignidade do idoso.

Segundo estudos efetuados sobre estimativas de prevalência dos diferentes tipos de violência[21], a forma de violência psicológica é a mais reportada por pessoas idosas em geral e também em Portugal, sendo a segunda mais reportada a violência financeira. A negligência apresenta maior diversidade de frequências, dada a dificuldade associada à operacionalização do conceito. A violência física e a violência sexual são os tipos de violência menos frequentemente observados nos estudos de prevalência. Em termos de caracterização de vítima e agressor[22]: as mulheres surgem consistentemente como sendo mais vulneráveis às várias formas de violência familiar, ocorrendo esta maioritariamente no seio da família e sendo os agressores sobretudo os familiares:

20 Ibidem.

21 SANTOS, Ana João et. al. - PREVALÊNCIA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS PESSOAS IDOSAS Uma revisão crítica da Literatura, Sociologia, problemas e práticas [Em linha]. N.º 72, 2013, p.66. [Consult. 23 maio 2021]. Disponível na Internet: <URL: https://revistas.rcaap.pt/sociologiapp/article/view/2618/2239>. ISSN: 0873-6529

22 Ibidem, p. 69.

parceiros(as)/cônjuges/companheiros e filhos.

As populações a nível mundial estão a envelhecer, logo é preciso preparar a sociedade para a velhice, tratando-a como um direito fundamental e impondo medidas positivas para a sua efetivação quando tal for necessário. Entre elas, temos o assinalar de dias para chamar a atenção de problemas que afetam a sociedade global, tendo como premissa que são sentidos por todos os países de forma mais ou menos intensa. Também a proliferação de instrumentos jurídicos internacionais e de campanhas que sinalizam situações de violência doméstica são deveras importantes para o combate deste problema. Nestas passou-se a ter também como premissa as mulheres idosas, que até recentemente não eram consideradas, apesar do seu número estar a aumentar.

De notar, contudo, que a efetividade das normas protetoras dos direitos dos idosos e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana é um processo, pois a simples elaboração dos textos legais, mesmo que contemplem todos os direitos, não é suficiente para que o ideal que as inspirou se introduza de facto nas estruturas sociais. Trata-se de uma luta diária de conquista efetiva desses direitos, a qual passa não apenas pelos poderes constituídos, mas também por cada um de nós. Em todo o caso, a existência de normas específicas para uma camada de cidadãos, chama a atenção para os seus problemas e direitos específicos e consciencializa a sociedade para a questão[23] . Na verdade, não é apenas a sociedade que molda o Direito, também o Direito molda a Sociedade.

Referências bibliográficas

APAV - Manual Títono para o atendimento de pessoas idosas

23 UVO, R. T e ZANATTA, M. de L. A. L.- O Ministério Público na defesa dos direitos do idoso, A Terceira Idade [Em Linha], V. 16, N.º 33, 2005. [Consult. 13 maio 2021]. Disponível na Internet: <URL: https://www.sescsp.org.br/online/artigo/8537_O+MINISTERIO+PUBLICO+NA+DEFESA+DOS+DIREITOS+DO+IDOSO>.ISNN 1676-0336

vítimas de crime. APAV. 2010. [Consult. 20 maio 2021]. Disponível na Internet: <URL: https://www.apav.pt/pdf/Titono_PT.pdf>.

CAMÕES, INSTITUTO DE COOPERAÇÃO E DA LÍNGUA, PORTUGAL - Documento de Posição de Portugal sobre a Agenda pós 2015 [Em linha], MNE. 2014. [Consult. 12 maio 2021]. Disponível na Internet <URL: https://www.instituto-camoes.pt/images/agendaPos2015/posicao_pos2015_fin.pdf>.

CLARK, CLARK, Helen - Leave no one behind [Em linha]. UN, 2016. [Consult. 12 maio 2021]. Disponível na Internet: <URL:https://www.md.undp.org/content/moldova/en/home/presscenter/speeches/2016/06/15/helen-clark-statement-for-world-elder-abuse-awareness-day-on-june-15.html>.

FARIA, Maria Paula Ribeiro de - Os crimes praticados contra idosos, 3.ª edição, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa. 2019. ISBN: 9789898835673.

GIL, A. P. et al. - Envelhecimento e violência. Lisboa: Instituto Nacional Ricardo Jorge, 2014. ISBN: 978-972-8643-87-4.

GRACIA IBAÑEZ, Jorge - El maltrato familiar hacia las personas mayores – un análisis sociojurídico, Zaragoça. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012. ISBN: 978-84-15538-20-2.

ONU – HearMeToo [Em linha], UN, 2018. [Consult. 10 maio 2021]. Disponível na Internet: <URL:https://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencia-contra-as-mulheres-e-pandemia-global-diz-secretario-geral-da-onu-antonio-guterres/>.

PEREL-LEVIN, Silvia - Discussing Screening for Elder Abuse at Primary Health Care Level [Em linha]. WHO, 2008. [Consult. 12 de maio de 2021]. Disponível na Internet: <URL:https://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789241594530_eng.pdf>.

SANTOS, Ana João et. al. - PREVALÊNCIA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS PESSOAS IDOSAS Uma revisão crítica da Literatura, Sociologia, problemas e práticas [Em linha]. N.º 72, 2013, p.66. [Consult. 23 maio 2021]. Disponível na Internet: <URL: https://revistas.rcaap.pt/sociologiapp/article/view/2618/2239>. ISSN: 0873-6529

SANTOS, SANTOS, M. SIMAS e HENRIQUES, M. Leal - Noções Elementares de Direito Penal. 3ª edição revista e atualizada. Lisboa: Editora Rei dos Livros. 2009. ISBN 978-972-51-1152-9.

WHO - Active ageing. A policy framework [Em linha]. WHO, 2002. [consult. 26 de abril 2020]. Disponível na Internet: <URL:http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_NMH_NPH_02.8.pdf>.

WHO - Missing Voices. Views of Older Persons on Elder Abuse [Em linha]. WHO. 2002. [consult. 26 de abril de 2021]. Disponível na Internet: <URL:https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/67371/WHO_NMH_VIP_02.1.pdf?sequence=1&isAllowed=y,>.

WOLF, S.R. e PILLEMER, K.A. - Helping Elderly Victims. The Reality of Elder Abuse. USA: Columbia University Press, 1989.

UVO, R. T e ZANATTA, M. de L. A. L.- O Ministério Público na defesa dos direitos do idoso, A Terceira Idade [Em Linha], V. 16, N.º 33, 2005. [Consult. 13 maio 2021]. Disponível na Internet: <URL: https://www.sescsp.org.br/online/artigo/8537_

El derecho a la nacionalidad bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Right to nationality under the jurisprudence of the Inter-american Court of Human Rights

Daniel Urias Pereira Feitoza[1]

Tatiana Cardoso Squeff[2]

Sumario: Introduccíon; 1. Los casos de violación del derecho a la nacionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 1.1 Castillo Petruzzi y otros vs Peru (1999); 1.2 Ivcher Bronstein vs. Peru (2001); 2. El caso de las niñas Yean y Bosico: ¿un caso principal?; 2.1 Elementos de conexión; 3. Conclusión; 4. Referencias.

Resumen: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con un marco legal relevante e innovador para la protección internacional del derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia. Este trabajo tiene como objetivo analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violación del artículo 20, que ampara el derecho a la nacionalidad, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, la hipótesis de este estudio es que el caso Yean y Bosico versus República Dominicana es el primer caso de violación del derecho a la nacionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH). Por ello, el estudio tiene como objetivo verificar los estándares interamericanos para la protección del derecho a la nacionalidad. La hipótesis del trabajo es positiva considerando que fue

1 Estudiante de la Facultad de Derecho Prof. Jacy de Assis de la Universidad Federal de Uberlândia (UFU). Investigador del Grupo de Estudios e Investigación en Derecho Internacional (GEPDI-UFU) y del Laboratorio de Derechos Humanos (LabDH-UFU). Es coordinador de proyectos de la Clínica de Lucha contra el Trabajo Esclavo (CETE-UFU). Fue monitor y extensionista en la Asesoría Legal para Migrantes (AJESIR-UFU). Contacto: danielurias31@gmail.com. Lattes: ORCID no. 0000-0003-1841-145X.

2 Profesora titular del Programa de Posgrado en Derecho de la UFU, donde también és profesora adjunta de Derecho Internacional. Doctora en Derecho Internacional por la UFRGS, con titulación sandwich junto a la Universidad de Ottawa (Canadá). Máster en Derecho Público por UNISINOS, con beca CAPES y periodo de estudios en la Universidad de Toronto (Canadá), con financiación DFAIT/ELAP. ORCID no. 0000-0001- 9912-9047. E-mail: tatiana.squeff@ufu.br

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

posible analizar los casos de Castillo Petruzzi et al. Versus Perú e Ivscher Bronstein versus Perú y verificar que estos casos, aunque no citados en la sentencia contra República Dominicana, tienen elementos de conexión entre ellos como la Opinión Consultiva 4/84 de 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el entendimiento de que la soberanía de los Estados está sujeta a la evolución del Derecho Internacional en materia de nacionalidad.

Palabras Clave: Apatridia. Corte Interamericana. Jurisprudencia. Nacionalidad.

Abstract: The Inter-American Human Rights System has a relevant and innovative legal framework for the international protection of the right to a nationality and the prevention of statelessness. This work aims to analyze the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in cases of violation of Article 20, which protects the right to nationality, of the American Convention on Human Rights. Furthermore, the hypothesis of this study is that the Yean y Bosico case versus the Dominican Republic is the first case on violation of the right to nationality in the Inter-American Court of Human Rights (CtIDH). For this reason, the study aims to verify the inter-American standards for the protection of the right to nationality. The hypothesis of this work is positive considering that it was possible to analyze the cases of Castillo Petruzzi et al. Versus Peru and Ivscher Bronstein versus Peru and verify that these cases, although not cited in the judgment against the Dominican Republic, have elements of connection between them, such as Advisory Opinion 4/84 of January 19, 1984 of the Inter-American Court of Human Rights and the understanding that the sovereignty of States is subject to the evolution of International Law in matters of nationality.

Keywords: Statelessness. Inter-American Court. Jurisprudence. Nationality

Introducción

La nacionalidad es el principal elemento de conexión entre un individuo y el Estado. A parte de un vínculo legal, este instituto crea el sentimiento de pertenencia al territorio, la cultura y las costumbres de un pueblo en particular. De esta forma, el derecho a la nacionalidad se configura como la puerta de entrada a otros

derechos como el derecho al nombre, la personalidad jurídica y la protección diplomática del Estado al que se vincula mediante el otorgamiento de la nacionalidad. En este sentido, se entiende que el Derecho Internacional Público ha dado a los Estados la facultad de definir las formas y requisitos para la atribución del derecho a la nacionalidad, sin embargo, de acuerdo con la construcción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), existe la noción que la privación arbitraria de la nacionalidad implica una grave violación de los derechos humanos ya que este es un derecho con característica de jus cogens.

Por lo tanto, es importante resaltar que, como los tratados internacionales de derechos humanos presentan parámetros pro persona para la atribución del derecho a la nacionalidad, en la medida en que la discrecionalidad del Estado westfaliano para establecer los criterios de concesión de dicho derecho se vio limitada con el desarrollo de los tratados de derechos humanos y el entendimiento jurisprudencial de los tribunales internacionales de derechos humanos sobre nacionalidad.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), trae contribuciones notables sobre el tema considerando que el derecho a la nacionalidad está previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 20, para que si el Estado violara ese derecho, pudiera someterse a la jurisdicción de la Corte como ocurrió en el caso de Yean y Bosico v. República Dominicana en 2005. Este caso trató de la privación arbitraria de este derecho que condicionó a las víctimas a la situación de apatridia. Se entiende que este caso es el primero y principal juzgado por la CtIDH en materia de apatridia y violación del derecho a la nacionalidad.

Por eso, el presente texto tiene como esencia analizar la jurisprudencia de este tribunal en la materia de anacionalidad con el objetivo de verificar si el dicho caso es, efectivamente, el primero relacionado con apatridia y la violación de privación arbitraria de la

nacionalidad. Por lo tanto, es importante destacar que el método de aproximación adoptado para el desarrollo de esta investigación es el método hipotético-deductivo. Acerca del método de análisis, se utilizan los modelos descriptivos y explicativos. Finalmente, en cuanto al procedimiento, se utiliza la técnica de revisión documental y bibliográfica de textos – todos seleccionados cualitativamente.

1. Los casos de violación del derecho a la nacionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CADH dispone en su artículo 20 que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, especialmente del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra, no siendo posible privarla arbitrariamente de esta o del derecho a cambiarla.[3] Además, este mismo tratado establece en su artículo 27(2) que el derecho a la nacionalidad es uno de los derechos que no están sujetos a suspensión. Por lo tanto, los signatarios de la CADH tienen la obligación erga omnes de garantizar el mantenimiento de estos derechos[4] incluso en circunstancias excepcionales[5] ya que es una obligación de derechos humanos[6] y de carácter de jus cogens.[7]

Así, cuando los Estados violan el derecho a la nacionalidad quedan sujetos a responsabilidad internacional, en cuyo caso, si han ratificado y reconocido la jurisdicción contenciosa de la CtIDH, los países pueden ser juzgados internacionalmente por violación

3 OEA - Organizacion de los Estados Americanos. Convencíon Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

4 RAGAZZI, Maurizio. The concept of international obligations erga omnes. New York: Oxford Monographs in International Law, 1997. p. 58- 59.

5 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: XXXIII Curso de Derecho Internacional - El Derecho Internacional en las Américas: 100 Años del Comité Jurídico Interamericano, 2006, p. 72.

6 COUTO, Marília Oliveria Leite ; BRASIL, Deilton Ribeiro. A nacionalidade como um direito humano e os desafios da apatridia. Caderno de Dereito Actual (Online), v. 13, p. 121, 2020.

7 SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. Jus Cogens: an European Concept? An Emancipatory Conceptual Review from the Inter-American System of Human Rights. Revista de Direito Internacional - UNICEUB, v. 15, p. 129, 2018.

de un derecho humano.[8] De esta forma, la CtIDH ha tenido la oportunidad de considerar, hasta el momento cinco casos que abordan este tema, a saber: Castillo Petruzzi et al. vs. Perú (1999), Ivscher Bronstein vs. Perú (2001), Yean y Bosico vs. República Dominicana (2005), Gelman vs. Uruguay (2011) y Dominicanos y Haitianos expulsados de la República Dominicana vs. República Dominicana (2014). Aunque algunos de estos casos no tienen la nacionalidad como centro de las discusiones, todos son importantes para la construcción de un parámetro interamericano de protección del derecho a la nacionalidad a través de su jurisprudencia. Por eso, considerando el objeto de este estudio, conviene analizar las sentencias anteriores al caso Yean y Bosico.

1.1 Castillo Petruzzi y otros vs. Peru (1999)

El caso en cuestión trata de la condena del Estado peruano en perjuicio del derecho a la nacionalidad de Francisco Jaime Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Astorga Valdés, todos chilenos, por haber sido acusados de traición a la patria en el ordenamiento jurídico peruano, más precisamente, la violación del Decreto-Ley No. 25.659. La CIDH argumentó que en el caso en cuestión, Perú no podía exigir lealtad al Estado ya que las víctimas no tenían un vínculo social, cultural y político con el país, ja que se vuelve inviable exigir un vínculo artificial al señor Petruzzi et al. de lealtad al Perú.

Así, la Comisión reiteró:

> [...] el delito de traición a la patria, al que se refiere el Decreto-Ley Nº 25.659, no tiene relación alguna con el delito del mismo nombre definido en el Código de Justicia Militar peruano, pues el primero no se refiere a conductas que stricto sensu constituyan actos de traición a la patria, sino que tiene por objeto la represión del terrorismo, bajo un falso nomen iuris, mientras que el delito que trata el Código de Justicia Militar infringe el deber de lealtad de los nacionales

8 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional, Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, pp. 90-91, 2018.

a su propio país.[9]

Basado en eso, la CtIDH definió, por primera vez en un caso contencioso, el concepto de nacionalidad, ya que antes de este caso ella solo había pronunciado sobre la definición de este derecho a través de la Opinión Consultiva (OC) 4/84 de 19 de enero de 1984. En este sentido, refiriéndose a la OC, en el caso Peruano, se ha firmado lo siguiente:

> 99. Este Tribunal ha definido el concepto de nacionalidad como "el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática". La adquisición de este vínculo por parte de un extranjero, supone que éste cumpla las condiciones que el Estado ha establecido con el propósito de asegurarse de que el aspirante esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer; lo dicho supone que las "condiciones y procedimientos para esa adquisición[son] predominantemente del derecho interno". [10]

Entre una de las consideraciones más notorias de la Corte al respecto de la atribución de nacionalidad, es fundamental resaltar los límites de la discrecionalidad de los Estados, así como la adopción de políticas para la protección integral de los derechos humanos guiadas por la dignidad humana.[11] En este sentido, otra contribución del caso se destaca en las consideraciones del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, quien define la necesidad de la "desnacionalización de la protección internacional de los derechos humanos", ya que el honorable magistrado consideraba la idea ahora extendida de que la nacionalidad no debería ser un requisito

9 CtIDH.Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 97.

10 CtIDH.Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 99.

11 CtIDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, §§ 32-33; CtIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, §101.

para que el individuo presentase un reclamo internacional contra un Estado, siendo suficiente que la víctima esté bajo su jurisdicción (territorial o extraterritorial).[12]

Además, es importante tomar en cuenta que, aunque la Corte no ha reconocido la violación del derecho a la nacionalidad por parte del Perú, se debe señalar que las consideraciones del tribunal fueron de suma importancia para que exista una jurisprudencia interamericana en materia de protección del derecho a la nacionalidad y, además, un impulso para discutirlo en la doctrina.[13]

1.2 Ivcher Bronstein Vs. Peru (2001)

El caso de Ivcher Bronstein se refiere al hecho de que el señor Bronstein, de nacionalidad israelí, era un empresario del sector de comunicaciones en Perú que tuvo que renunciar a su nacionalidad en Israel a solicitud del entonces presidente de Perú, Alberto Fujimori. La condición dada a Ivcher se basó en los requisitos de la legislación nacional de que sólo sería posible que los nacionales peruanos controlaran más de 50% de las acciones de los operadores de comunicaciones en el país.

Luego después de realizar varias denuncias de torturas cometidas por miembros del gobierno peruano, el empresario israelí tuvo cancelado los efectos de su nacionalidad peruana mediante Resolución de la Dirección General de Migración, organismo jerárquicamente inferior al Ministerio de Relaciones Exteriores que le había atribuido la nacionalidad Peruana a Bronstein. En este sentido, la CIDH consideró que la pérdida de los efectos del título de nacionalidad se equipara con la pérdida de la nacionalidad, configurando así una privación arbitraria de ese derecho. Además,

12 CtIDH. Caso Castillo Petruzzi versus Peru (Exceções Preliminares), Sentencia de 4 de setiembre de 1998, Série C, n. 41, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, §29.

13 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: XXXIII Curso de Derecho Internacional - El Derecho Internacional en las Américas: 100 Años del Comité Jurídico Interamericano, 2006, p. 72.

reiteró que hubo:

> [..] desconformidad con los artículos 20 y 29.b de la Convención Americana y los artículos 2.21 y 53 de la Constitución peruana, ninguna autoridad tiene la facultad de privar de la nacionalidad a un peruano. Conforme al derecho interno del Perú, la nacionalidad peruana sólo se pierde por un acto voluntario de renuncia expresa. En tal virtud, es arbitrario cualquier procedimiento que prive a un ciudadano peruano de su nacionalidad.

La CtIDH, a su vez, argumentó que la nacionalidad "debe ser considerada como un estado natural del ser humano"[14], y también tomó en cuenta el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú para decir que:

> [...]el derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo.

Este caso es un caso emblemático porque la Corte ha rechazado a través de su jurisprudencia que la discrecionalidad del Estado en la asignación de los criterios para atribuir la nacionalidad está limitada a los requisitos de la plena protección de los derechos humanos.[15]

2. El Caso de las Niñas Yean Y Bosico: ¿Un Caso Principal?

El caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana trata de la violación del derecho a la nacionalidad de dos hijos de migrantes haitianos nacidos en territorio dominicano. Aunque la

14 CtIDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (Reparaciones y Costas). Sentencia de 6 de febrero de 2001, §83.

15 PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 106.

República Dominicana adopta el sistema de jus soli para asignar la nacionalidad, a las víctimas se les canceló el certificado de nacimiento, condicionando las niñas a la apatridia, colocando a Yean y Bosico en una situación de vulnerabilidad social e ilegalidad durante años.[16] La corte señaló que:

> La determinación de quiénes son nacionales sigue siendo una competencia interna del Estados. Sin embargo, su discreción en esta materia se somete a un constante proceso de restricción de acuerdo con la evolución del Derecho Internacional, con miras a una mayor protección de la persona ante la arbitrariedad de los Estados. Así, en la actual etapa de desarrollo de la Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esta facultad de Estados está limitada por un lado, por su deber de ofrecer a las personas una protección igual y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.[17]

La Corte también reconoció la relación de la nacionalidad con la autonomía política del individuo[18], por lo que el Estado no puede establecer obstáculos al otorgamiento de la nacionalidad y mucho menos removerla arbitrariamente como se hizo en el caso en cuestión. Además, es importante destacar que "la nacionalidad impone al Estado la promoción de la protección igual y efectiva de la ley para todos, así como la obligación de prevenir, evitar y reducir la apatridia".[19]

Otra notoria contribución se refiere al facto de que:

> […] los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación en relación con concesión de la nacionalidad, cuya aplicación favorece o aumenta el número de personas apátrida, una condición resultante de la falta de nacionalidad, cuando el individuo no es califica bajo las leyes de un Estado para recibirlo como consecuencia de su privación arbitraria, o incluso la concesión de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia temida como consecuencia de

16 CtIDH. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de setiembre de 2005, §175.

17 CtIDH. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de setiembre de 2005, §140.

18 CtIDH. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de setiembre de 2005, §58.

19 GALVÃO, Vivianny Kelly. A criação da nacionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Revista Direitos Culturais (Online), v. 12, 2017, p. 87.

> hacerla imposible o de disfrutar de dos civiles y políticos directos de un país y produce una condición de extrema vulnerabilidad.[20]

En este caso, es válido considerar el entendimiento del tribunal, sustentado en la Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003, sobre la garantía de igualdad ante la ley y no discriminación, según el, la primacía de estos principios deben mantenerse constantemente independientemente de la situación migratoria de la persona.[21]

Aunque el caso de las niñas Yean y Bosico sea el primer caso relacionado con el estado de apatridia de dos personas, y uno de los principales relacionados con el derecho a la nacionalidad[22], es evidente que este caso tiene algunos elementos de conexión con sentencias anteriores ya que, por mucho que estos casos no son considerados por la Corte en el caso Yean y Bosico para reiterar su comprensión acerca la nacionalidad, es posible verificar aspectos similares con lo que fuera juzgado anteriormente por la Corte.

2.1 Elementos de conexión

Entre los elementos de conexión con los casos anteriores, importa destacar el hecho de que la Corte atribuya por primera vez en su jurisprudencia, en el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, que "la nacionalidad es un vínculo jurídico entre el individuo y el Estado".[23] En el caso de las niñas Yean y Bosico, la CtIDH señaló "la importancia de la nacionalidad reside en que ésta, como vínculo político-jurídico que vincula a una persona con un Estado

20 CtIDH. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de setiembre de 2005, §142

21 CtIDH. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de setiembre de 2005, §155.

22 EDDY, Tejeda. Derechos de los Dominicanos Indocumentados. Saarbrucken: Editorial Académica Española, 2012, p. 46-49.

23 CtIDH.Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, §99.

específico, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de ser miembro de una comunidad política".[24] La relación de estas dos jurisprudencias viene de la misma directriz interpretativa adoptada en la OC 4/84 de 19 de enero de 1984. Sin embargo, el tribunal no toma en cuenta en el caso de 2005 su entendimiento en el caso Castillo Petruzzi vs. Perú aunque esto no esté en conflicto con él.

Además, cunato al caso Ivcher Bronstein vs. Perú, apoyándose en el parágrafo 101 del caso Castillo Petruzzi, el tribunal señaló en la sentencia que "la discrecionalidad de [los Estados] y que en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurre la competencia de [estos], sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos".[25] En el caso Yean y Bosico, la CtIDH apuntó que "[la] discrecionalidad en esta materia sufre un constante proceso de restricción a medida que evoluciona el derecho internacional, con miras a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados"; sin embargo, utiliza de otros tratados internacionales para fundamentar la decisión e no lleva en consideración el juzgado de 2001 mismo teniendo el elemento de conexión en común, cual es, los límites de discrecionalidad en la otorga de la nacionalidad.

Conclusion

Este estudio tuvo como objetivo verificar los casos de violación del derecho a la nacionalidad y apatridia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Teniendo en cuenta que el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana es comúnmente referido como el primer y principal caso sobre el tema en los tribunales, la investigación analizó que existen casos previos que ofrecían un contenido jurisprudencial que tenía los

24 CtIDH. Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de setiembre de 2005, §137.

25 CtIDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú Sentencia de 6 de febrero de 2001, (Reparaciones y Costas) §88.

mismos elementos de conexión adoptados por el tribunal en 2005. Sin embargo, aunque posible, estos no fueron incorporados en la decisión.

En ese sentido, no obstante los tres casos presentan una línea de razonamiento muy similar teniendo en cuenta las consideraciones sobre los límites de la soberanía del Estado y la privación arbitraria de la nacionalidad, la Corte optó por no entablar un diálogo entre los dos casos contra Perú en la sentencia en la que condenó a República Dominicana por violación directa del artículo 20 de la CADH. Esta medida puede ser uno de los factores que llevan a la doctrina a pensar que este caso es el primero sobre violación del derecho a la nacionalidad, sin embargo, como puede verse, la Corte Interamericana ya contaba con una jurisprudencia a este respecto.

De hecho, de lo analizado, es importante destacar que el punto de partida no nace en la competencia contenciosa de la Corte, sino en su competencia consultiva, concretamente en el OC 4/84 sobre la propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica en materia de naturalización, solicitada por este mismo país en 1983. En esa Opinión, la CtIDH ya había señalado que no solo "el derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales", pero también es una forma de proteger la persona "contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo", que se repitió en todas las decisiones contenciosas aquí discutidas de alguna manera.[26]

Además, en esta Opinión, en relación a los cambios que se proponían en Costa Rica para retirar la nacionalidad de una mujer casada con un Contaricense, la Corte se opuso abiertamente a

26 CtIDH. Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión en 11 de enero de 1984, §34.

tal cambio porque una persona pudiera convertirse en apátrida hasta cumplir con todos los requisitos legales. Y esta cuestión, por ejemplo, ya debería haber servido como una advertencia para los cambios promovidos por República Dominicana, discutidos en el caso Yean y Bosico en 2005, y luego en el caso de los dominicanos y haitianos expulsados de la República Dominicana años después.

De esta manera, es importante enfatizar que, a pesar de que cada caso juzgado presenta circunstancias individuales, la interrelación entre casos sobre la misma materia contribuye a una comprensión coherente de los parámetros de protección de los derechos humanos, propiciando la emergencia de un entendimiento interamericano, siempre hay que destacar el punto de partida y las posibles evoluciones.

Referencias

COUTO, Marília Oliveria Leite ; BRASIL, Deilton Ribeiro. A nacionalidade como um direito humano e os desafios da apatridia. Caderno de Dereito Actual (Online), v. 13, p. 121, 2020.

CtIDH. Caso Castillo Petruzzi versus Peru (Exceções Preliminares), Sentencia de 4 de setiembre de 1998, Série C, n. 41, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos §29.

CtIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Peru. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

CtIDH. Caso das meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de setiembre de 2005.

CtIDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001, (Reparaciones y Costas).

CtIDH. Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión en 11 de enero de 1984.

EDDY, Tejeda. Derechos de los Dominicanos Indocumentados.

Saarbrucken: Editorial Académica Española, 2012, p.. 46-49.

GALVÃO, Vivianny Kelly. A criação da nacionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Revista Direitos Culturais (Online), v. 12, 2017.

OEA - Organizacion de los Estados Americanos. Convencíon Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 106, 2020.

RAGAZZI, Maurizio. The concept of international obligations erga omnes. New York: Oxford Monographs in International Law, 1997. p. 58- 59.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida . Jus Cogens: an European Concept? An Emancipatory Conceptual Review from the Inter-American System of Human Rights. Revista de Direito Internacional - UNICEUB, v. 15, p. 129, 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: XXXIII Curso de Derecho Internacional - El Derecho Internacional en las Américas: 100 Años del Comité Jurídico Interamericano, 2006, p. 72.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional, Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, pp. 90-91, 2018.

Um Direito para as comunidades ou um Direito comum para toda comunidade?

A right for communities or a common right for the whole community?

Anastásio Miguel Ndapassoa[1]

Sumário: 1. Introdução. 2.Um Direito comum para as comunidades económicas regionais (CER´s)? 3. Ou antes um direito comum da comunidade? Considerações finais.

Resumo: A proliferação em África de organizações de carácter integracionista levanta preocupações, algumas das quais tem a ver com a harmonização dos seus respectivos Direitos. O presente artigo combina três linhas de pesquisa: Direito internacional, Direito comunitário, e Direitos Humanos, através das quais pretende-se discutir como harmonizar os Direitos das comunidades de integração para se evitar uma possível sobreposição ou conflito de competências. Por recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas, a integração económica de África foi fracionada em pequenas unidades geográficas, denominadas Comunidades Económicas Regionais (CER´S) com objectivo de permitir que um grupo menor de países geograficamente próximos uns dos outros e com laços socioculturais semelhantes possam mais facilmente tratar de problemas específicos da respectiva sub-região. Para além da Comunidade Económica Africana (CEA), (que funciona com base na União Africana), cada uma das CER´s possui o seu próprio Direito comunitário e um órgão jurisdicional, com competência consultiva e litigiosa, gerando-se uma situação de sobreposição jurídica. Assim sendo, colocam-se três questões de fundo: haverá pertinência de existência de vários Direitos para várias comunidades, ou basta apenas um Direito para todas as comunidades? Qual dos Direitos os órgãos jurisdicionais aplicarão preferencialmente: o da CEA ou dos CERS´s? Esgotados todos os recursos internos em cada Estado em matéria de Direitos Humanos, para

1 Doutor em Direito pela Universidade do Porto-Portugal, Professor de Direito internacional público-UCM, Moçambique. Especialista em Direito internacional público e membro do CEDIN-Brasil. Mestre em Direito internacional público- Ucrânia. am.ndapassoa@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

qual dos tribunais os cidadãos da sub-região podem preferencialmente recorrer: o da CEA ou das CER´s?

Palavras-chave: Comunidade de integração; Direito comunitário; Direitos Humanos; harmonização de Direitos.

Abstract: The proliferation of the African continent integrationist organizations, raises some problems of which are linked to the harmonization of their right. This article merges three lines of research: international right, community right, and human rights, through which it is intended to discuss how to harmonize the right of integration of communities to avoid overlapping and conflict of competences. At the recommendation of the United Nations General Assembly, Africa's economic integration was divided into small geographical units, named Regional Economic Communities (RECs). The purpose of the division is to allow a smaller group of countries, geographically close to each other and with similar socio-cultural ties, to more easily form an economic integration community to address specific problems in each sub-region. Obviously, each of the African Economic Community (AEC), (which is associated with the African Union), and the Regional Economic Communities (RECs); has its own community law, as a result of the combination of legal instruments constituting the community, (Original law) with legal instruments produced by the community organs, (secondary law). It is also obvious that each of those communities has its own jurisdictional body, with consultative and litigious competence. The basic questions that arise are three: is there a relevance of the existence of several Rights for several communities, or there is only one Right for all communities sufficient? Jurisdictional bodies will preferentially apply which of the Rights: that of the African Economic Community (AEC) or the Regional Economic Communities (RECs)? Having exhausted all domestic remedies in each state in terms of human rights, which of the courts; citizens can preferentially appeal to: either the one of the AEC or the RECs?

Keywords: Integration community; Community right; Human rights; harmonization of rights.

1. Introdução

Um dos principais objetivos que levou à criação das comunidades económicas regionais (CER's) em África foi a

promoção do desenvolvimento e cooperação dos seus países e o bem-estar dos seus povos. As CER´s desempenham um papel fundamental na harmonização das legislações nacionais dos seus estados membros[2]. O ideal seria que essa harmonização fosse conduzida não só no interior de cada CER, mas também entre elas, o que permitiria um alinhamento simultâneo mais equilibrado e harmonioso, à escala de todo o continente africano.

No presente artigo, analisar-se-á a hipotética possibilidade da existência de um Direito comunitário como um sistema jurídico específico para uma comunidade, ([3]) a fim de se aferir sobre se estão criadas as condições para a sua existência e funcionamento, de forma autónoma e independente. Perante esta possibilidade, colocam-se duas alternativas, a saber:

(1) Um Direito comum das comunidades económicas regionais, i.e. Um Direitos que seja aplicável à várias Comunidades embora distintas entre si? Ou,

(2) Um direito comum da Comunidade i.e. um Direito que seja aplicável como um todo a uma só comunidade?

2. Um Direito comum para as Comunidades Económicas Regionais (CER)?

As CER´s surgem em resposta à integração regional africana. Esta incentiva a cooperação em busca do desenvolvimento económico dos estados membros, por sub-regiões geográficas. A intenção é dividir o continente em cinco sub-regiões económicas, de acordo com as linhas geográficas.

Cada uma das CER´s possui o seu tratado constitutivo, que serve de base e fonte primária para criação do seu respetivo sistema jurídico. Em cada um dos tratados constitutivos das

2 () CISTAC, Gilles, Aspectos jurídicos da Integração Regional, Lisboa: Editorial Escolar, 2012, p. 115,189.

3 () QUADROS, Fausto de, Direito da União Europeia, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, (2015), p. 28.

CER´s também se faz menção da necessidade de cooperação e harmonização de políticas, programas e projetos dos Estados membros, como um meio de realizar a integração económica na sub-região, rumo à integração regional no seu todo. Assim, por exemplo, o tratado revisto da CEDEAO, de 1993, prevê no n.º 1 do artigo 2.º que a Comunidade é destinada a fins de integração económica e realização dos objetivos da CEA. No artigo 3.º desse mesmo tratado, faz-se referência às áreas em que a cooperação, harmonização e coordenação de políticas e programas deverão incidir. Contudo, embora se faça uma leve referência aos direitos humanos no preâmbulo do tratado (alínea g) do artigo 4.º), esta matéria não é contemplada na restante parte do texto do tratado com uma área específica de cooperação.

O facto de, nas áreas de cooperação e harmonização de políticas e programas, não constar a dos direitos humanos não é uma situação isolada da CEDEAO, constituindo uma realidade em quase todas as CER´s desde os primórdios da sua criação. Esta tendência começou a mudar com as transições democráticas da década de noventa. Isto é, quando os direitos humanos começaram a integrar de forma expressiva e cada vez mais crescente a agenda política dos países da África subsariana. Atualmente, a promoção e proteção dos direitos humanos e da democracia fazem parte dos princípios fundamentais e dos objetivos da maioria das CER´s. (4)

Os objetivos que levaram à criação das CER´s ditaram a necessidade de estas comunidades criarem os seus próprios instrumentos jurídicos, através dos quais seria realizada a integração política e socioeconómica nas suas diferentes áreas, uma das quais seria a integração jurídica da qual se formaria mais tarde um possível direito comum das CER´s.

Conforme referido anteriormente, aquando da criação das CER´s, a integração jurídica ficou para trás, relegada para segundo plano. Como resultado, a criação de um direito comum nas CER´s ficou desajustada. O exemplo mais visível deste desajustamento

4 () MURUNGI, Lucyline, "O papel das cortes sub-regionais…", ob cit.,(2012), p.1.

é a ausência de um catálogo autónomo de direitos humanos em cada CER. Daí que atualmente os tribunais sub-regionais tenham de recorrer à aplicação de instrumentos regionais de direitos humanos.

O que na prática se verifica é que a Carta e outros tratados de direitos humanos dos quais os Estados Africanos são parte os obrigam a repetir a proteção dos direitos humanos em compromissos subsequentes, como os decorrentes dos tratados da CER, ([5]) o que não está a acontecer. Isto por um lado, mas, por outro, alguns tribunais das CER´s não têm um mandato expresso para decidir casos relacionados com a violação de direitos humanos, nos Estados membros (ver artigo14.º do protocolo do tribunal da SADC), embora haja evidências bastantes de que o tribunal tenha recebido e decidido sobre os mesmos.

Enquanto isso, nos tribunais de outras CER´s, o cenário é inverso: por exemplo, o Protocolo adicional de 2005, que emenda o Protocolo do Tribunal de justiça da CEDEAO, prevê no n.º 4 do artigo 3.º um mandato expresso para tratar de casos de violação dos direitos do Homem em qualquer estado membro, o que não acontece na SADC, conforme já referido. Por essa razão, não tem sido possível até agora considerar que a integração jurídica no seio das CER´s esteja a acontecer de forma sincronizada.

Não existindo um Direito único, completo e solidificado de uma CER, haveria condições para a criação de um pretenso Direito que fosse aplicável às várias CER´s, de forma uniforme?

Ou, por outra, seria possível uma situação em que várias CER´s criassem, por via de harmonização, um único Direito ao qual todas elas se vinculariam?

Para responder a estas questões será preciso analisar os pressupostos jurídicos para a formação de um Direito comum a todas as CER´s. Para esse efeito, usaremos os seguintes critérios de referência: a) unidade de produção normativa; b) uniformidade de aplicação; c) exequibilidade das decisões.

5 () Ibidem, p. 2.

a) Unidade de produção normativa

Nos pontos anteriores, verificámos que as CER´s não têm todas as mesmas disposições jurídicas que permitam uma aproximação ou harmonização entre elas. No que diz respeito aos direitos humanos, por exemplo, no princípio, as CER´s partilhavam o mesmo problema, que era o de colocá-los em segundo plano. Atualmente, elas encontram-se em diferentes planos de evolução nesta matéria, havendo CER´s com mais instrumentos jurídicos de direitos humanos aprovados e com Tribunais mais funcionais que os outros (v.g CEDEAO em relação à SADC). Este facto demonstra que, em algumas CER´s, há maior preocupação com a integração jurídica que em outras.

Assim, em termos de produção normativa, ainda não está definido um padrão ou uma base de atuação comum entre as CER´s, o que dificulta a existência de um Direito comum para elas.

b) Uniformidade de aplicação

A proliferação de vários Tribunais sub-regionais das CER´s, para além de atentar contra a unidade do Direito internacional no seu todo, poderá levar a sobreposição de jurisdições de vários cortes e à possibilidade de decisões conflituantes sobre um mesmo Direito. (6) Ademais, havendo a possibilidade real de as vítimas optarem por um ou por outro Tribunal sub-regional, o que aparentemente constitui uma vantagem, mas, na prática, esta opção pode conduzir a conflitos de autoridade dos tribunais, gerar decisões contraditórias e criar possibilidades de litigância infinita.

6 () MURUNGI, Lucyline, “O papel das cortes sub-regionais…”, ob. locus, cit., (2012).

([7])

Esta situação é agravada pelo facto de nenhum Direito de nenhuma CER ser completo. Por exemplo, há uma exigência de que cada CER produza o seu próprio Direito com um catálogo autónomo de direitos humanos. Contudo, isso teria outras implicações, tanto a nível regional como sub-regional, com uma possibilidade real de colisões de direitos, derivada do pluralismo jurídico a este nível. Aliás, sobre este aspeto, Helfer lembra que o corpo do Direito internacional dos direitos humanos não existe em um único tratado abrangente, código ou estatuto. Pelo contrário, os direitos e liberdades neles consagrados encontram-se em uma complexa teia de acordos globais, regionais e especializados, muitos dos quais contêm idêntico, relacionado ou até mesmo conflituante fonte substantiva na fundacional Declaração de Direitos do Homem de 1948 à qual se sobrepõem. ([8])

Franz Viljoen completa o raciocínio, considerando que os esforços da CER com relação aos direitos humanos ficam muito aquém de constituir sistemas independentes de direitos humanos. Isso porque, a despeito de vastas referências aos direitos humanos, as CER não possuem instituições estabelecidas especificamente para tratar de direitos humanos. Este é o fundamento do argumento de que não existem sistemas sub-regionais de direitos humanos na África Subsaariana, mas simplesmente grupos intergovernamentais sub-regionais com preocupações relacionadas a direitos humanos em seus mandatos. ([9])

O que na prática se verifica é que as CER´s não estão ainda preparadas para aplicar um Direito comum, sobretudo na vertente dos direitos humanos, ainda que existam órgãos jurisdicionais em cada uma delas vocacionados para a aplicação desse Direito.

---

7 () HELFER, Laurence, "Forum Shopping for Human Rights", University of Pennsylvania Law Review, vol. 148, (1999), p.286-287, Pennsylvania: UP.
Recurso em linha disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?...law.

8 () Ibidem, p. 296.

9 () VILJOEN, Franz, International Human Rights…, ob. cit., (2008), p. 10.

c) Exequibilidade das suas decisões

O ato constitutivo da União Africana (UA) e o plano de ação de Lagos, de 1980, impuseram um mandato às CER´s que consiste em que as mesmas criem e apliquem um sistema independente de direito. Para esse efeito, teria de haver um mecanismo em cada CER, destinado a executar as decisões proferidas pelos seus tribunais.

Contudo, o que se verifica é que, apesar da maior parte dos tribunais das CER´s preconizarem o carácter final e vinculativo das suas decisões, ao nível das mesmas não existem mecanismos, quer normativos, quer institucionais, para dar corpo à execução das decisões judiciais. O que se verifica é que os protocolos que criam os órgãos jurisdicionais, ao mesmo tempo que proclamam as suas decisões como finais e vinculativas, remetem para os órgãos políticos a responsabilidade pela sua monitoria e fiscalização. Como é óbvio, isto, muitas vezes, dá azo a que a execução das decisões judiciais assuma uma natureza política, nem sempre eficaz por causa do sentimento de afronta à soberania nacional dos estados membros.

A existência de vários tribunais sub-regionais posicionados no mesmo plano hierárquico, usando sistemas normativos separados e não-coordenados, bem como o uso de jurisprudência desagregada, inviabiliza a execução de qualquer que seja a decisão de um tribunal de uma sub-região noutra sub-região.

3. Ou antes um direito comum da comunidade?

O estabelecimento da CEA implicava, em princípio, a criação de um Direito ou um sistema de normas jurídicas à escala da sua dimensão. Por exemplo, no campo dos direitos humanos, foi criado o Sistema Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (SADHP)

como um conjunto de normas jurídicas e instituições aceite pelos Estados membros como obrigatório.

O SADHP é composto pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) e seus protocolos. Ele prevê uma Comissão e um Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (TADHP) como instituições que, de forma combinada e complementar, velam pela promoção e defesa dos direitos humanos em África. Funcionando com base em normas regionais africanas, o SADHP protege e promove de forma autónoma e independente os direitos humanos em África. Portanto, o SADHP é uma componente de todo o sistema jurídico da CEA.

Tal como no ponto anterior, vamos analisar a funcionalidade e efetividade do SADHP com base nos mesmos critérios de referência:

a) Unidade de produção normativa

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, (CADHP) a Comissão e o TADHP juntos formam o SADHP que se inspirara no Direito internacional geral, bem como nos instrumentos universais dos direitos humanos, daí a sua legitimidade. O SADHP inspira-se igualmente nos valores e tradições dos povos africanos, com os quais se identifica.

Assim, todos os instrumentos jurídicos criados no âmbito do sistema jurídico Africano (ou Direito da UA), no qual se inclui o SADHP, mantêm uma unidade de produção normativa.

b) Uniformidade de aplicação

O ato constitutivo da UA prevê, no seu artigo 18.º, a criação de um Tribunal de Justiça por meio de um protocolo específico. Ao abrigo desse protocolo, o Tribunal de Justiça da UA é dotado de amplas competências para aplicar o Direito da UA com primazia

sobre os direitos estatais.

Por seu turno, o SADHP tem na Comissão e no TADHP dois órgãos atuando de forma complementar, com competências para interpretar e aplicar a CADHP e demais instrumentos regionais de direitos humanos, aprovados no seu bojo, e também com primazia sobre os Direitos dos estados membros.

Uma vez que todos os estados africanos ratificaram a CADHP e o Protocolo do TADHP, entende-se que a jurisdição deste tribunal se estende a todos eles. Por isso, se pode afirmar que o SADHP funciona com base num Direito único, que é reconhecido e aceite por todos os estados membros. A unidade de produção das normas de direito no seio da Comunidade Económica Africana (CEA), e a uniformidade da sua aplicação no âmbito da sua jurisdição justificam a existência de um Direito comum da CEA.

Está em curso o processo de fusão entre o TADHP e o Tribunal de Justiça da UA para dar lugar ao Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos, (TAJDH) cujo Protocolo ([10]) foi adotado na cimeira da UA, em Sharm-el-Sheik, no Egipto, a 1 de julho de 2008, como um único órgão judicial da Comunidade. Deste modo, deixa de haver dois tribunais em uma mesma comunidade regional eliminando-se a situação, o já mencionado conflito positivo de competências em matéria de direitos humanos.

c) Exequibilidade das decisões

Um dos desafios que o TAJDH terá pela frente é o de fazer com que todas as suas decisões tenham força executiva, com primazia sobre os diversos sistemas jurídicos dos estados membros. Para enfrentar este desafio, o Tribunal não estará só. De acordo com os n.ºs 2 e 5 do artigo 46.º do seu estatuto, as decisões deste órgão são finais e obrigatórias, cabendo a responsabilidade da monitoria da sua execução ao Conselho Executivo da UA. Em caso

10 () O referido protocolo ainda não reuniu o número suficiente de ratificações para a sua entrada em vigor.

de incumprimento, comunica-se à conferência para aplicação de sanções previstas no artigo 23.º do ato constitutivo da UA.

Considerações finais

Quase todos os países africanos são membros da UA, subscreveram e ratificaram a CADHP e o TADHP;

O Ato único da UA e a CADHP, apoiados pelo plano de ação de Lagos de 1980, inspiraram a criação das CER´s, cujos tratados constitutivos fazem réplica dos princípios e objetivos naqueles consagrados. Por isso, a sua legitimidade advém daqueles instrumentos jurídicos;

O SADHP é o mais completo e abrangente de todos os subsistemas sub-regionais dos direitos humanos; Atualmente, o SADHP funciona com base na CADHP e na combinação entre a Comissão e o TADHP. Futuramente, passará a funcionar com base no ato único da UA, na CADHP e no TAJDH;

As decisões do TAJDH gozarão de carácter supranacional e terão primazia sobre todos os direitos internos dos Estados membros, não existindo outro órgão jurisdicional regional que lhe faça concorrência.

Assim, no futuro, será sim possível a existência de um só Direito comum regional africano que funcionará com base nos pressupostos acima oferecidos.

Referências Bilbiográficas

CISTAC, Gilles. Aspectos jurídicos da Integração Regional, Lisboa Editoria Escolar, 2012.

HELFER, Laurence. and Forum Shopping for Human Rights, University of Pennsylvania Law Review, vol. 148, 1999, and Pennsylvania: UP. Recurso em linha disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?...law. Data de acesso: 09 de Julho de 2021.

HENRIQUES, Miguel Gorjão. Direito Comunitário, Almedina, Coimbra, 2008.

MANSO, Luís & DIAS, Vasco. Direito internacional Público & Direito Comunitário, Lisboa: Quid Juris?2009.

MURRAY, Rachel. Human Rights in Africa, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____ The African Commission on Human and People´s Right's and International Law, Hurt Publishing, Oxford, 2000.

MURUNGI, Lucyline. O papel das cortes sub-regionais no sistema Africano de direitos humanos, Revista Conectas – SUR 21, vol. 7, n.º 13 jan., 2012.

MVUNGI, Segondo. Constitutional questions in the regional integration process: the case of Southern African Development Community with references to the European Union, Hamburgo: Universidade de Hamburgo, Tese de Doutoramento.

QUADROS, Fausto de. Direito da União Europeia, Coimbra: Almedina, 2015.

VILJOEN, Franz. International Human Rights Law in Africa, Oxford, Oxford university press, 2007.

PEREIRA, João Mendes. Direito Comunitário Material e integração Sub-regional, Almedina, Coimbra, 2017.

PRISO-ESSAWE, Samuel. Compreender a integração regional na África Ocidental - uma análise multimática e comparativa, Estudo IAO-ZEI, n.º 17, 2017.

Jurisdição constitucional e direitos humanos: intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro

Constitutional jurisdiction and human rights: federal intervention in the State of Rio de Janeiro

Jânio Pereira da Cunha[1]

João Matheus Amaro de Sousa[2]

Sumário: 1. A intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro e os direitos humanos; 2. A jurisdição constitucional na promoção dos direitos humanos ante a intervenção federal; 3. Considerações Finais.

Resumo: Analisa a possibilidade de o Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade e convencionalidade, afastar, momentânea e excepcionalmente, a discricionariedade do Chefe do Poder Executivo no intento de impedir ou reprimir violações aos direitos humanos. Com esse desiderato, efetuou-se pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa e finalidade descritiva e explicativa, por meio do método hipotético-dedutivo, com arrimo na observação da intervenção federal na segurança pública no Estado do Rio de Janeiro (Brasil), no ano de 2018. A pesquisa encontra justificativa na importância do estudo do papel do Estado-juiz na verificação da compatibilidade dos atos do Poder Público com a Constituição e com a norma convencional, no propósito de maximizar a concretização dos direitos fundamentais e humanos. Resulta daí que a proporcionalidade e a razoabilidade são princípios norteadores

1 Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Doutor em Direito Constitucional (UNIFOR). Email: janiopcunha@hotmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4294571117365955. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3710-8632.

2 Mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Bolsista Yolanda Queiroz. E-mail: matheusamaro15@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7530486832086965. ORCID: http://orcid.org/0000-0002-7270-8361.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

do controle jurisdicional de constitucionalidade, que permitem, sem vilipendiar a separação de poderes, a invalidação de atos estatais que, em abuso ao caráter discricionário, acarretem lesão potencial ou efetiva aos direitos humanos. Malgrado esse poder, o Supremo Tribunal Federal, quando instado a se manifestar no Mandado de Segurança nº 35.537 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.915, que questionavam a legitimidade jurídica da intervenção, não ofereceu resposta jurisdicional promotora dos direitos humanos. Conclui-se, com efeito, que a omissão judicial da Suprema Corte brasileira, além de inconstitucional, é factível de haver transportado para si a responsabilidade pela escalada de violação estatal aos direitos e garantias fundamentais das pessoas no Estado do Rio de Janeiro no período da intervenção federal.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Intervenção federal. Direitos humanos.

Abstract: It analyzes the possibility of the Judiciary, in exercising the control of constitutionality and conventionality, temporarily and exceptionally removing the discretion of the Chief Executive in the attempt to prevent or repress violations of human rights. With this aim, bibliographical and documentary research was carried out, with a qualitative approach and descriptive and explanatory purpose, through the hypothetical-deductive method, based on the observation of the federal intervention in public security in the State of Rio de Janeiro (Brazil), in the year 2018. The research finds justification in the importance of studying the role of the State-judge in verifying the compatibility of the acts of the Public Power with the Constitution and with the conventional norm, in order to maximize the realization of fundamental and human rights. As a result, proportionality and reasonableness are guiding principles of jurisdictional control of constitutionality, which allow, without vilifying the separation of powers, the invalidation of state acts that, in abuse of discretion, entail potential or effective damage to human rights. Despite this power, the Federal Supreme Court, when asked to manifest itself in Writ of Mandamus No. 35.537 and Direct Action of Unconstitutionality No. 5.915, which questioned the legal legitimacy of the intervention, did not offer a judicial response promoting human rights. It is concluded, in fact, that the judicial omission of the Brazilian Supreme Court, in addition to being unconstitutional, is likely to have carried to itself the responsibility for the rise of state violation of the fundamental rights and guarantees of people in the State of Rio de Janeiro during the period of federal intervention.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Federal intervention; Human rights.

1 A intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro e os direitos humanos

Em 16 de fevereiro de 2018, o então Presidente Michel Temer, sem prévia consulta aos órgãos consultivos da Presidência,[3] decretou a intervenção da União na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro (Brasil), sob a justificativa de "pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública".[4] Na ocasião, afastou o secretário de Segurança Pública do Estado e nomeou o general de exército Walter Souza Braga Netto como interventor. Não obstante, verifica-se, nesta ocorrência, que a criminalidade no ente federado sob intervenção assemelha-se ou é considerada menos grave do que a de outras entidades federativas no País que, na mesma linha motivadora, também seriam susceptíveis de intervenção.

É relevante, porém, destacar o fato de que o recurso a esse mecanismo extraordinário de defesa e amparo da Federação ocultou, na discricionariedade do ato (Decreto nº 9.288/2018), e

3 Tanto o Conselho da República quanto o Conselho de Defesa Nacional emitem parecer opinando sobre a decretação, ou não, de intervenção federal em determinada entidade federada (art. 90, inciso I c/c art. 91, §1º, inciso II, ambos da CRFB/88). Vale dizer, entretanto, que a manifestação destes não possui força vinculante para o Presidente da República. Surge, então, o problema atinente à necessidade de consulta prévia aos referidos órgãos consultivos. De um lado, Kyioshi Hadara e Ingo Sarlet sustentam o argumento de que a oitiva ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional, apesar de carecer de força vinculante, deve anteceder o momento da edição do decreto interventivo. HARADA, Kyioshi. Intervenção federal nos Estados para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 94-105, jul./dez. 2002, p. 7; SARLET, Ingo Wolfgang. Da organização do Estado e da Repartição de Competência. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel (org.). Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 879. De outra parte, há quem entenda que, em casos de urgência, a referida consulta é passível de ocorrer posteriormente.

4 Entende-se comprometimento da ordem como estado de desordem, ou seja, de anormalidade. Não é, porém, qualquer caos que autoriza a decretação da intervenção federal, como se observa na própria inserção, pelo constituinte, do mencionado adjetivo na locução, precisa ser grave, de tal grau que as forças ordinárias de segurança pública não sejam aptas a repeli-lo. BARBOSA, Rui. O art. 6º da Constituição e a Intervenção de 1920 na Bahia. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1975, p. 21-30.

dentro das suas hipóteses constitucionais de incidência,[5] os reais objetivos da intervenção da União no Estado do Rio de Janeiro, quais sejam: fazer valer sua vontade ante o descontentamento político-ideológico com o gestor fluminense, assim como buscar melhoria da aprovação social e política do Governo federal.

No mesmo dia de sua edição, o Chefe do Poder Executivo, em Mensagem ao Congresso Nacional nº 80/2018, enviou o decreto interventivo para que o órgão parlamentar exercesse o controle político (art. 36, §1º da CRFB/88). No dia 20 de fevereiro de 2018, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal aprovaram, por decreto legislativo, o aludido ato presidencial. Neste ínterim, no dia 19 de fevereiro de 2018, o Conselho de Defesa Nacional e o Conselho da República, em consulta tardia, referendaram a medida excepcional.[6]

Ante a abertura, conferida pela Constituição, do intervencionismo militar na segurança pública, mesmo de excepcionalidade clarividente, emerge crítica no sentido de considerar tal possibilidade uma herança, ou melhor, vestígio de períodos autoritários.

Nóbrega Júnior,[7] a esse respeito, alerta para o fato de que, quando um país vivencia processo de redemocratização, comumente, adota a política de desmilitarização da segurança pública. No Brasil, atipicamente, os agentes políticos, em nome da garantia da lei e da ordem, a qualquer momento, intervêm na segurança interna, o que não soi acontecer, em regra, em democracias consolidadas. Com efeito, a militarização da

5 Os pressupostos materiais da intervenção correspondem às situações fáticas, elencadas em rol taxativo, que autorizam o Chefe do Poder Executivo a decretar a intervenção federal. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, mencionada lista está no art. 34 da CRFB/88, que prescreve sete causas autorizadoras, incluindo o grave comprometimento da ordem pública.

6 BRASIL. Senado Federal. Conselhos da República e de Defesa Nacional aprovam intervenção no Rio de Janeiro. Disponível em: https://bit.ly/3xUSn28. Acesso em: 05 set. 2018.

7 NÓBREGA JÚNIOR, José Maria Pereira da. A militarização da segurança pública: um entrave para a democracia brasileira. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, v. 18, n. 35, fev. 2010, p. 119-127.

segurança tem se relevado, historicamente, como um obstáculo à consolidação e ao aperfeiçoamento da democracia no Estado brasileiro.

A completa indefinição da chamada garantia da "lei e da ordem" atribuída às Forças Armadas (art. 142 da CRFB/88) pode permitir, inclusive, a manipulação retórica, ideológica e inconstitucional do instituto da intervenção no País. Esta conforma uma situação em que os direitos e garantias fundamentais, mormente de determinadas classes sociais e de pessoas residentes em áreas periféricas das cidades, não são respeitados.[8] Em outras palavras, na semântica dos "[...] aparelhos de repressão, o estereótipo de suspeito, de indivíduo perigoso, é quase que automaticamente associado à residência na periferia, à cor da pele e ao uso de trajes mais modestos".[9]

Nesse raciocínio, conforme Maria Júlia Miranda, evidencia-se que a favela estigmatizada faz com que a política de segurança pública perfilhada nas comunidades seja diferente da aplicada no asfalto. "É política violadora dos direitos individuais e no Circuito a gente percebe que há uma suspensão da Constituição Federal nesses territórios".[10] Criminaliza-se o uso de gírias e de indumentárias pelas pessoas que habitam as comunidades, o que reverbera no tratamento persecutório de caráter racista.[11]

Boaventura de Sousa Santos[12] sintetizou essa duplicidade

8 ATÁSSIO, Aline Prado; MANCUSO, Amanda Pinheiro. Reflexões sobre a exceção: implicação do emprego do exército como força policial no Brasil. Revista Videre: Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v. 2, n. 4, jul./dez. 2010, p. 106-107.

9 VALENTE NETO, José. Estado e processo penal: crime, sociedade e prisão cautelar no Brasil. Dissertação. Universidade de Fortaleza (Unifor). 2014, p. 126-127. Disponível em: https://bit.ly/3qr4ZeR. Acesso em: 12 jun. 2021.

10 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Circuito de favelas por direitos. Disponível em: https://bit.ly/3dg1ti3. Acesso em: 23 out. 2018.

11 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Circuito de favelas por direitos. Disponível em: https://bit.ly/3dg1ti3. Acesso em: 23 out. 2018.

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (orgs.). Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: Núcleo de Estudos dos Direitos da Cidadania – NEDIC, 1999, p. 103-104.

de tratamento, pelo Poder Público, das pessoas residentes nas "zonas selvagens" e "zonas civilizadas": "Nas zonas civilizadas, o Estado age democraticamente, como Estado protetor [...]. Nas zonas selvagens, o estado age fascisticamente, como Estado predador, sem qualquer veleidade de observância, mesmo aparente do direito". E, em uma palavra, arrematou o destacado jurista português: "[...] a mesma polícia que é muito democrática nas zonas civilizadas [...], nas zonas, realmente, que são as zonas de inclusão, é a mesma polícia que pode atuar fascisticamente nas zonas realmente de periferia, os mesmos policiais treinados nas mesmas academias militares".[13]

Com o fim da referida intervenção no Estado do Rio de Janeiro, registrou-se o total de 1375 mortes decorrentes de ação policial, 711 operações e 99 agentes de segurança vitimados.[14]

A taxa de homicídio oriunda da intervenção teve apogeu no mês de agosto de 2018, com 175 registros, e quantitativo menor no mês de abril de 2018, com 101 notações. Já o indicador de letalidade violenta exprime como ponto máximo o mês de fevereiro de 2018, com 569 registos, e assento mínimo no mês de setembro de 2018, com 504 averbações.[15]

Em comparação com o índice de homicídios decorrentes de intervenção policial do ano de 2017, no mesmo período de meses, os pontos máximo (março/2017, 123 ocorrências) e mínimo (julho/2017, 63 registros) são inferiores aos constantes em 2018. Relativamente à letalidade violenta, a maior marca de 2017 (março, 655 ocorrências) supera à de 2018; o contrário ocorre com o ponto

13 SANTOS, Boaventura de Sousa. Entrevista. Os problemas da globalização neoliberal e o outro mundo da globalização alternativa no discurso inspirador do Sociólogo Português. Disponível em: https://bit.ly/3deQfKI. Acesso em: 12 jun. 2021.

14 CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA DA UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES. Contador. Disponível em: https://bit.ly/3qpmcpb. Acesso em: 09 out. 2018.

15 INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Tabela de dados. Disponível em: https://bit.ly/3xYaWCP. Acesso em: 29 out. 2018a.

mínimo (julho/2017, 461 registros).[16]

Percebe-se, portanto, que a intensificação da atividade policial com a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro acarretou aumento no número de mortes atreladas à atuação das forças de segurança, contudo não reduziu substancialmente a letalidade violenta, fato esse que é revelador de sua ineficácia.

2 A jurisdição constitucional na promoção dos direitos humanos ante a intervenção federal

Em vista da experiência com a militarização, ainda que excepcional, da segurança pública, reveladora do crescimento da violência, e a existência de preceitos constitucionais infringidos, questionou-se o decreto interventivo por meio do Mandado de Segurança (MS) nº 35.537[17] e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.915,[18] propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Tais ações do controle concreto e abstrato, respectivamente, restaram, entretanto, prejudicadas por perda do objeto, pois a intervenção chegou ao termo em 31 de dezembro de 2018. Nesse contexto, indaga-se: em que medida é autorizada a jurisdição constitucional no objetivo de assegurar a observância dos direitos humanos, adentrar a discricionariedade do Presidente da República em decretar a intervenção federal na segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro?

16 INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Rio de Janeiro: a segurança pública em números: Evolução dos principais indicadores de criminalidade e atividade policial no Estado do Rio de Janeiro – 2003 a 2017. Disponível em: https://bit.ly/2T65ejm. Acesso em: 29 set. 2018b.

17 Ação impetrada, em 19 de fevereiro de 2018, pelo deputado federal do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Ivan Valente (SP), pela qual pleiteia a paralisação da tramitação, na Câmara dos Deputados, do projeto de decreto legislativo (PDL) concernente à decretação da intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, objeto da Mensagem ao Congresso (MSC) nº 80/2018.

18 Ação do controle concentrado de constitucionalidade ajuizada, em 13 de março de 2018, pelo PSOL, com o objetivo de declarar o Decreto nº 9.288/2018 integralmente inconstitucional.

Adepto da corrente procedimentalista, John Hart Ely[19] alude que o controle judicial de constitucionalidade deve referir-se à questão participativa e não ao mérito substantivo das decisões questionadas, de modo a ocupar-se de evitar as obstruções ao decurso democrático.

A grande preocupação volta-se para o processo em sentido amplo, enquanto procedimento, por intermédio do qual as leis e as decisões são elaboradas. Assim, o profissional do Direito está bem mais preparado para enfrentar e executar as normas do que as autoridades políticas, na medida em que se encontra à margem do jogo político, conquanto se reconheça a importância dos valores substantivos no mencionado processo.

Examinar a constitucionalidade da decretação da intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, segundo a teoria procedimentalista, cinge a análise da ocorrência do que o poder político entende como grave comprometimento da ordem pública, dada a discricionariedade da decisão. Necessário, portanto, tão só, o estudo da obediência ao procedimento de decretação.

O Poder Judiciário aufere contorno relevante para a efetivação dos direitos sociais, na teoria substancialista, defendida por Mauro Cappelletti,[20] que sustenta o papel ativo do órgão jurisdicional na concretização dos programas e no fornecimento de conteúdo efetivo às normas. Destarte, o Judiciário há de contribuir com a democracia, ao garantir a preservação do sistema de freios e contrapesos (checks and balances) ante o crescimento do poder político.

O caráter criativo da atividade judiciária de interpretar e aplicar a legislação e os direitos sociais, em adição ao grau de discricionariedade, guarda relação proporcional com a imprecisão dos elementos textuais do Direito: quanto maior a amplitude do

19 ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução por: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010, p. 16-242.

20 CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução por: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 40-107.

significado do termo, maior é a discricionariedade do intérprete ao julgar o litígio. Vale dizer que, malgrado os magistrados – quando interpretam as normas – criarem por vias reflexas o direito, sua função não se confunde com a atividade do legislador, haja vista que o processo judicial depende da iniciativa das partes para que o órgão judicial exerça o poder jurisdicional.

Por outro lado, adotar teoria substancialista implica aceitar que a função jurisdicional não se limita a checar a observância do processo em sentido amplo, isto é, as regras procedimentais do jogo político decisório. Muito além disto, faculta penetrar, por meio da interpretação, o conteúdo das decisões, atribuindo-lhe significado e limites. Nessa compreensão, o Poder Judiciário tem aptidão de aferir a ocorrência do motivo da intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.

Em resposta a inconsistências teóricas e dogmáticas na doutrina procedimentalista e na teoria substancialista, surge a teoria moderada da jurisdição constitucional, verdadeiro ponto de equilíbrio entre ambas as linhas de pensamento da amplitude e intensidade da atuação do Poder Judiciário nas questões constitucionais.

Para os procedimentalistas, a Constituição conserva sua utilidade, ao obedecer ao rito estatuído na norma constitucional. Eles afirmam, portanto, que as instituições estão regularmente funcionando. Na verdade, contudo, o tecido constitucional perde resiliência e esgarça-se.[21] Por sua vez, a crítica à corrente substancialista reside na permissão da avaliação do ato político pelo Poder Judiciário, pois se entende que adentra a discricionariedade do agente político e, por efeito, vilipendia a separação dos poderes (art. 2ª da CRFB/88).

21 BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018, p. 35.

Ainda a respeito da criticidade, Cristina Consani[22] evidencia que alguns teóricos apontam o fracasso das teorias procedimentalista e substancialista na busca por conciliar a tensão envolvendo a soberania popular e os direitos fundamentais. A teoria moderada, por outro lado, consiste em tentar podar os excessos cometidos pelos representantes eleitos, ao agirem em abuso da discricionariedade. Embora a doutrina constitucional compreenda que o ato político é, em regra, insusceptível de análise por parte do Poder Judiciário, tal compreensão é objeto de exceção na hipótese de ocorrer manifesta violação às regras constitucionais.[23]

Na lição expressa por Alexandre Moreira,[24] o princípio da proporcionalidade exige que o gestor público, ao realizar atos de natureza discricionária, recorra à sensatez, ao bom senso e à prudência com o desiderato de evitar condutas excessivas e abusivas, sob pena de nulidade. Leciona, ainda, que a técnica de sopesamento de bens jurídicos possui três elementos: a) a adequação, que consiste na aptidão do meio para o alcance do fim pretendido; b) a necessidade, definida como a indispensabilidade do meio empregado; e c) a proporcionalidade em sentido estrito, entendida como a relação entre benefícios e restrições.

Nessa mesma vertente, Ricardo Lewandowki[25] sustenta que a intervenção federal deve guiar-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Não ofende ao princípio da separação de poderes a apreciação pelo Judiciário do modo discricionário de atuar da Administração Pública. Tal poder constituído está autorizado a analisar a motivação para que busque

22 CONSANI, Cristina Foroni. Considerações críticas sobre o substancialismo e o procedimentalismo e sua relação com a democracia no contexto da filosofia política contemporânea. Dissertatio - Revista de Filosofia, Pelotas, v. 44, n. 1, jul./dez. 2016, p. 25.

23 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147-148.

24 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. 2011. Disponível em: https://bit.ly/3jkmwEh. Acesso em: 24 nov. 2018.

25 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 165.

o fim da norma.[26]

Ao confrontar esse princípio com a intervenção federal em foco, percebe-se que a decretação desta medida excepcional não representa o restabelecimento da ordem pública; pelo contrário, intensificou a criminalidade, bem como aumentou o número de direitos e garantias constitucionais violados. Nítida, assim, se configura a desproporcionalidade da aplicação deste instituto à segurança pública do Estado fluminense.

A discricionariedade encontra limite também na teoria dos motivos determinantes, como preleciona Francisco Campos,[27] visto que, uma vez motivado o ato, o motivo a este adere, vinculando o agente público. O motivo, portanto, deve ser verdadeiro, pois, caso o interessado comprove a inexistência da realidade fática prevista no ato como determinante da vontade, o ato está eivado de vício de legalidade. Nessa linha, o órgão privativamente competente para edição do ato administrativo não há de desvirtuar a finalidade que ensejou a prática do ato para que não haja a configuração de desvio de finalidade.[28]

Caso o ato administrativo e/ou normativo se arrede da sua finalidade e, consequentemente, atente contra as diretrizes constitucionais, é nulo, visto que rege a ordem jurídica o princípio da supremacia constitucional.[29]

Outro ponto que transgrediu a Constituição é a ausência, no decreto interventivo sob escólio, de detalhamento das condições e limites de execução, o que dificulta o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.[30]

---

26 BORGES, Alice Gonzalez. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 19, p. 53.

27 CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. I. p. 308-309.

28 SANTOS, Marcelo Neres dos. Intervenção Federal – uma medida de exceção. Revista da Ejuse, Aracajú, v. 25, n. 233, jul./dez. 2016, p. 246.

29 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática. 9. ed. [s.l.]: Juspodivm, 2017.2, abr./jun. 1993, p. 33.

30 STRECK, Lenio Luiz. Intervenção federal ou militar? Ato discricionário? Qual é o limite? 2018. Disponível em: https://bit.ly/3gSl1ua. Acesso em: 19 nov. 2018.

3 Considerações finais

À luz da aplicabilidade, no Direito brasileiro, da teoria moderada do controle de constitucionalidade, é permitido ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, adentrar, excepcionalmente, o mérito (conveniência e oportunidade) das decisões estatais, com o fito de tolher os excessos cometidos pelo agente político ao se valer da discricionariedade inerente ao ato de natureza política. Com efeito, depreende-se possível o controle judicial do decreto interventivo por violação formal e material às normas constitucionais.

O acolhimento, pelo sistema jurídico-constitucional, dessa teoria revela a importância do Poder Judiciário na concretização dos direitos humanos. Não obstante esse poder-dever, a jurisdição constitucional brasileira não foi capaz de impedir a violação de direitos fundamentais encartados na CRFB/88 e derivados de tratados internacionais de direitos humanos, haja vista que o Supremo Tribunal Federal permaneceu inerte, mesmo ante a provocação por meio de duas ações judiciais, até a chegada do termo da intervenção federal em 31 de dezembro de 2018.

Acresça-se, ainda, o fato de que o Supremo Tribunal, além de legitimado a atuar com base na teoria da moderação, poderia ter empregado, também, as teorias procedimentalista e substancialista, dado que houve tanto a violação do procedimento da decretação da intervenção – isto é, a inexistência de consulta prévia e obrigatória do chefe do Poder Executivo Federal aos Conselhos da República e de Defesa Nacional – como também desrespeito flagrante aos pressupostos fáticos ensejadores do instituto da intervenção em virtude da inocorrência concreta de grave comprometimento da ordem pública, principalmente considerando o fato de que outras unidades políticas da Federação brasileira, à época, expressavam um nível de violência social igual ou superior ao do Estado do Rio de Janeiro.

Portanto, a omissão judicial do Supremo Tribunal Federal,

quando não julgou o mérito das ações sob exame, além de comprometer seu papel de guardião precípuo da Constituição Federal de 1988, é factível de haver transportado para si a responsabilidade pela escalada de violação estatal contra os direitos e garantias fundamentais de cidadãs e cidadãos do Estado do Rio de Janeiro.

Referências bibliográficas

ATÁSSIO, Aline Prado; MANCUSO, Amanda Pinheiro. Reflexões sobre a exceção: implicação do emprego do exército como força policial no Brasil. Revista Videre: Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v. 2, n. 4, p. 93-111, jul./dez. 2010.

BARBOSA, Rui. O art. 6º da Constituição e a Intervenção de 1920 na Bahia. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1975.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018.

BORGES, Alice Gonzalez. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 19.

BRASIL. Senado Federal. Conselhos da República e de Defesa Nacional aprovam intervenção no Rio de Janeiro. Disponível em: https://bit.ly/3xUSn28. Acesso em: 05 set. 2018.

CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. I.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução por: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CENTRO DE ESTUDOS DE SEGURANÇA E CIDADANIA DA UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES. Contador. Disponível em: https://bit.ly/3qpmcpb. Acesso em: 09 out. 2018.

CONSANI, Cristina Foroni. Considerações críticas sobre o substancialismo e o procedimentalismo e sua relação com a democracia no contexto da filosofia política contemporânea. Dissertatio - Revista de Filosofia, Pelotas, v. 44, n. 1, p. 16-38, jul./dez. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática. 9. ed. [s.l.]: Juspodivm, 2017.2, p. 49-60, abr./jun. 1993.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Circuito de favelas por direitos. Disponível em: https://bit.ly/3dg1ti3. Acesso em: 23 out. 2018.

ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução por: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.

HARADA, Kyioshi. Intervenção federal nos Estados para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 94-105, jul./dez. 2002.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Rio de Janeiro: a segurança pública em números: Evolução dos principais indicadores de criminalidade e atividade policial no Estado do Rio de Janeiro – 2003 a 2017. Disponível em: https://bit.ly/2T65ejm. Acesso em: 29 set. 2018b.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Tabela de dados. Disponível em: https://bit.ly/3xYaWCP. Acesso em: 29 out. 2018a.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. 2011. Disponível em: https://bit.ly/3jkmwEh. Acesso em: 24 nov. 2018.

NÓBREGA JÚNIOR, José Maria Pereira da. A militarização da segurança pública: um entrave para a democracia brasileira. Revista

de Sociologia e Política, Curitiba, v. 18, n. 35, p.119-130, fev. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Entrevista. Os problemas da globalização neoliberal e o outro mundo da globalização alternativa no discurso inspirador do Sociólogo Português. Disponível em: https://bit.ly/3deQfKI. Acesso em: 12 jun. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia. (orgs.). Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e a hegemonia global. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Brasília: Núcleo de Estudos dos Direitos da Cidadania – NEDIC, 1999, p. 103-104. (Coleção Zero à Esquerda).

SANTOS, Marcelo Neres dos. Intervenção Federal – uma medida de exceção. Revista da Ejuse, Aracajú, v. 25, n. 233, p. 233-247, jul./dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Da organização do Estado e da Repartição de Competência. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel (org.). Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Intervenção federal ou militar? Ato discricionário? Qual é o limite? 2018. Disponível em: https://bit.ly/3gSI1ua. Acesso em: 19 nov. 2018.

VALENTE NETO, José. Estado e processo penal: crime, sociedade e prisão cautelar no Brasil. Dissertação. Universidade de Fortaleza (Unifor). 2014. Disponível em: https://bit.ly/3qr4ZeR. Acesso em: 12 jun. 2021.

A iniciativa de cidadania europeia na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

The European Citizens Initiative in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union

Dora Resende Alves[1]

Mário Simões Barata[2]

Sumário: Introdução; 1. A iniciativa de cidadania europeia (ICE) como instrumento jurídico de democracia; 2. O enquadramento normativo na União Europeia; 3. A ICE na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia; Notas conclusivas

Resumo: O Tratado de Lisboa ampliou os direitos políticos dos cidadãos europeus quando introduziu a iniciativa de cidadania europeia (ICE). A ICE é um instrumento de democracia direta transnacional que visa influenciar as políticas públicas da União Europeia. O n.º 4 do artigo 11.º do Tratado da União Europeia (TUE) estabelece que são necessários, "um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados membros" para "tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um ato jurídico da União". De acordo com o artigo 24.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) os procedimentos e as condições para a apresentação de tal iniciativa são estabelecidos pelo Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamento. Em 2011, as referidas instituições disciplinaram a ICE através do Regulamento n.º 211/2011. Na sequência de dois relatórios relativamente à aplicação deste instrumento, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram o Regulamento n.º 2019/788 que entrou em vigor

1 Docente na Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense. E-mail: dra@upt.pt

2 Professor Adjunto do Politécnico de Leiria. Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense (IJP – IP Leiria). E-mail: mario.barata@ipleiria.pt.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

em 2020, cujo objetivo central era a simplificação da ICE. Contudo, a aplicação do Regulamento ICE, suscitou, na primeira década da sua vigência, alguns casos no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que procuram clarificar as competências da Comissão nesta matéria. Em suma, este artigo pretende analisar o enquadramento normativo da ICE bem como as decisões do TJUE que contribuíram para a afirmação deste novel direito político e manifestação de cidadania.

Palavras-chave: iniciativa de cidadania europeia; União Europeia; Tribunal de Justiça da União Europeia

Abstract: The Lisbon Treaty expanded the political rights of European citizens when it introduced the European Citizens' Initiative (ECI). The initiative is an instrument of transnational direct democracy that aims to influence public policies in the European Union. Paragraph 4 of Article 11 of the Treaty of the European Union (TUE) establishes that at least one million citizens of the Union, nationals of a significant number of Member States can take the initiative to invite the European Commission, within the scope of its attributions, to propose the adoption of an EU legal act in matters that these citizens deem necessary". According to Article 24 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the procedures and conditions for the presentation of such an initiative are adopted by the European Parliament and the Council through a regulation. In 2011, these institutions disciplined the initiative through Regulation 211/2011. Following two reports on the application of this instrument, the European Parliament and Council adopted Regulation n.º 2019/788, which entered into force in 2020, and whose main objective was to simplify the initiative. However, the application of the initial version of the regulation, during the first decade of its validity, gave rise to some cases in the Court of Justice of the European Union (CJEU) that sought to clarify the competencies of the Commission in this matter. In sum, this article analyses the legal framework of the European Citizens' Initiative as well as the decisions of the CJEU that have contributed towards the affirmation of this novel political right and manifestation of citizenship.

Keywords: European Citizens' Initiative; European Union; Court of Justice of the European Union

Introdução

A União Europeia enuncia valores democráticos no artigo

2.º do Tratado da União Europeia (TUE) e a iniciativa de cidadania europeia (ICE) surge como um dos instrumentos de participação cívica no processo decisório da União Europeia (artigo 11.º do TUE). Por ela, os cidadãos europeus têm a possibilidade de apresentar sugestões junto da Comissão Europeia para que esta desencadeie, se assim o entender, um processo legislativo segundo os trâmites previstos nos tratados institutivos (conforme os artigos 11.º, n.º 4, do TUE, e 24.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE[3]) e de modo previsto em regulamento próprio para este fim. Efetiva desde 2011 (pelo Regulamento (UE) n.º 211/2011), vê alterada a base legal em 2019 (Regulamento (UE) 2019/788). Houve também situações que envolveram necessidade de pronúncia pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre o procedimento cumprido. A proposta dos autores será estudar: como vê o TJUE a ICE? No quadro do direito institucional, como cuida dos pressupostos, requisitos e objetivos? Por análise da mencionada jurisprudência, documentação das instituições da União Europeia e doutrina, apresenta-se uma abordagem exploratória do tema.

1. A ICE como instrumento jurídico de democracia

O instrumento jurídico da iniciativa de cidadania europeia (ICE)[4] surge como uma forma de participação cívica no processo decisório da União Europeia[5] e os objetivos prosseguidos pela ICE, consistem, nomeadamente, em incentivar a participação dos cidadãos e em tornar a União mais acessível[6].

A "ICE é um instrumento de participação democrática dos cidadãos no processo legislativo, que deve ser acessível e fácil de aplicar, e, por outro, os organizadores de propostas de ICE não

3 Em C_2016202PT.01000101.xml (europa.eu)
4 Site oficial em Language selection | European Citizens' Initiative (europa.eu)
5 GONÇALVES, Rubén Miranda. Novas alternativas ao exercício da democracia tradicional: a democracia participativa. 2016, p. 426.
6 Regulamento (UE) n.º 211/2011, § 1 e 2.

são, regra geral, juristas profissionais"[7]. A ICE não é, nem deve ser, um instrumento de juristas ou para juristas, antes utilizável por todo o cidadão.

Porém, deve ser rigoroso, atento "que, segundo o artigo 5.º TUE, a delimitação das competências da União regese pelo princípio da atribuição e que, de acordo com o artigo 13.º, n.º 2, TUE, cada instituição atua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelos Tratados (…), o objetivo de participação democrática dos cidadãos da União subjacente ao mecanismo da ICE não pode frustrar o princípio das competências de atribuição e autorizar a União a legislar num domínio para o qual não lhe foi atribuída nenhuma competência"[8].

Tal significa que, embora tudo deva ser feito pela União, neste caso através da Comissão, para tornar o mecanismo da ICE fácil e atrativo, nunca se afasta o rigor nos requisitos e critérios e é nesse sentido que exemplificamos com algumas decisões do TJUE que demonstram essa mesma posição.

Assim, o artigo 11.o, n.o 4, do TUE, que foi "introduzido pelo Tratado de Lisboa, reconhece aos cidadãos da União, sob certas condições, o direito de tomarem a iniciativa de convidar a Comissão, no âmbito das suas atribuições, a apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem que um ato jurídico da União é necessário para efeitos da aplicação dos Tratados"[9].

O direito de iniciar "uma ICE constitui, à semelhança, nomeadamente, do direito de petição perante o Parlamento Europeu, um instrumento relacionado com o direito dos cidadãos de participarem na vida democrática da União, previsto no artigo 10.o, n.o 3, do TUE, na medida em que permite que aqueles se dirijam diretamente à Comissão para lhe apresentarem um pedido através do qual a convidam a apresentar uma proposta de ato

7 No processo, § 9.
8 No processo T-391/17 (ECLI:EU:T:2019:672), § 44.
9 No processo C589/15 P (ECLI:EU:C:2017:663), § 23.

jurídico da União para efeitos da aplicação dos Tratados"[10].

2. O enquadramento normativo na União Europeia

Resultante do artigo 11.º do TUE e do artigo 24.º do TFUE, a criação da iniciativa de cidadania europeia (ICE) surge em 2011[11] com a base legal no Regulamento (UE) n.º 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011[12], aplicável a partir de 1 de abril de 2012. Foi retificado uma vez e alterado por sete vezes. Essa base é revogada em 2019 pelo Regulamento (UE) 2019/788 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019[13], aplicável a partir de 1 de janeiro de 2020. Foi objeto de duas retificações e uma alteração. Contudo, o Regulamento anterior mantém-se aplicável às iniciativas de cidadania europeia que sejam registadas antes de 1 de janeiro de 2020 (os artigos 5.º a 9.º).

Nesta evolução não está presente uma mudança de entendimento do instituto legal, antes uma evolução e melhor adaptação ao novos meios digitais[14]. Há, por isso, uma continuidade suave e nenhuma diferença quanto ao exposto na doutrina sobre os fundamentos desta nova forma de input no sistema político da União[15].

Os cidadãos da União têm o direito de abordar diretamente a Comissão, convidando-a a apresentar uma proposta de ato jurídico da União para aplicar os Tratados. Cabe à Comissão a decisão de registar o pedido de ICE que lhe seja apresentado. Contudo, podemos considerar que a margem de apreciação da

10 Idem, § 24.

11 Ver ALVES, Dora Resende. "A entrada em vigor do direito de iniciativa de cidadania europeia". Revista Jurídica. Nº 15 (2012), pp. 49 a 56.

12 Versão consolidada em CL2011R0211PT0060010.0001_cp 1..1 (europa.eu)

13 Versão consolidada em CL2019R0788PT0010020.0001_cp 1..1 (europa.eu)

14 Aliás, toda a informação está disponível precisamente no mundo digital em Início | Iniciativa de cidadania europeia (europa.eu)

15 Ver SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. Noções de Direito Constitucional e Ciência Política. 2016, p. 200.

Comissão não é aqui, afinal, tão ampla, visto que se encontra balizada pelo Regulamento: "a Comissão não dispõe de um amplo poder de apreciação para efeitos do registo de uma Proposta de ICE, uma vez que o artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento enuncia que a referida instituição «regista» essa proposta se as condições estabelecidas no artigo 4.º, n.º 2, alíneas a) a d), deste regulamento estiverem preenchidas, nomeadamente quando a Proposta de ICE não está manifestamente fora da competência da Comissão para apresentar uma proposta de ato jurídico da União para efeitos de aplicação dos Tratados. Inversamente, se, após uma primeira análise, for manifesto que esta última condição não está preenchida, a Comissão «recusa» o registo da Proposta de ICE, conforme enunciado no artigo 4.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do Regulamento."[16]

Quando a Comissão recebe uma ICE validada, apresenta as medidas que tenciona, se for caso disso, tomar, e os motivos que a levam a tomar, ou não, medidas. Cabe-lhe a decisão de prosseguir, ou não, para uma iniciativa legislativa conducente ao desencadear de um processo decisório de direito da União. Confirma-se o caráter facultativo da apresentação pela Comissão de uma proposta de ato da União seguido de uma ICE[17].

No que respeita às competências da Comissão, pelo poder de iniciativa legislativa conferido à Comissão pelos artigos 17.º, n.º 1 e n.º 2, do TUE e 289.º do TFUE, compete a esta instituição decidir apresentar, ou não, uma proposta de ato legislativo, salvo no caso de, por força do direito da União, estar obrigada a fazêlo. Este poder espelha o princípio do equilíbrio institucional, característico da estrutura institucional da União, pois implica que cada instituição exerça as suas competências, respeitando as das outras, conforme resulta do artigo 13.º, n.º 2, do TUE.

A ICE visa conferir aos cidadãos da União um direito comparável

16 No processo T-391/17 (ECLI:EU:T:2019:672), § 84.

17 J. Organ (Editor) and A. Alemanno (Editor), Citizen Participation in Democratic Europe: What Next for the EU? 2021.

àquele de que dispõem, ao abrigo dos artigos 225.º e 241.º do TFUE, o Parlamento Europeu e o Conselho de pedir à Comissão que apresente as propostas adequadas para aplicar os Tratados, mas, uma vez que o direito reconhecido a estas instituições não prejudica a opção de iniciativa legislativa da Comissão, o mesmo se deve aplicar à ICE.

3. A iniciativa de cidadania europeia na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Através de uma busca na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, até ao ano de 2021, verificamos pelos resultados apurados que a iniciativa de cidadania europeia surge na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em poucas decisões finais e ainda menor número de situações. As decisões encontradas resultaram quer do Tribunal de Justiça em situação de recurso, quer do Tribunal Geral.

Explicando um pouco, o Tribunal de Justiça da União Europeia, enquanto instituição da União Europeia (artigo 13.º do TUE), comporta na atualidade duas jurisdições operativas, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral (artigo 19.º do TUE). Para alguns processos a competência diverge e em alguns tipos de processos é possível uma situação de primeira instância no Tribunal Geral que prossegue, eventualmente, para recurso no Tribunal de Justiça. É o caso em algumas das situações que vamos analisar. Não cabe nesta sede descrever o tipo de contencioso da União em questão, o que nos levaria para uma diferente abordagem, mas antes situar o processo no suficiente para nos debruçarmos sobre o conteúdo relativo à ICE.

Elencando os processos significativos identificados, surgem os processos: C418/18 P de 19 de dezembro de 2019[18] no

18 Acórdão do Tribunal de Justiça, Puppinck e o./Comissão, de 19 de dezembro de 2019, C418/18 P (ECLI:EU:C:2019:1113). Em CURIA - Documents (europa.eu)

seguimento do T561/14 de 23 de abril de 2018[19], T-391/17 de 24 de setembro de 2019[20] que vem no resultado do T646/13 de 3 de fevereiro de 2017[21], C420/16 P de 7 de março de 2019[22] no seguimento do T529/13 de 10 de maio de 2016[23], C589/15 P de 12 de setembro de 2017[24] no seguimento do C450/12 de 30 de setembro de 2015[25], T754/14 de 10 de maio de 2017[26], T-44/14 de 19 de abril de 2016[27] e, o mais recente, T-611/19 de 9 de junho de 2021[28]. Todos surgem na área do quadro do direito institucional.

Desde logo se salienta o pouquíssimo número de processos atinentes ao tema (10). Ao caminharmos para os dez anos de vigência deste instrumento, meia dúzia de situações (6) surgiram, visto que alguns dos processos são de 1.ª instância e o mesmo em recurso, ou seja, a situação controvertida de base é a mesma, embora se tenha identificado os processos das duas instâncias como separados.

Veremos em seguida em alguns exemplos escolhidos porque considerados elucidativos (quatro processos, mas apenas para duas ICE), para entendermos como a jurisprudência aborda os pressupostos, requisitos e objetivos do instrumento de iniciativa de

19 Acórdão do Tribunal Geral, One of Us e o./Comissão, de 23 de abril de 2018, T561/14 (ECLI:EU:T:2018:210). Em CURIA - Documents (europa.eu)

20 Acórdão do Tribunal Geral, Roménia/Comissão, de 24 de setembro de 2019, T-391/17 (ECLI:EU:T:2019:672). Em CURIA - Documents (europa.eu)

21 Acórdão do Tribunal Geral, Minority SafePack/Comissão, de 3 de fevereiro de 2017, T646/13 (ECLI:EU:T:2017:59). Em CURIA - Documents (europa.eu)

22 Acórdão do Tribunal de Justiça, Izsák e Dabis/Comissão, de 7 de março de 2019, C420/16 P (ECLI:EU:C:2019:177). Em CURIA - Documents (europa.eu)

23 Acórdão do Tribunal Geral, Izsák e Dabis / Comissão, de 10 de maio de 2016, no processo T529/13 (ECLI:EU:T:2016:282). Em CURIA - Documents (europa.eu)

24 Acórdão do Tribunal de Justiça, Anagnostakis/Comissão, de 12 de setembro de 2017, C589/15 P (ECLI:EU:C:2017:663). Em CURIA - Documents (europa.eu)

25 Acórdão do Tribunal Geral, Anagnostakis/Comissão, de 30 de setembro de 2015, C450/12 (ECLI:EU:T:2015:739). Em CURIA - Documents (europa.eu)

26 Acórdão do Tribunal Geral, Efler e o./Comissão, de 10 de maio de 2017, T754/14 (ECLI:EU:T:2017:323). Em CURIA - Documents (europa.eu)

27 Acórdão do Tribunal Geral, Costantini e o./Comissão Europeia, de 19 de abril de 2016 (ECLI:EU:T:2016:223), em CURIA - Documents (europa.eu)

28 Acórdão do Tribunal Geral, Iniciativa ciudadana… / Comissão, de 9 de junho de 2021, T-611/19 (ECLI:EU:T:2021:340). Em CURIA - List of results (europa.eu)

cidadania europeia.

De notar que todos se referem ainda ao normativo anterior do Regulamento (UE) n.º 211/2011, o que em nada altera o nosso propósito de estudo, conforme já analisado. Atento que o Regulamento (UE) 2019/788 apenas entrou em vigor em 1 de janeiro de 2020, não se encontram ainda decisões das jurisdições do TJUE relativamente a este normativo.

a) Uma das situações mais recentes diz respeito a um recurso de decisão do Tribunal Geral, isto é, um acórdão do Tribunal de Justiça de dezembro de 2019 (C-418/18 P)[29] interposto pelos organizadores da iniciativa de cidadania europeia "One of Us" que tem por objeto um recurso de um acórdão do Tribunal Geral (T561/14)[30], nos termos do artigo 56.o do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia[31]. No seguimento do recurso de anulação[32] desencadeado pela entidade European Citizens' Initiative One of Us.

Estava aqui em causa a ICE "Um de nós", registada na Comissão em 2012[33]. Posteriormente ao seu registo de 11/05/2012[34] e percurso de validação, a Comissão, conforme sua obrigação, indicou na Comunicação da Comissão de 28/05/2014[35] a sua posição definitiva de que não tencionava tomar qualquer medida na sequência desta ICE, pelo que os organizadores da ICE solicitaram

29 Acórdão do Tribunal de Justiça, Puppinck e o./Comissão, de 19 de dezembro de 2019, C418/18 P (ECLI:EU:C:2019:1113).

30 Acórdão do Tribunal Geral, One of Us e o./Comissão, de 23 de abril de 2018, T561/14 (ECLI:EU:T:2018:210). Em CURIA - Documents (europa.eu).

31 Disponível em tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf (europa.eu)

32 Nos termos do artigo 263.º, § 2, do TFUE.

33 Cujo objetivo é introduzir uma proibição e pôr fim ao financiamento, pela União, das atividades que pressupõem a destruição de embriões humanos (em particular no que respeita à investigação, ajuda ao desenvolvimento e saúde pública), incluindo o financiamento direto ou indireto do aborto.

34 Percurso em Informações sobre a iniciativa | Iniciativa de cidadania europeia (europa.eu) . A ICE «Um de nós» reuniu 1 721 626 assinaturas provenientes de 28 EstadosMembros, antes de ter sido oficialmente apresentada à Comissão, no início de 2014.

35 Comunicação COM(2014) 355 final da Comissão, de 28 de maio de 2014. Em untitled (europa.eu)

ao Tribunal Geral (TG) a anulação desta comunicação, invocando designadamente a obrigação da Comissão de apresentar uma proposta de ato jurídico da União em resposta a uma ICE registada. Porém, o Tribunal Geral confirmou a decisão da Comissão salientando que uma ICE pretende «convidar» a Comissão a apresentar uma proposta adequada para efeitos de aplicação dos Tratados, não a obrigando a tomar a ação ou as ações previstas pela ICE. Tal é o caráter facultativo da apresentação pela Comissão de uma proposta de ato da União seguido de uma ICE.

A ação, terminada como improcedente para o pedido, foi resolvida em três anos e nove meses. O recurso foi apreciado em um ano e seis meses e o resultado foi considerar todos os argumentos improcedentes, mantendo-se a decisão do TG.

Foram apresentadas Conclusões do advogado-geral[36] Michal Bobek[37], como sempre documento de teor utilíssimo com o cariz de parecer jurídico fundamentado. E houve lugar a intervenientes nos processos, nos termos do Regulamento de Processo aplicável[38].

Desde logo, o processo é interessante por estar em causa o pedido de anulação de uma Comunicação, que não é um ato típico do direito da União Europeia[39]. Aliás "a Comissão alega que o recurso é inadmissível, pelo facto de a comunicação impugnada não constituir um ato suscetível de recurso de anulação por força do artigo 263° do TFUE"[40]. Contudo, invocando jurisprudência, os "recorrentes contestam a tese da Comissão. Recordese que podem ser objeto de um recurso de anulação baseado no artigo 263°

36 Artigo 252.º do TFUE.

37 Conclusões apresentadas em 29 de julho de 2019 (ECLI:EU:C:2019:640). Em CURIA - Documents (europa.eu)

38 Artigo 40.º do Estatuto do TJUE, no artigo 129.º e seguintes do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_pt.pdf , e no artigo 142.º e seguintes do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-pt-div-t-0000-2018-201810296-05_01.pdf

39 De acordo com o artigo 288.º do TFUE, são atos típicos do direito da União os regulamentos, as diretivas e as decisões, enquanto atos vinculativos, e as recomendações e pareceres, não vinculativos. A doutrina considera os restantes atos aqui não previsto como atípicos.

40 No processo T561/14 (ECLI:EU:T:2018:210), § 66.

do TFUE todos os atos adotados pelas instituições da União, independentemente da sua natureza ou da sua forma, que se destinem a produzir efeitos jurídicos vinculativos que podem afetar os interesses do recorrente, modificando de forma caracterizada a sua situação jurídica"[41]. E, o TG confirma a recorribilidade deste ato, concluindo "que a comunicação impugnada produz efeitos jurídicos vinculativos suscetíveis de afetar os interesses dos recorrentes, modificando de forma caracterizada a sua situação jurídica (…) na medida em que a comunicação impugnada encerra a posição definitiva da Comissão de não apresentar uma proposta de ato jurídico em resposta à ICE controvertida e encerra o processo de ICE intentado e prosseguido pelos recorrentes"[42].

b) Outra ICE aqui escolhida deu lugar a duas decisões do Tribunal Geral por razões diversas. Tal acontece na ICE "Minority SafePack — one million signatures for diversity in Europe"[43], apresentada à Comissão em 2012[44]. A Comissão, através de Decisão[45] indeferiu o pedido de registo, pelo que os organizadores da ICE solicitaram ao Tribunal Geral (TG) a anulação desta decisão[46]. O Tribunal Geral reconheceu os argumentos invocados. A ação foi procedente e a decisão de 2013 anulada, num processo resolvido em três anos e três meses. Houve lugar a intervenientes no processo. Seguiu-se o registo parcial da mesma ICE em decisão

41 Idem, § 68.

42 Idem, § 77 e 79.

43 Entretanto já encerrada, percurso em Informações sobre a iniciativa | Iniciativa de cidadania europeia (europa.eu)

44 Com o objeto de melhorar a proteção das pessoas pertencentes a minorias nacionais e linguísticas e a reforçar a diversidade cultural e linguística na União, no objetivo de aprovar uma série de atos legislativos para melhorar a proteção das pessoas pertencentes a minorias nacionais e linguísticas e a reforçar a diversidade cultural e linguística junto com medidas relativas às línguas regionais e minoritárias, à educação e à cultura, à política regional, à participação, à igualdade, ao conteúdo dos meios de comunicação social e ao apoio estatal concedido pelas autoridades regionais.

45 Decisão C(2013) 5969 final da Comissão, de 13 de setembro de 2013 (não publicada), disponível em Registo de documentos da Comissão - C(2013)5969 (europa.eu)

46 Acórdão do Tribunal Geral, Minority SafePack/Comissão, de 3 de fevereiro de 2017, no processo T646/13 (ECLI:EU:T:2017:59).

de 2017[47].

Porém, surge um novo processo, desencadeado, precisamente, por um dos Estados-Membros interveniente no processo anterior, a Roménia, que agora assume o papel de recorrente e contra a Comissão, mais uma vez em processo de anulação, agora relativamente à decisão de 2017. Desta vez, contra o registo efetuado, afinal, pela Comissão, no resultado da demanda anterior. A Comissão registou parcialmente a ICE e este Estado-Membro não concorda com o teor desta ICE, considerando, nomeadamente, que o registo deveria ter sido recusado já "que os domínios de ação concretos visados (…), pelo seu objeto e pelos seus objetivos, (…) exorbit[am] manifestamente a esfera de competência da União"[48]. Resultou no acórdão do Tribunal de Geral de setembro de 2019 (T-319/17)[49].

Foi negado provimento ao recurso, num processo resolvido em dois anos e três meses. Houve também lugar a intervenientes no processo.

É uma situação curiosa em que um só pedido de registo de uma ICE deu lugar a dois processos de anulação de decisões da Comissão apreciados no Tribunal Geral: primeiro contra a decisão de recusa de registo pela Comissão e, em seguida, com a anulação dessa decisão e consequente registo da ICE, um segundo processo contra essa decisão de registo. Sempre em análise a aplicação e interpretação dos requisitos de tramitação de uma ICE.

Notas conclusivas

Os pressupostos de realização de uma iniciativa de cidadania europeia são simples: consiste num instrumento inovador de democracia participativa, que permite que a um milhão de

47 Decisão (UE) 2017/652 da Comissão de 29 de março de 2017, JOUE L 92 de 06.04.2017, pp. 100 a 104. Em EUR-Lex - 32017D0652 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

48 No processo T-391/17 (ECLI:EU:T:2019:672), § 24.

49 Acórdão do Tribunal Geral, Roménia/Comissão, de 24 de setembro de 2019, T-391/17 (ECLI:EU:T:2019:672). Em CURIA - Documents (europa.eu)

cidadãos da UE de, pelo menos, sete Estados-Membros convidar a Comissão Europeia a apresentar propostas legislativas em matérias de domínio da competência da União Europeia.

A prática assumida pela Comissão Europeia e confirmada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, como analisado pelos exemplos escolhidos, vai no sentido de um grande rigor na observância estrita desses pressupostos.

A jurisprudência confirma também a ampla margem de apreciação da Comissão nas suas respostas quando no sentido de não dar seguimento às medidas solicitadas por uma ICE. Na sua posição de instituição da União Europeia e dotada da quase exclusiva primazia de iniciativa legislativa na União, a Comissão consegue uma abrangência sobre o direito da União que lhe permite apreciar da oportunidade, adequabilidade e necessidade das medidas requeridas.

Em quase uma década de exercício deste instrumento, os casos que chegam ao TJUE são tão poucos que é possível enumerá-los. Tal pode significar que se trata de um instrumento jurídico eficaz e claro, que, por isso, poucas situações de litígio coloca e, quando as coloca, é por divergentes posições na interpretação dos requisitos de tramitação.

Uma vez que está sempre em causa a posição da Comissão como instituição exclusiva para lidar com uma ICE, a matéria é causa cabe no direito institucional da União Europeia. E as situações de litígio surgem com mais frequência contra a decisão de recusa da Comissão em admitir uma ICE, o que se justificará por ser ainda um instituto novo, de forma que os processos são ainda mais presentes na de começo, isto é, na decisão inicial. Há, apenas, um caso contra a posição final da Comissão, por comunicação, de não dar prosseguimento a uma ICE que alcança o final do percurso. Talvez pela mesma razão de ainda poucas terem alcançado este momento e esta tendência poder-se-á alterar com a evolução e o uso já crescente e mais frequente deste instrumento.

Referências bibliográficas

ALVES, Dora Resende; SILVA, Manuela Magalhães e FERREIRA, Maria João. “The value of new technologies in participatory democracy. The case of the European citizens’ initiative.”. Doxa Comunicación, 28, enero-junio 2019, pp. 37-53. ISSN: 1696-019X / e-ISSN: 2386-3978.

ALVES, Dora Resende. “A entrada em vigor do direito de iniciativa de cidadania europeia”. Revista Jurídica. Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Nº 15 (2012), pp. 49 a 56. ISSN 0874-2839.

J. Organ (Editor) and A. Alemanno (Editor), Citizen Participation in Democratic Europe: What Next for the EU? ECPR Press, 2021. ISBN 978-1786612878.

GONÇALVES, Rubén Miranda. Novas alternativas ao exercício da democracia tradicional: a democracia participativa. Revista Jurídica UNICURITIBA. Vol 3, 44, 2016, pp. 426-437.

SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. Noções de Direito Constitucional e Ciência Política. 3ª edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2016. ISBN 978-989-8823-37-3.

Documentação

Regulamento (UE) 2019/788 do Parlamento Europeu e do Conselho

de 17 de abril de 2019 sobre a iniciativa de cidadania europeia, JOUE L 130 de 17.05.2019, pp. 55 a 81. Retificado no JOUE C 424 de 15.12.2020, pp. 60 e 61. Retificado no JO L 334 de 27.12.2019, p. 168. Versão consolidada em CL2019R0788PT0010020.0001_cp 1..1 (europa.eu)

Regulamento (UE) n.º 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, sobre a iniciativa de cidadania (JO L 65 de 11.3.2011, p. 1). Retificado no JOUE L 334 de 27.12.2019, p. 168. Revogado. Versão consolidada em 2019G04617PT_cp 1..1 (europa.eu) e CL2011R0211PT0060010.0001_cp 1..1 (europa.eu)

O melhor interesse de crianças e adolescentes e os efeitos jurídicos da perfilização (profiling) no ambiente digital

The best interest of child and the legal effects of profiling in the digital environment

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza[1]

Sumário: 1. O ambiente digital e seus desafios; 2. Tratamento de dados de crianças e adolescentes na Lei 13.709/2018 (LGPD); 3. Perfilização (profiling) de crianças e adolescentes e posturas normativas; 4. Melhor interesse da criança e ambiente digital: cautelas necessárias; Considerações Finais.

Resumo: A presente pesquisa objetiva analisar os riscos decorrentes da disponibilização de dados de crianças e adolescentes no ambiente digital, principalmente a partir do uso de técnicas de inteligência artificial que se baseiam na perfilização de interesses pessoais para predição de conteúdo. Com base em estudo doutrinário e legislativo, busca-se identificar como a referida técnica, já repudiada em normativas internacionais, pode apresentar riscos à população infantojuvenil, qualificada pela vulnerabilidade decorrente da condição de pessoa em desenvolvimento. Para tanto, necessário analisar a opção estabelecida pela Lei Geral de Proteção de Dados acerca do tratamento conferido aos dados de crianças e adolescentes e a legislação específica nacional (Estatuto da Criança e do Adolescente – lei 8.069/1990), baseada no melhor interesse e na proteção integral. Os efeitos da inclusão da tecnologia devem ser integrados ao sistema jurídico nacional e, para tanto, necessário estabelecer uma interpretação que atenda aos interesses envolvidos e respeite a prioridade constitucional de tutela aos sujeitos em formação. O tema envolve assuntos de variados matizes, estando a agregar aspectos referentes à educação digital de pais e filhos, interesses mercadológicos, inafastabilidade da sociedade datificada e nova forma de vigilância social. Todos esses fatores devem ser analisados a partir de uma interpretação sistemática, de modo a fixar parâmetros por meio dos

1 Professora Doutora de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil. Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: vanessarcss36@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

quais a perfilização esteja adequada aos rigores de proteção decorrentes do melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Melhor interesse de crianças e adolescentes; Ambiente digital; LGPD; Perfilização.

Abstract: This research aims to analyze the risks arising from availability of data from children and adolescents in digital environment, mainly from use of artificial intelligence technique that are based on profiling personal interests and tastes and their respective content prediction. Based on a doctrinal and legislative study, this research intends to identify how this technique, already repudiated in international regulations, can present risks to the children and adolescents, qualified by their condition of vulnerability and development. Therefore, it is necessary to analyze the option established by the General Data Protection Law regarding the treatment given to the data of children and adolescents and the specific national legislation (Statute of Child and Adolescent – 8.069/1990), based on the best interest and full protection, to achieve an interpretation that observes the interests involved and respects the constitutional priority of young people. The subject involves issues of various shades, adding aspects related to the digital education of parents and children, marketing interests, the existence of dating society and a new form of surveillance, whose systematic interpretation of interests and values should lead to the establishment of parameters to guarantee that profiling method observes the protection that arises from de best interests of the child and adolescents.

Palavras-chave: Best interest of child; Digital environment; LGPD; Profiling.

1. O ambiente digital e seus desafios

Os desafios oriundos da utilização de novas técnicas no ambiente digital começam a ser reconhecidos e enfrentados pelas mais variadas normas jurídicas, na medida em que impactam sobre a vida humana. Vive-se a época da datificação e de um novo tipo de vigilância sobre os comportamentos humanos, haja vista a coleta massiva de dados que rege a prestação de serviços e produtos na atualidade.

As regras atuais, em sua maioria, não foram criadas para reger esse novo cenário, exigindo, portanto, adaptação mediante atividade interpretativa para promover a convivência das leis já existentes com as novas regulações que passam a entrar em vigor. A atividade legislativa criadora de novos conceitos e, por vezes, de novas soluções, deve estar integralmente vinculada à ordem axiológica que sustenta a Constituição e seus princípios, sob pena de inaugurar ambiente fora do sistema, na medida em que regido por valores e práticas que podem ser abusivas e exploratórias da condição humana. Dessa forma, a regulação de práticas comerciais não deve se circunscrever aos seus próprios interesses criando um nicho de relações estabelecidas em paralelo à inafastável tutela à pessoa humana.

A coleta de dados pessoais, desde sempre, foi um procedimento regular para o acesso a serviços e produtos, pois necessário no mínimo identificar a pessoa com quem obrigações estariam a se constituir. A maior atenção a essa atividade tornou-se, porém, urgente, ao se evidenciar o alcance que o ambiente digital pode oferecer em termos qualitativos e quantitativos, fato indiscutível diante da realidade do Big Data e das inovações de armazenamento e tratamento de dados. Importante ressaltar que os dados podem ser classificados, mas inexistem dados insignificantes[2] ou inúteis, pois as mais sofisticadas técnicas de associação e cruzamento podem evidenciar uma informação bastante relevante e geradora inclusive de discriminação para o seu titular. Informar a respeito do uso e do destino dos dados, obter livre e informado consentimento de seu titular, bem como criar instrumentos para a sua imediata correção, foram posturas que se tornaram urgentes para que um mínimo de garantia fosse oferecido às pessoas que, na atualidade, vivem em uma sociedade em que os dados se transformaram em verdadeira contraprestação aos produtos e serviços que consomem. O receio

2 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510 . Data de acesso: 10 jul. 2021

sobre o tratamento indevido de dados cresceu na mesma medida em que a tecnologia se impôs no cotidiano de todos, realidade que se apresenta inafastável por ter saltado dos computadores, antigamente o único meio de acesso à Internet, e ter invadido os carros, aparelhos eletrodomésticos e até os brinquedos.

Nessa atmosfera em que a vida conectada se entremeia com a vida física, a disponibilização de dados parece ser algo muito simples se comparada à grandiosidade dos resultados oriundos das aplicações disponíveis no meio digital. Assim, seduzidos pela inclusão nesse cenário, não se dimensiona a importância da contraprestação oferecida e, ao fim, se permite o conhecimento em detalhes sobre as preferências, hábitos, localização, condições materiais e imateriais de quem usa a rede, o que permite a dedução de interesses e desejos que, na grande maioria dos casos, sequer haviam sido pensados, ou, se pensados, precisavam ser incentivados. Se esse panorama já permite a sensação de ser refém de interesses econômicos, políticos ou sociais, evidenciando a vulnerabilidade de todos que utilizam a rede, o que poderá ser dito sobre crianças e adolescentes que, por serem pessoas em desenvolvimento, portanto, curiosos em descobrir a própria vida e seus relacionamentos, não possuem maturidade para compreender a extensão daqueles interesses e suas consequências.

Há pouco tempo o Brasil vem criando leis para a regulação desses novos cenários, sendo exemplo o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que se une às normas civis já estabelecidas, com a apresentação de conceitos e princípios regentes da atuação na Internet. De outro lado, a lei 13.709/2018 passou a regular o tratamento de dados por pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, com vistas a equilibrar interesses e garantir à pessoa sua autodeterminação informacional. No que diz respeito às crianças, houve previsão no art. 14 sobre o tratamento de seus dados e as regras mínimas a ele aplicáveis, valendo ressaltar a importância de cuidadosa atenção ao tema por conta da vulnerabilidade que qualifica

a população infantojuvenil. Nesse ponto, o Comitê de Direitos da Criança da ONU, em março de 2021, publicou o Comentário 25, com vistas ao tratamento de seus interesses no ambiente digital e garantia da efetividade dos princípios da Convenção de Direitos da Criança (1989), quais sejam a não discriminação; o melhor interesse; vida, sobrevivência e desenvolvimento; e respeito aos seus pontos de vista.[3]

2. Tratamento de dados de crianças e adolescentes na Lei 13.709/2018 (LGPD)

A Lei Geral de Proteção de Dados (13.709/2018), em seu art. 14, dispôs sobre o consentimento para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, e determinou que sua realização se dê sempre de acordo com o seu melhor interesse, na forma do próprio dispositivo e da legislação vigente (caput)[4]. Assim, seguindo o parâmetro de proteção conferido, deve o consentimento ser livre e informado de maneira clara e acessível para o público ao qual se destina, sobretudo quanto ao tipo de dado coletado, maneira de sua utilização e forma para o exercício de direitos a eles referentes (§2º). Nessa matéria, o que vem chamando atenção é o fato de a lei, no parágrafo 1º, ter exigido consentimento específico e em destaque, a ser conferido por um dos pais ou responsável, para a realização de tratamento de dados de crianças, tendo silenciado sobre os dados dos adolescentes. Os questionamentos que se impõem a partir da redação do dispositivo dizem respeito à dúvida sobre a adoção de critério de capacidade diverso para o ambiente digital, de maneira a se conferir aos adolescentes ampla manifestação de vontade sobre seus dados, ou, se o assunto continuaria sendo tratado pela legislação vigente, in casu o Código

3 COMITEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General comment No. 25 on children's rights in relation to the digital environment. 2 March 2021. Disponível em: https://5rightsfoundation.com/uploads/ExplanatoryNotes_UNCRCGC25.pdf. Acesso em 20 abr 2021.

4

Civil, que determina a incapacidade absoluta (até os dezesseis anos) ou relativa (entre dezesseis e dezoito).[5]

Parece ter havido real avanço sobre o tratamento jurídico da autonomia do adolescente, de acordo com a Convenção de direitos da criança (art. 12) e lei 8069/1990 (ECA, art. 16, II), sobretudo pelo fato de o §6º ter determinado a utilização de formato simples e acessível às condições físicas e intelectuais do público infantojuvenil para a prestação de informações consideradas necessárias e adequadas ao entendimento da criança sobre o uso de seus dados.

No entanto, algumas questões importantes merecem ser analisadas pois podem afastar o entendimento sobre a adoção desse novo paradigma de manifestação de vontade quanto a matéria de dados.

O primeiro, basilar, diz que as crianças, por serem nativos digitais, e terem extrema facilidade para lidar com os dispositivos físicos, não necessariamente o utilizarão com segurança[6], na medida em que não têm como prever o destino dos dados que disponibilizam, principalmente por conta dos insidiosos e abrangentes sistemas adotados pelos responsáveis pelas aplicações. Além disso, a adolescência, de acordo com o critério etário adotado pelo Brasil, é um período que vai desde a idade de doze até os dezoito anos, ou seja, a heterogeneidade de condições e de maturidade dentro da categoria é extremamente variável, o que prejudica a utilização da condição de adolescente como um nível abstrato a partir do qual a maturidade possa ser identificada e estabelecida como uma regulação objetiva que legitimaria o tratamento de dados por terceiros. Com base em tais argumentos, entende-se que seria mais adequado considerar a condição de relativamente incapaz, ou seja, a partir dos dezesseis anos, como

5 Sobre o assunto, TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 287-322.

6 DELAUNAY, Geneviève Jacquinot. Novas tecnologias, novas competências. Educar, Curitiba, n. 31, p. 277-293, 2008. Editora UFPR, p. 278.

um critério etário mais seguro para a tomada de decisões por adolescentes no ambiente digital, pelo menos até o momento em que a educação digital seja mais ampla e haja mudança na lei para a indicação de uma idade apropriada, com base em estudos específico sobre desenvolvimento infantil.

3. Perfilização (profiling) de crianças e adolescentes e posturas normativas

A utilização de dados para a classificação de pessoas é uma atividade possível desde que sejam reunidas algumas informações, ainda que poucas, sobre determinados indivíduos. Assim, por exemplo, é possível separar aqueles que residem em um mesmo bairro, possuem a mesma idade e gostem de algum tipo específico de atividade. Perfilizar, ou seja, criar grupos a partir de certos elementos de análise, é uma atividade que sempre existiu, desde que os dados eram armazenados em meios físicos. A realidade contemporânea, no entanto, potencializou a capacidade de criar perfis haja vista a agilidade das técnicas de inteligência artificial aliada à enorme quantidade e qualidade de dados exitentes no ambiente virtual e a possibilidade de entrecruzamento entre eles. Criar padrões de interesses pode ser um instrumento benéfico por permitir o endereçamento de produtos e serviços mais adequados ao interessado, otimizando o tempo de busca, como pode ainda conduzir ao descobrimento de informações ou documentos que não seriam alcançados com tanta facilidade. É necessário, no entanto, que o processo de criação de perfis ocorra de maneira correta e legítima e, além disso, que o seu uso seja direcionado a atividades lícitas, eis que possível seu direcionamento para seleções discriminatórias, seja em assuntos relacionados ao direito privado (exemplo: não conceder crédito a quem mora em certa região) ou à esfera pública.

Quando realizada por meios automatizados, a perfilização

pode ser considerada resultado do processo de data mining, que consiste em transformar dados, por vezes desconexos, em informações relevantes a partir do tratamento realizado.[7] Os dados utilizados para mineração podem ser obtidos a partir do rastreio da atividade online de certa pessoa e também daqueles por ela mesma disponibilizados nesse mesmo ambiente. O resultado permite criar uma identidade a partir não só de elementos objetivos como também dos interesses, hábitos e seus padrões de consumo.

O emprego desses perfis pode ser direcionado a fins comerciais, profissionais, de concessão de crédito, oferecimento de conteúdos, bem como estabelecimento de necessidades a serem sanadas por políticas públicas e de segurança. Dadas essas finalidades, torna-se necessário atentar-se para a utilidade de perfilizar dados de crianças e adolescentes.

O Cometário 25 da Comissão de Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes da ONU repudia a perfilização de crianças para fins comerciais (item 42) ou para interferir na manifestação de suas opiniões (item 61). Ambas as possibilidades feririam a autonomia por induzir o público infantojuvenil ao consumo, ou direcioná-lo a conteúdos que moldariam seus pensamentos para tomadas de opinião consideradas mais adequadas à luz de interesses políticos ou sociais de uma determinada época ou lugar. Além disso, segundo o mesmo documento (item 68), a prática rotineira de identificar e combinar elementos de localização, atividades realizadas, emoções, relacionamentos pessoais e dados de saúde,

7 MEDON, Filipe. Inteligência artificial e responsabilidade civil: autonomia, riscos e solidariedade. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 248.
Vide ainda: ZANATTA, Rafael A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/331287708. Acesso em 19 ago. 2021, p. 05.
"Esse processo envolve, ao menos, seis etapas: (i) registro de dados, (ii) agregação e monitoramento de dados, (iii) identificação de padrões nos dados, (iv) interpretação de resultados, (v) monitoramento dos dados para checar resultados e (vi) aplicação de perfis (profiles). Em um contexto de Internet das Coisas e produção massiva de dados, sustenta Hildebrandt, 'as tecnologias de perfilização são o link crucial entre uma overdose de dados triviais sobre nossos movimentos, temperatura e interação com outras pessoas e coisas e um conhecimento aplicável sobre nossos hábitos, preferências e o estado do ambiente.' "

pode interferir diretamente sobre a privacidade da criança, com efeitos que podem se estender até a idade adulta.[8] O Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (GDPR), em seu item 71, preocupa-se com as salvaguardas para que o titular possa verificar a exatidão dos resultados (explicação) e a forma, se necessário, para contestá-los; por fim, não recomenda a utilização da técnica para crianças.[9]

A Lei 13.709/208 somente afirma, em seu art. 12, §2º, que "Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.", ou seja, parece considerar a perfilização uma atividade inerente ao tratamento de dados, a atrair a aplicação de todos os direitos e garantias descritos em lei para o seu manejo. Assim, todas as imposições quanto à disponibilização de dados de crianças e adolescentes devem ser estritamente observadas, sob pena das sanções legais.

Muito adequada a observação feita por Rafael Zanatta, no seguinte sentido:

> A ação de "encaixar uma pessoa", a partir de seus dados pessoais, em um perfil social e inferir algo sobre ela implica em obrigações de três naturezas: (i) informacional, relacionada à obrigação de dar ciência da existência do perfil e garantir sua

8 COMITEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General comment No. 25 on children's rights in relation to the digital environment. 2 March 2021. Disponível em: https://5rightsfoundation.com/uploads/ExplanatoryNotes_UNCRCGC25.pdf. Acesso em 20 abr 2021.

9 Disponível em https://gdpr-info.eu/. Acesso em 19 ago 2021.
Deve ser mencionado ainda o Considerando 38 da GDPR: "(38) As crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais.
Essa proteção específica deverá aplicar-se, nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças.
O consentimento do titular das responsabilidades parentais não deverá ser necessário no contexto de serviços preventivos ou de aconselhamento oferecidos diretamente a uma criança." Disponível em https://gdpr-text.com/pt/read/recital-38/. Acesso em 23 ago. 2021.

> máxima transparência, (ii) anti-discriminatória, relacionada à obrigação de não utilizar parâmetros de raça, gênero e orientação religiosa como determinantes na construção do perfil, e (iii) dialógica, relacionada à obrigação de se engajar em um "processo dialógico" com as pessoas afetadas, garantindo a explicação de como a perfilização funciona, sua importância para determinados fins e de como decisões são tomadas." [10]

Além das benesses acima identificadas, a perfilização, especificamente para crianças e adolescentes, pode ser utilizada para identificar um menor que esteja assumindo idade diversa para ter acesso a aplicações não adequadas a sua faixa etária. Ou seja, seu uso pode ser direcionado à proteção ou até para o oferecimento de conteúdos adequados para a idade, mas nunca para fins legalmente impróprios. Finalidades como ofertar informação apropriada – cultura, esportes –, entretenimento gratuito e educação são adequadas a esse público e, em tese, possíveis mediante a criação de perfil baseado em dados encontrados na rede que, para tanto, devem ser sempre proporcionais e restritos à natureza da aplicação utilizada (art. 14, §4º, LGPD).

Muito feliz, portanto, o direcionamento estabelecido em sede do Age appropriate design code, documento específico para a proteção de dados de crianças e adolescentes do Reino Unido, no sentido de que, se não há como controlar o conteúdo a ser oferecido, melhor não perfilizar; e, ainda que o perfil se baseie no histórico da própria navegação da criança, é a empresa que vai oferecer o serviço e, portanto, deve ser responsável por ele. [11]

4. Melhor interesse da criança e ambiente digital: cautelas necessárias

10 ZANATTA, Rafael A. F. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/331287708. Acesso em 19 ago. 2021, p. 03.

11 Design apropriado para a idade: código de práticas para serviços online. Disponível em https://itsrio.org/pt/publicacoes/design-apropriado-para-a-idade-codigo-de-praticas-para-servicos-on-line/. Acesso em 23 ago. 2021.

O desafio contemporâneo está na compatibilização entre interesses de mercado, regulação do setor mercantil sobre a proteção de dados e a proteção integral de crianças e adolescentes. Como visto, a perfilização objetiva a criação de um padrão de interesses a ser utilizado para determinados fins. Importa, então, considerar se esses objetivos se encontram ou não vinculados ao desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes enquanto pessoas em formação. Dessa maneira, caso sejam considerados interesses comerciais[12], profissionais ou concessão de crédito, é inafastável a conclusão de que em nada se relacionam aos interesses infantis, de modo que não cabe qualquer tipo de estabelecimento de padrão ou oferecimento de conteúdos sobre esses assuntos. Da mesma forma, não deve ser utilizado para definir comportamentos a partir dos quais possam ser induzidas escolhas na vida das crianças, pois a curiosidade característica do crescimento físico e amadurecimento psíquico pode conduzir à exploração de variados conteúdos, de modo que perfilizá-las a partir do rastro digital pode comprometer sua autonomia, não permitindo que haja erros e arrependimentos na vida digital, em clara afronta à previsão do art. 3º da Lei 8.069/90.[13]

Analogamente, o art. 70 da Lei 8.069/90 deve direcionar

12 Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
§ 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
§ 2° É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
BRASIL. Lei 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 23 ago. 2021.

13 Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. BRASIL. Lei 8.069/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 23 ago. 2021

a organização das plataformas digitais, de modo que nenhum conteúdo inapropriado seja direcionado ao público infantojuvenil, bem como sejam oferecidos produtos e serviços seguros para a sua formação, sendo entendida a privacidade de dados como elemento de extrema importância para que não ocorram indevidas e ilegítimas intromissões na vida da criança. Há dados que precisam ser fornecidos e armazenados para o acesso a um serviço, por exemplo, identificação em uma plataforma para aulas online, caso em que as bases legais devem ser utilizadas para a sua coleta. A perfilização decorrente dos dados disponibilizados, e não obrigatória para a prestação do serviço, deve ser realizada de maneira excepcional e justificada, também mediante as garantias dispostas na LGPD quanto às bases legais aplicáveis, sempre para o fim de atender aos interesses da criança. Maior controle, portanto, cabe às empresas, no sentido de criar e aplicar tecnologias menos invasivas para esse público, sempre que possível com o estabelecimento de configurações de segurança já ativadas e, se não for possível, que sejam esclarecidas de maneira simples e lúdica para completa ciência e, até mesmo, para proporcionar a necessária educação digital que todos precisam para uma atividade segura e proveitosa.

Considerações Finais

Questões como a maior familiaridade das crianças e adolescentes no ambiente digital, a necessidade de que o uso seja direcionado pelos pais mediante educação voltada a essa seara – afinal o ambiente virtual não pode ser confundido com um território isento de regras – , a dificuldade de entendimento que alguns pais ainda têm sobre o alcance das ferramentas digitais, são fatos que norteiam a discussão e que devem ser analisados para que se encaminhe uma interpretação adequada ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, sobretudo na interpretação do art. 14

da LGPD. O ambiente digital, de certa forma, espelha o mundo físico e vai além ao acrescentar características que lhe são peculiares. Assim, encontra-se consumo, entretenimento, informação, educação e diversas outras funcionalidades que não podem ser consideradas como um sistema paralelo à axiologia constitucional. A perfilização ilegal ou oriunda da disponibilização não verificada/apoiada dos dados pode expor o adolescente a graves riscos ao permitir a exposição de sua privacidade e comprometer a formação da identidade, o que inviabiliza seu desenvolvimento livre e sadio. A curiosidade que caracteriza a adolescência pode contribuir, a partir do rastreio e dos dados conferidos, para a construção de perfis que vinculem o adolescente a ideias e posturas que não irão se confirmar na vida juvenil ou adulta, atraindo posturas discriminatórias. Além disso, o desenvolvimento sadio pode restar comprometido a partir do acesso a vídeos, páginas e informações com conteúdo inapropriado, qual seja o de natureza violenta e sexual, ou noções inadequadas/erradas sobre sexualidade e doenças. O melhor interesse da criança deve ser reconhecido a partir das previsões do art. 227, caput, da Constituição e das normas da lei 8069/90, sobretudo quanto a prevenção específica, que se preocupa com os conteúdos oferecidos às crianças e com os produtos e serviços que consomem. Assim, as empresas de tecnologia devem criar um padrão de segurança que se baseie na prioridade e no respeito aos direitos da população infantojuvenil, observando regras de segurança e de privacidade sobre os dados que necessária e proporcionalmente tenham que ser disponibilizados, sempre para o fim de ofertar conteúdos próprios à idade e que não coloquem em risco o desenvolvimento da criança. Essa imposição deve ser fiscalizada e sancionada a partir dos instrumentos normativo existentes, sobretudo de natureza administrativa, para que o respeito e o não aproveitamento da condição infantil tornem-se diretivas decorrentes de um padrão não só normativo, mas cultural de oferecimento de produtos e serviços.

Referências bibliográficas

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2019. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em https://cetic.br/pesquisa/kids-online/. Acesso em: 20 mai. 2021.

COMITEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General comment No. 25 on children's rights in relation to the digital environment. 2 March 2021. Disponível em: https://5rightsfoundation.com/uploads/ExplanatoryNotes_UNCRCGC25.pdf. Acesso em 20 abr 2021.

DELAUNAY, Geneviève Jacquinot. Novas tecnologias, novas competências. Educar, Curitiba, n. 31, p. 277-293, 2008. Editora UFPR.

MEDON, Filipe. Inteligência artificial e responsabilidade civil: autonomia, riscos e solidariedade. Salvador: Juspodivm, 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510 . Data de acesso: 10 jul. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord). Lei geral de proteção

de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 287-322.

UNICEF. Ninõs em um mundo digital. Estado mundial de la infância. 2017. Disponível em https://www.unicef.org/media/48611/file. Acesso em: 31 mai. 2021.

ZANATTA, Rafael A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/331287708. Acesso em 19 ago. 2021.

Responsabilidade civil e fake news [1]

Civil Liability and Fake News

Almir Garcia Fernandes[2]

Marcella Cunha Santos Rodrigues[3]

Sumário: Introdução; 2. Conceito de Fake News; 3. Liberdade de expressão e Fake News; 4. Da responsabilidade civil resultante da difusão de desinformação; Considerações finais.

Resumo: Esse estudo tem por finalidade analisar questões relacionadas à responsabilidade civil na disseminação das fake news, ou seja, inverdades disfarçadas de conteúdo jornalístico, espalhadas atualmente nas redes sociais. Volta-se principalmente aos critérios objetivos utilizados para caracterizar a violação dos fatos objetivos, que perdem sua importância mediante apelos a emoção e a crença pessoal. Busca-se traçar paralelos entre a proibição dessas notícias e o direito fundamental à liberdade de expressão. Serão apresentados elementos para estabelecer a diferença entre notícias jocosas e teorias da conspiração com o fenômeno contemporâneo das Fake News. Pretende-se demonstrar através da pesquisa qualitativa que há limites no direito à liberdade de expressão em relação a disseminação de notícias falsas, quando estes violarem direitos de terceiros, expondo assim, uma consequência à livre manifestação de pensamento quando ela for apresentada violando direitos fundamentais. Após revisão bibliográfica pretende-se concluir que que as notícias falsas implicam em danos, que podem ser individuais ou para toda a sociedade e que são elevados a proporções enormes devido às redes sociais, ainda que a reparação desses danos tem uma função pedagógica ao prevenir,

1 Artigo proveniente de estudo do Grupo de Pesquisa Direito Empresarial, inovações tecnológicas e direitos humanos, registrado junto ao CNPq. Endereço para acessar o espelho do grupo: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0248520940688598

2 Almir Garcia Fernandes: Doutor em Direito Comercial pela PUC de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais pela Universidade de Franca. Professor nos cursos de Graduação e Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Endereço eletrônico: almirgarcia@ufu.br.

3 Marcella Cunha Santos Rodrigues: Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Endereço eletrônico: csantosmar@gmail.com.

Porto, Portugal | 2022

ISBN 978-989-53281-4-7

ensinar e punir a disseminação das Fake News, contribuindo para a formação de uma sociedade mais ética, democrática e que dê mais valor a fatos objetivos, sabendo diferenciá-los da desinformação.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; desinformação; Fake News.

Abstract: This study aims to analyze issues related to civil liability in the dissemination of fake news, that is, untruths disguised as journalistic content, currently spread on social networks. It focuses mainly on the objective criteria used to characterize the violation of objective facts, which lose their importance through appeals to emotion and personal belief. It seeks to draw parallels between the prohibition of such news and the fundamental right to freedom of expression. Elements will be presented to differentiate between playful news and conspiracy theories with the contemporary phenomenon of Fake News. It is intended to demonstrate through the qualitative research that there are limits on the right to freedom of expression in relation to the dissemination of false news, when they violate the rights of third parties, thus exposing a consequence to the free expression of thought when it is presented in violation of fundamental rights. After a bibliographical review, it is intended to conclude that false news implies damage, which can be individual or for the whole society and that are increased to enormous proportions due to social networks, although the repair of such damage has a pedagogical function to prevent, teach and punish the dissemination of Fake News, contributing to the formation of a more ethical, democratic society that gives more value to objective facts, knowing how to differentiate them from misinformation.

Keywords: Civil liability; misinformation; Fake News.

Introdução

Ao analisar fatos históricos sobre a disseminação de notícias, se destaca a figura de Joseph Goebbels, ministro da propaganda na Alemanha Nazista, conhecido pela célebre frase: uma mentira dita mil vezes torna-se uma verdade.[4] Despontava-se naquela época o embrião do fenômeno que hoje é conhecido como Fake News, ou seja inverdades disfarçadas de conteúdo jornalístico, com o

4 STAFFORD, Tom. 'Ilusão da verdade ': A importância da repetição para o sucesso das mentiras. BBC News, 14 dez. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-37852352. Acesso em: 18 jun. 2021

potencial de atingir um grande público, seja de forma regional ou internacional, dificultando a separação do fato e da ficção.

Hodiernamente o dicionário de Oxford elegeu "pós-verdade" como a palavra do ano de 2016. De acordo com o verbete, esse termo descortina um cenário em que, para a formação da opinião pública, fatos objetivos perdem sua importância mediante apelos a emoção e a crença pessoal. Foi nesse contexto, que uma investigação realizada pelos jornais The Guardian e The New York Times denunciou que a empresa Cambridge Analytica coletou indevidamente dados pessoais de até 50 milhões de norte-americanos pela rede social Facebook, com o intuito de influenciar eleitores nas eleições presidenciais de 2016.[5]

Esse fenômeno não se restringiu aos Estados Unidos, pois notícias falsas também tiveram um papel importante na formação da opinião pública para tomada de decisões, tais como na saída do Reino Unido da União Europeia em 2016 e nas eleições presidenciais no Brasil em 2018. Esses fatos justificam um estudo específico sobre as Fake News, pois elas se apresentam como um instrumento de enfraquecimento das democracias modernas, oferecendo riscos à segurança jurídica e até mesmo à soberania popular.

O objetivo do presente estudo será apontar as formas de responsabilidade civil daqueles que utilizam as redes sociais para disseminar notícias falas, as chamadas Fake News. Para tanto será feita uma breve análise conceitual e histórica e serão apresentadas diferenças entre a liberdade de expressão e as notícias falsas. Será feita revisão bibliográfica e consulta de jurisprudências para analisar o conceito de Fake News enquanto fenômeno social contemporâneo, advindo da expansão das redes sociais.

Também serão traçados paralelos entre a proibição dessas notícias e o direito fundamental à liberdade de expressão e, por fim,

5 . CONFESSORE, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. The New York Times, 4 abr. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/ 04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html. Acesso em: 7 jun. 2021.

será demonstrado como a responsabilidade civil está sendo utilizada para contribuir com a redução da desinformação, necessitando responsabilizar aqueles que são responsáveis por esses atos.

1. Conceito de Fake News

A ideia de disseminação de notícia falsa acompanha a humanidade desde as mais antigas civilizações. De acordo com o professor François-Bernard Huyghe, do Instituto de Relações Internacionais e Estratégicas (Iris), as farsas faraônicas foram umas das primeiras "Fake News" do mundo. Segundo ele, o faraó Ramsés II teve uma semi-vitória na batalha de Qadesh contra os hititas, no ano de 1274 a.c, contudo, em função de um trabalho propagandístico de escultores e de escribas, a batalha foi transformada em uma vitória épica para a população.[6]

Sob uma perspectiva mais recente, muitas teorias espalham desinformação no mundo, criando fabulações como a de que John Lennon estaria vivo, que Paul McCartney foi substituído por um sósia, ou ainda que o homem não tivesse realmente chegado à lua.

Importante ressaltar que o termo "Fake News" foi utilizado incialmente apenas para designar notícias jornalísticas em forma sátira, eivada de crítica política ou social por meio do humor, como o "Daily Show", dos Estados Unidos e o Heute-Show, da Alemanha[7]. Contudo, atualmente resta o questionamento: qual a diferença entre essas notícias jocosas e o fenômeno contemporâneo das Fake News?

Uma possível resposta para esse questionamento pode ser

6 AFP. História das 'fake news' antes da era Trump. Istoé, 12 jul. 2018. Disponível em: https://istoe.com.br/historia-das-fake-news-antes-da-era-trump-2/. Acesso em: 9 jun. 2021.

7 ZIMMERMANN, Fabian; KOHRING, Matthias. „Fake News" als aktuelle Desinformation: Systematische Bestimmung eines heterogenen Begriff. 4 out. 2018, p. 527. Disponível em: https://www.researchgate.net/ publication/ 329161275_Fake_ News_als_aktuelle_Desinformation_ Systematische_ Bestimmung _eines_ heterogenen _Begriffs. Acesso em: 7 jun. 2021.

encontrada no artigo de Axel Gelfert, “Fake News: A Definition”[8]. Segundo ele as Fake News possuem três principais características: são disseminadas por meio da internet, mais especificamente nas redes sociais, que permitem o compartilhamento por milhões de pessoas em segundos; se tratam de histórias falsas; e, são deliberadamente enganosas, ou seja, são criadas com a intenção de manipular determinado público com o fim de atingir um propósito, que pode ser econômico ou político.

As fake news estão integradas no conceito de desinformação. Enquanto esta última seria uma derivação da informação, as fake news são uma variação falsa de notícia.

Por outro lado, Claire Wardle, em artigo escrito para o jornal The Guardian, afirma que a expressão “Fake News” é extremamente simplista e inadequada, além de estar sendo utilizada por políticos para deslegitimar a imprensa e a liberdade de expressão. Segundo a pesquisadora, a palavra certa para designar o fenômeno em que vivemos é “desinformação”.[9]

De toda sorte, as várias definições de Fake News, por mais divergentes que possam parecer, permitem a compreensão de que elas conduzem a um problema social complexo, potencializado por meio de redes sociais e tecnologia, manipulando comportamentos e opiniões em um curto espaço de tempo e de forma massificada, mediante fabricação de mentiras camufladas de notícias.

2. Liberdade de expressão e Fake News

Analisando a defesa do direito de expressão, sob o ponto de vista das fake News, é possível indagar: até que ponto devemos defender o direito à liberdade de expressão em relação a disseminação de notícias falsas? Existem limites à livre manifestação

8 GELFERT, Axel. Fake News: A Definition. Informal Logic, Berlim, 15 mar. 2018.

9 WARDLE , Claire; DERAKHSHAN, Hossein. How did the news go ‘fake’? When the media went social. The Guardian, 10 nov. 2017. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/nov/10/fake-news-social-media-current-affairs-approval. Acesso em: 2 jun. 2021.

de pensamento?

A doutrinadora portuguesa Cecilia MacDowell dos Santos traz relevante reflexão sobre a importância da liberdade de expressão: "A liberdade de expressão é considerada pela literatura jurídica como um direito humano fundamental e pré-requisito para o usufruto de todos os direitos humanos. Quando essa liberdade é suprimida seguem-se violações dos outros direitos humanos". [10]

Diversos textos normativos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos[11] e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantem o direito à liberdade de expressão de forma ampla, além do direito a uma de suas formas mais importantes para qualquer democracia: a liberdade de imprensa.

Para Robert Alexy[12], os direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, são princípios constitucionais, norteadores da hermenêutica jurídica. Desse modo, eles não são absolutos e, em caso de conflito, a solução se dá pela ponderação. Diante disso, embora reste incontroverso que, a liberdade de expressão é uma conquista histórica e uma característica inerente a um Estado Democrático de Direito, ela não deve ser utilizada como justificativa para outras violações de outros direitos fundamentais[13].

10 SANTOS, Cecilia MacDowell dos. A Mobilização Transnacional do Direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 1ª Ed. Coimbra: Almedina, 2012.

11 Art. 18. Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos. In COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

12 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.: 5ª. ed. Alemã. São Paulo. Malheiros, 2006.

13 "Nesses termos, para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc...)". FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

A disseminação de Fake News descortina uma nova perspectiva ao debate sobre liberdade de expressão. Em razão disso, foi publicada a Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e "Notícias Falsas", Desinformação e Propaganda, com representantes da ONU, da OSCE, da OEA e da ACHPR em que é defendido que a liberdade de expressão pode ser restringida sempre que há um discurso de ódio.[14]

Em suma, observa-se que a liberdade de expressão é um direito fundamental importantíssimo na concretização da dignidade humana, no entanto, uma liberdade ampla e desprovida de limites se torna uma afronta aos próprios ideais que ela nos propicia. Portanto, uma abordagem que se baseie na ponderação desse princípio se faz necessária quando nos deparamos com os estragos que a desinformação e as Fake News têm deixado nas democracias ao redor do mundo.

3. Da responsabilidade civil resultante da difusão de desinformação

A responsabilidade civil decorre do dever de reparação de um dano, proveniente de culpa ou imposição legal, com base em um nexo causal. O art. 927 do Código Civil[15] trata da responsabilidade civil destacando que pratica ato ilícito aquele que causa dano a outrem.

14 "También se podrán imponer restricciones a la libertad de expresión, siempre que sean conformes con los requisitos señalados en el párrafo 1(a), con el fin de prohibir la apología del odio por motivos protegidos que constituya incitación a la violencia, discriminación u hostilidad (conforme al artículo 20(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)". In Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y "Noticias Falsas" ("Fake News"), Desinformación Y Propaganda ONU, 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&lID=2. Acesso em: 03/06/2021.

15 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O ato ilícito preconizado implica em uma ação ou omissão que viola direitos e causa dano a outrem[16]. Além disso, acerca da responsabilidade civil, Silvio Venosa nos elucida que "toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar (…) O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso."[17]

Nesse sentido, para Flávio Tarturce:

> A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno, do final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual[18].

Diante disso, é possível que haja a incidência de responsabilidade civil para quem cria ou propaga informações falsas na internet?

A resposta para essa indagação é sim. Precipuamente, vale salientar que a primeira hipótese de incidência da responsabilização civil é a de violação da honra e da imagem. Esses direitos são reconhecidos como princípios fundamentais previstos nos incisos V e X, art. 5º, da CF de 1988, bem como direitos da personalidade, também destacados no Código Civil brasileiro. Sua violação enseja a reparação de danos, conforme redação do art. 12 do CC/2002.

Acerca da honra, o professor Pablo Stolze Gabliano ensina que ela é valorativa podendo "se manifestar sob duas formas: honra objetiva (correspondente à reputação da pessoa, compreendendo

16 Art. 186. aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

17 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

18 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 11ª. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2021, p. 154.

o seu bom nome e a fama de que desfruta no seio da sociedade); e honra subjetiva (correspondente ao sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade)"[19].

Ademais, de acordo com Cláudia Trabuco, o direito a imagem consiste na exclusividade que um indivíduo possui de utilizar a própria imagem, podendo optar por sua mercantilização ou não, além de ter a capacidade de impedir que terceiros façam essa utilização, sem o seu consentimento[20].

Existe também, a possibilidade de responsabilização dos provedores de internet por danos gerados por conteúdos criados por terceiros, mediante decisão judicial, tendo em vista o art. 19[21] do Marco Civil da Internet. Este artigo é objeto do Recurso Extraordinário nº 1.037.396, interposto pelo Facebook Brasil perante o Supremo Tribunal Federal, que ainda decidirá a respeito de sua constitucionalidade, em caráter de repercussão geral.

Sobre a responsabilização civil em razão da criação e propagação de Fake News, Cristiano Sobral entende que:

> No âmbito legal e jurídico, observa-se uma crescente demanda referente aos problemas oriundos deste livre acesso e geração dessas informações nas quais os atores sociais ora se apresentam com emissores, ora receptores, ou vice-versa, e cujo conteúdo não se tem controle tendo em vista que pode ser alterado inúmeras vezes pelos usuários devido à velocidade de sua propagação, ensejando não apenas insegurança sobre sua a veracidade, bem como o seu uso indevido com cometimento de abusos que podem violar e atingir os direitos da personalidade gerando

19 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 70.

20 TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos à imagem. O Direito, Coimbra: Almedina, a. 133º, n. 2, p. 390. "aquele que, por um lado, confere às pessoas a faculdade exclusiva de reprodução, difusão ou publicação da sua própria imagem, com carácter comercial ou não e, por outro lado, se caracteriza como o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro possa praticar esses mesmos actos sem a sua autorização".

21 Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário".

responsabilidade para aquele que comete o ilícito[22].

O dano é amplificado e maximizado no contexto do fenômeno das Fake News, devido ao fato de que as redes sociais e a internet são capazes de expor um determinado conteúdo a milhões de pessoas ao redor do mundo e que, por isso, dificultariam muito a retirada de todo o conteúdo da rede, até mesmo impossível em determinadas situações. Nesse sentido Lima aponta que "o sistema jurídico da responsabilidade civil está fundado na ideia de dano local ou dano regional, mas, tendo em vista a comunicação em massa transfronteiriça das redes sociais, a extensão do dano é muito maior". [23]

A problemática das Fake News preocupa não somente o Brasil, mas diversos outros países do mundo. Em alguns países já estão sendo adotadas medidas de responsabilização civil como forma de inibir esse fenômeno perigoso. Na Alemanha, por exemplo, foi editada lei que obriga as redes sociais a apagarem conteúdos ofensivos, barrar usuários e a denunciar violações. Se não seguirem os ditames da lei conhecida como NetzDG (Netzwerkdurchsetzungsgesetz), as empresas poderão ser multadas em até 50 milhões de Euros[24].

No Brasil, está tramitando o Projeto de Lei PL 2.630/2020, conhecido como Lei das Fake News que prevê medidas de combate à desinformação e de responsabilização, com sanções civis, criminais e administrativas para provedores de aplicação. Essa lei, se aprovada, se tornará um marco no combate às Fake

22 SOBRAL, Cristiano. A responsabilidade civil dos provedores e de terceiros pelas fake news. Revista Consultor Jurídico, 27 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-27/cristiano-sobral-responsabilidade-civil-provedores-fake-news. Acesso em: 10/06/2021.

23 LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A reponsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/ 14). Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110.

24 KNIGHT, Ben. Lei contra discurso de ódio na internet entra em vigor na Alemanha. Deutsche Welle. Lei Alemanha, 2 jan. 2018. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/lei-contra-discurso-de-%C3%B3dio-na-internet-entra-em-vigor-na-alemanha/a-41996447. Acesso em: 7 jun. 2021.

News no país.

Ante o exposto, a responsabilização civil pela propagação de Fake News não é somente possível, como já está sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro mediante, principalmente, violações aos direitos de personalidade. Entretanto, essa iniciativa ainda é tímida, pois são necessários mais mecanismos de reparação e prevenção, como o PL mencionado, a fim de que possam ser eliminadas notícias maliciosas e assegurar o bom funcionamento das instituições democráticas.

Considerações finais

Verificou-se, portanto, a existência de notícias falsas na história da humanidade, contudo, restou demonstrado que elas ganharam novos contornos quando foram deslocadas para as redes sociais. Isso permitiu com que fossem criadas estórias intencionalmente enganosas, que compartilhadas muitas vezes, se transformaram em verdades no imaginário das pessoas, influenciando em decisões políticas ao redor do mundo e criando um cenário de risco para os Estados Democráticos de Direito.

Nesse sentido, elas podem ser entendidas enquanto uma instância de um conceito mais amplo, que é o de desinformação por alguns autores. Por outro lado, outros pesquisadores não simpatizam com o termo Fake News por acreditarem que ele pode ser utilizado para justificar a censura ao jornalismo tradicional, alegando que a palavra correta seria apenas desinformação.

Ademais, neste trabalho foi colocado em perspectiva a dicotomia entre liberdade de expressão e a restrição das Fake News. Observa-se que a liberdade de expressão se apresenta como direito fundamental e um princípio, que, por sua vez, não pode ser exercido em caráter absoluto, sob pena de violar outros direitos fundamentais. Dessa forma, ela deve ser relativizada quando em conflito com outros direitos, a fim de garantir a dignidade humana.

Outro ponto abordado pela pesquisa é a responsabilidade civil gerada pelas Fake News. Esse instituto do direito civil é essencial para o combate ao mal da desinformação que atinge o Brasil e o mundo. Já existem aplicações da responsabilidade civil no nosso ordenamento pátrio, em especial, quando há violações à direitos de personalidade, como a honra e a imagem. Entretanto, é preciso que tenhamos uma regulação ainda maior também como forma de termos uma opinião pública mais consciente e que não se influencie por notícias manipuladas.

Por fim, evidenciou-se que as notícias falsas implicam em danos, que podem ser individuais ou para toda a sociedade e que são elevados a proporções enormes devido às redes sociais. A reparação desses danos tem uma função pedagógica ao prevenir, ensinar e punir a disseminação das Fake News, contribuindo para a formação de uma sociedade mais ética, democrática e que dê mais valor a fatos objetivos, sabendo diferenciá-los da desinformação.

Referências bibliográficas

AFP. História das 'fake news' antes da era Trump. Istoé, 12 jul. 2018. Disponível em: https://istoe.com.br/historia-das-fake-news-antes-da-era-trump-2/. Acesso em: 9 jun. 2021.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.: 5ª. ed. Alemã. São Paulo. Malheiros, 2006. ISBN 978-85-7420-872-5.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONFESSORE, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. The New York Times, 4 abr. 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/ 04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html. Acesso em: 7 jun. 2021.

DECLARACIÓN Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y "Noticias

Falsas" ("Fake News"), Desinformación Y Propaganda. ONU, 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/ showarticle.asp?artID=1056&lID=2. Acesso em: 03/06/2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GELFERT, Axel. Fake News: A Definition. Informal Logic, Berlim, 15 mar. 2018.

KNIGHT, Ben. Lei contra discurso de ódio na internet entra em vigor na Alemanha. Deutsche Welle, 2 jan. 2018. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/lei-contra-discurso-de-%C3%B3dio-na-internet-entra-em-vigor-na-alemanha/a-41996447. Acesso em: 7 jun. 2021.

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A reponsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/ 14). Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, 2015.

SANTOS, Cecilia MacDowell dos. A Mobilização Transnacional do Direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 1ª Ed. Coimbra: Almedina, 2012.

SOBRAL, Cristiano. A responsabilidade civil dos provedores e de terceiros pelas fake news. Revista Consultor Jurídico, 27 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-27/cristiano-sobral-responsabilidade-civil-provedores-fake-news. Acesso em: 10/06/2021

STAFFORD, Tom. 'Ilusão da verdade ': A importância da repetição para o sucesso das mentiras. BBC News, 14 dez. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-37852352. Acesso em: 18 jun. 2021.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 11ª. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2021. ISBN 978-85-309-9310-8.

TRABUCO, Cláudia. Dos contratos relativos à imagem. O Direito, Coimbra: Almedina, a. 133º, n. 2, p. 389-459.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007

WARDLE , Claire; DERAKHSHAN, Hossein. How did the news go 'fake'? When the media went social. The Guardian, 10 nov. 2017. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/nov/10/fake-news-social-media-current-affairs-approval. Acesso em: 2 jun. 2021.

ZIMMERMANN, Fabian; KOHRING, Matthias. „Fake News" als aktuelle Desinformation: Systematische Bestimmung eines heterogenen Begriff. Fake News, 4 out. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329161275_Fake_News_als_aktuelle_Desinformation_Systematische_ Bestimmung _eines_ heterogenen _Begriffs. Acesso em: 7 jun. 2021.

A concretização do Direito Humano-Fundamental de Acesso à Água como pressuposto para a implementação do Direito à Saúde: Análise da questão do dever de fornecimento de água para os indígenas na pandemia de Covid-19

The realization of the Human-Fundamental Right of Access to Water as a prerequisite for the implementation of the Right to Health: Analysis of the issue in the Covid-19 pandemic in light of the New Sanitation Regulatory Framework

Emerson Affonso da Costa Moura[1]

André de Vasconcelos[2]

Sumário: 1. Introdução. 2. Água como direito humano-fundamental e exigibilidade. 3. Concretização do direito à água para implementação do Direito à Saúde. 4. Estudo de caso: Políticas públicas de acesso à água diante da pandemia de Covid-19. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: Pretende o presente trabalho problematizar a necessária concretização do Direito Humano-Fundamental de Acesso à Água como pressuposto para a implementação do Direito à Saúde. Parte-se da compreensão que a indivisibilidade e relatividade dos Direitos Humanos-Fundamentais determina a necessidade de adoção de medidas de concretização conjunta de implementação das utilidades e comodidades

1 Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Líder na rede de pesquisa Centro de Pesquisa de Jurisdição Constitucional. Email: emersonacmoura@yahoo.com.br

2 Advogado. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho/RJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisador nos Grupos de Pesquisa CPJC, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, e Direitos Humanos e Mobilidade Humana Internacional/Cátedra Sérgio Vieira de Mello, da Universidade Federal de Santa Maria/RS. Email: vasconcelos@savas.adv.br

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

para fruição dos respectivos direitos e realização do conjunto mínimo necessário à existência digna humana. Adota-se como teste de hipótese a análise da questão na obrigatoriedade de acesso à água potável aos indígenas na pandemia de Covid-19 de forma a garantir o enfrentamento do estado de emergência e a concretização do Direito à Saúde.

Palavras-chave: Direitos humanos; Direitos fundamentais; Direito à água; Direito à saúde; Covid-19.

Abstract: The present work intends to problematize the necessary implementation of the Human-Fundamental Right of Access to Water as a prerequisite for the implementation of the Right to Health. joint implementation of the implementation of utilities and amenities for the enjoyment of the respective rights and realization of the minimum set necessary for a dignified human existence. It is adopted as a hypothesis test the analysis of the issue in public policies of access to water in the light of the Covid-19 pandemic in the light of the New Sanitation Regulatory Framework in order to guarantee the confrontation of the state of emergency and the realization of the Right to Health .

Keywords: Human rights; Fundamental rights; Right to water; Right to health; Covid-19.

1. Introdução

Embora o planeta terra tenha amplas reservas de água doce, estima-se que cerca de 3 a cada 10 pessoas no mundo, não possui acesso à água potável[3] e, no Brasil, que possui a maior reserva natural de água com cerca de 12% da quantidade mundial, estima-se que quase 34 milhões de brasileiros carecem da disponibilidade desse recurso natural.[4]

3 Programa Conjunto de Monitorização para a Provisão de Água e de Saneamento: Actualização de 2017 e os Objectivos de Desenvolvimento Sustentável

4 Essas informações constam na denúncia protocolada pelo IDS (Instituto Democracia e Sustentabilidade) junto ao Escritório do Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas, durante o 8º Fórum Mundial da Água, realizado no Brasil. Disponível em: https://conectas.org/wp-content/uploads/2018/03/Violac%CC%A7a%CC%83o-dos-direitos-humanos-no-Brasil_-Vfinal.pdf?_ga=2.201240494.1264828817.1631278779-120482040.1631278779&_gac=1.18042443.1631278779.CjwKCAjwhOyJBhA4EiwAEcJdcV839XyOrtVGaRCfbqfWB73dnjzfBPU-LtN3MX27k329FXGNjS9KoRoCwWQQAvD_BwE Acesso em 01/09/21.

Durante a pandemia da covid-19 onde as medidas sanitárias impostas envolvem o isolamento e distanciamento social, mas igualmente, a higienização como forma eficaz de prevenção, o acesso desigualitário à água demonstrou um processo de exclusão de pessoas das medidas preventivas contra o coronavírus.

Usualmente associado à concretização do direito humano-fundamental à água ou o saneamento básico, o acesso à água, porém, demonstra uma ligação com a realização ao direito humano-fundamental à saúde, de modo a resguardar as medidas necessárias utilizadas para proteger a incolumidade das pessoas.

Pretende o presente trabalho problematizar a necessária concretização do Direito Humano-Fundamental de Acesso à Água como pressuposto para a implementação do Direito à Saúde, em especial, no que tange a adoção de medidas preventivas quanto redução do risco de doença e de outros agravos.

Parte-se da compreensão, portanto, que a indivisibilidade e relatividade dos Direitos Humanos-Fundamentais determina a necessidade de adoção de medidas de concretização conjunta de implementação das utilidades e comodidades para fruição dos respectivos direitos e realização do conjunto mínimo necessário à existência digna humana.

Adota-se como teste de hipótese a análise da questão na políticas públicas de acesso à água potável diante da pandemia de Covid-19 para os indígenas de forma a garantir o enfrentamento do estado de emergência e a concretização do Direito humano-fundamental à Saúde.

Para tanto, investiga-se no primeiro item, o acesso à água como um direito humano-fundamental verificando a sua concretização nos tratados e convenções internacionais e, ainda, sua extração do sistema protetivo dos direitos fundamentais no Brasil, de modo a fixar a implementação e garantia pelo Estado.

Após, no segundo item, propõe-se demonstrar a concretização do direito à água como pressuposto à implementação do Direito

à Saúde, em específico, considerando que tal direito humano-fundamental envolve medidas preventivas, que impõem ações e serviços relacionável com outros direitos.

Por fim, no último item, faz-se um estudo de caso, verificando a questão do acesso à água aos indígenas diante da pandemia de Covid-19 de modo a comprovar ou não, que as medidas de promoção do direito de saúde dependem de sua eficácia da realização conjunta de ações de concretização do direito de água.

2. Água como direito humano-fundamental e exigibilidade

Os direitos humanos são precipuamente uma reivindicação moral, de modo que, "eles nascem quando devem e podem nascer"[5]. Embora ínsitos ao homem, em razão das violações maciças da Segunda Guerra Mundial, que em meados do século XX, é reconhecida a universalidade dos direitos humanos[6].

Não obstante, embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos, bem como, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais abordem a proteção de um nível de vida adequado[7] não veiculam a água como direito humano.

Pode-se destacar, a Conferência da ONU sobre a Água em 1977, que a partir da Conferência do Mar, reconheceu pela primeira vez a água como um direito ao declarar que qualquer homem têm

5 PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. Revista Internacional de Direitos Humanos, Volume: 1, Numero: 1, 2004. p. 2

6 Como paradigma do reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) da Organização das Nações Unidas, dispondo no artigo 2º que os direitos e liberdades proclamadas na mesma podem ser invocadas por todos os seres humanos, independente de qualquer distinção de cor, sexo, raça e outros, ou de qualquer diferença fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em 08.09.2021.

7 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Artigo 11.

direito a ter acesso a água potável em quantidade e qualidade igual às suas necessidades básicas, independente do grau de desenvolvimento estatal.[8]

Sucessivas convenções internacionais passaram reconhecer a água – Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres[9] e a Convenção sobre os Direitos da Criança[10] - como integrantes da proteção plena destes grupos vulneráveis.

Além disto na Conferência Internacional sobre a Água e o Desenvolvimento Sustentável protege-se o acesso à água limpa, inclusive, a um preço acessível[11] e na Convenção sobre o Ambiente e o Desenvolvimento o acesso à água potável é reconhecida comom uma premissa acordada em comum[12].

Destaca-se que a própria Resolução da Assembleia Geral da ONU em 199 que consagra que o direito à alimentação e o direito à água limpa são imperativos dos Governos e comunidades internacionais como necessários para que se alcance o chamado Direito ao Desenvolvimento.[13]

Com a Comissão dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que se reconheceu o direito humano à água como um direito econômico, social e cultural, ao qual habilita todas as pessoas à água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e disponível para uso pessoal e doméstico.[14]

8 BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. Direito Internacional da Água Doce: Fontes, Regimes Jurídicos e Efetividade. Curitiba: Juruá, 2012, p. 159 e 173.

9 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas
de Discriminação Contra as Mulheres. Art. 14 2.

10 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos da Crianças. Art. 24 2.

11 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Internacional sobre a Água e o Desenvolvimento Sustentável. Art. 4.

12 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento. Capítulo 18.

13 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução da Assembleia Geral 54/175. Art. 12.

14 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral 15: O direito à água (Vigésima nona sessão, 2003). Geneva, 2003.

Com este comentário geral nº 15 de 2002 que garante o direito à água como necessário a um direito de nível de vida adequado[15], necessário para uma existência digna e realização dos demais direitos humanos[16], inclusive, a proteção do "direito ao grau de saúde mais elevado possível".[17]

Isto impõe deveres aos Estados para a sua implementação, tanto que foi editado no Projecto de Directrizes para a Concretização do Direito a Água Potável e Saneamento, providenciando orientações aos legisladores, agências internacionais e membros da sociedade civil para implementação do acesso à água potável.[18]

O Conselho dos Direitos Humanos na decisão 2/104 igualmente estipulou que dentro dos recursos existentes, os Estados devem produzir um estudo aprofundado sobre a abrangência e o teor das obrigações relevantes em termos de direitos humanos relacionadas com o acesso equitável à água potável segura e ao saneamento.[19]

Neste viés, o mesmo órgão emitiu duas resoluções em 2009 e 2010, que afirmaram a consulta com o perito independente sobre a questão das obrigações em termos de direitos humanos relacionadas com o acesso a água potável segura e saneamento reconhecendo que os Estados têm obrigação de resolver e acabar com a discriminação no seu acesso.[20]

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em resolução no mesmo ano apelou aos Estados e órgãos internacionais que providenciem os recursos financeiros, contribuam para o desenvolvimento de capacidades e transfiram tecnologias de modo a ajudar os países assegurarem água potável segura, limpa,

15 Idem. Ibidem. Art. 11.
16 Idem. Ibidem. Art. 12.
17 Idem. Ibidem. Art. I.1.
18 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Projecto de Directrizes para a Concretização do Direito a Água Potável e Saneamento. E/CN.4/Sub.2/2005/25.
19 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Decisão do Conselho dos Direitos Humanos 2/104
20 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Resolução do Conselho dos Direitos Humanos A/HRC/RES/7/22 e A/HRC/RES/12/8

acessível e a custos razoáveis.[21]

É possível extrair que o sistema de proteção internacional dos direitos humanos não apenas sucessivamente tem consagrado o direito à água de limpa à potável, mas igualmente, as medidas que garantam um acesso igualitário e seguro, ainda que haja exploração do serviço público de forma empresarial, com custo módico.

No sistema de proteção nacional dos direitos do homem, a Constituição Federal de 1988 versou a água precipuamente em sua parte orgânica, como, por exemplo, ao delimitar a competência da União para legislar sobre a matéria[22] e como bem de titularidade do Estado[23], porém, sem prevê-lo como um direito fundamental expresso.

Há, no entanto, a previsão que a União poderá articular sua ação visando o desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais com "prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas"[24].

Inexorável, que podemos extrair um direito fundamental à água não apenas da cláusula geral de dignidade da pessoa humana[25] – uma vez que corresponde a direito correlato a garantia da existência plena e autónoma do homem – e da própria proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[26].

O direito humano, fundamental e difuso do meio ambiente no próprio texto constitucional correlaciona com a sua essencialidade à sadia qualidade de vida[27], o que demanda a água como um direito correlato, inclusive, como um direito de terceira dimensão que decorre da fraternidade.

Ademais, há Proposta de Emenda à Constituição –aprovada

21 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral, Resolução A/RES/64/292

22 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 22 inciso IV.

23 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 26.

24 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 43 § 2º IV.

25 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1 III.

26 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 225.

27 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 225.

no Senado Federal e seguindo para votação na Câmara dos Deputados – que reconhece o direito de acesso à água como um direito humano fundamental de "acesso à água potável em quantidade adequada para possibilitar meios de vida, bem-estar e desenvolvimento socioeconômico". [28]

3. Concretização do direito à água para implementação do Direito à Saúde

Reconhecido o direito de acesso à água como um direito humano-fundamental, em especial por estar abarcado pela proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e fazer parte do mínimo necessário afim de se respeitar a dignidade da pessoa humana pode ser considerado correlato ao direito à saúde.

Tal entendimento se adéqua à questão de maior velocidade ou interesse na definição e proteção de novos direitos fundamentais, em especial quanto aos direitos sensíveis à agenda ambiental mormente após a realização da Conferência da ONU Rio-92, acelerou-se a aplicação do chamado "greening" dos direitos humanos[29].

Na ausência de normas explícitas definidoras da proteção de direitos relacionados ao meio ambiente se constrói tal proteção com base em regras e princípios constitucionais circunvizinhos, como o direito à vida e à dignidade humana, que permite não apenas sustentar o direito a água, mas igualmente, sua correlação com o direito à saúde.

O direito à saúde é um direito humano, tutelado pelos tratados internacionais dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

28 CONGRESSO NACIONAL, Proposta de Emenda Constitucional 4 de 2018. Acesso em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7631316&ts=1630445110519&disposition=inline disponível em 09.09.2021.

29 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Revista Direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 199, junho/2013.

Culturais, além do protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Constituição de 1988 alinhou-se a concepção do direito à saúde da Organização Mundial de Saúde[30], buscando a proteção, promoção e recuperação da saúde, como uma imagem-horizonte[31] a ser perseguida pelo Estado mediante a garantia de acesso aos meios que possam trazer a cura da doença ou sensível qualidade de vida.

Consagrando como direito fundamental o direito a saúde, surge um complexo de posições jurídico-subjetivas para o seu titular, a saber, atua como direito de defesa, uma vez que impede ingerências indevidas do Estado a saúde da pessoa, e por outro um direito a prestações uma vez que exige a realização de ações que permitam a sua fruição.

A concretização dos direitos sociais, inclusive o direito à saúde, reclama em maior grau a adjudicações de prestações de natureza participativa, normativa e material, com a criação e colocação à disposição dos bens materiais e imateriais necessários a fruição dos bens e interesses sociais tutelados.[32]

Assim, a Constituição Federal de 1988 além de reconheceu expressamente o direito à saúde como um direito fundamental social, previu como um dever estatal[33], de concretização pelos entes públicos, o que não envolverá apenas medidas ou prestações

30 Dispõe a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946 no seu preâmbulo, que Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade e que cabe aos Estados buscar a promoção e proteção da saúde, além da cura. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html Acesso em 06.09.2021.

31 SCLIAR, M. Do Mágico ao Social: A Trajetória da Saúde Pública. Porto Alegre: L&PM, 1998. p. 32-.

32 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: Direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. t. IV. p. 341-342.

33 A saúde foi tida como dever do Estado (artigo 196), cabendo a titularidade dos serviços públicos relativos ao poderes públicos ao qual compete a execução direta ou a fiscalização da execução indireta (artigo 197).

diretamente investidas na saúde.

As políticas públicas de saúde compreendem, também, as indiretas que atuam sobre fatos determinantes à saúde – como saneamento básico, meio ambiente, alimentação, moradia, o acesso aos bens e serviços sociais dentre outros – que garantem as condições de bem estar físico, mental e social[34].

No que se refere ao saneamento básico irão abranger as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, que buscam eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e intervir nos problemas sanitários, bem como, proporcionar o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança na saúde individual ou coletiva, para adoção de medidas cabíveis[35].

No que tange ao saneamento básico, se liga com ações de vigilância sanitária e epidemiológica, que buscam eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e intervir nos problemas sanitários, bem como, proporcionar o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança na saúde individual ou coletiva, para adoção de medidas cabíveis[36].

Inclui, também, a participação em outras ações de saneamento básico, que envolve o adequado esgotamento sanitário, a necessária limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, e em especial, o abastecimento de água potável, como necessárias a conservação de saúde[37].

4. Estudo de caso: acesso à água aos grupos indígenas durante da pandemia de Covid-19

Aponta a literatura, que a garantia do direito humano à água

34 BRASIL. Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990. Artigo 3º.

35 BRASIL. Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990. Artigo 6º inciso I alínea “a” e “b” e §1º e 2º.

36 BRASIL. Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990. Artigo 6º inciso I alínea “a” e “b” e §1º e 2º.

37 CUNHA, Marco Túlio Ribeiro. Direito Fundamental à Saúde Ambiental: Interdisciplinariedade entre o Direito fundamental à saúde e ao meio ambiente. Revistas da Faculdade Católica de Uberlândia, vol. 2, n. 3, p. 10-11, 2011.

e ao esgotamento sanitário está fortemente vinculada à promoção da saúde, em especial, de grupos vulneráveis, pois os indivíduos não estão expostos ao adoecimento de forma homogênea e os diferentes contextos sócio-econômicos são determinantes[38].

Com a pandemia da COVID-19 a demanda da água potável como uma das medidas de higienização e enfrentamento do coronavírus se demonstrou relevante fazendo surgir a necessidade de atuação dos poderes públicos, já que exarceba as deficiências estruturais, no nosso caso, do fornecimento do respectivo serviço público[39].

No caso dos indígenas, a questão se demonstrou severa, já que ampliou não apenas a sua vulnerabilidade, mas apontou igualmente, as múltiplas dimensões e tensões provocadas pela atuação do Estado na implementação de políticas públicas dirigidas a minorias étnico-raciais no Brasil.[40]

Durante o estado de emergência provocado pelo coronavírus, o governo federal adotou uma série de medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública[41], porém, nenhuma ação específica foi adotada em relação ao fornecimento de água potável, embora a lei determinasse a garantia durante a pandemia do respeito aos direitos humanos.[42]

Ao revés, foi proposto o Projeto de Lei 1142/2020 convertido na lei 14.021/20, que reconheceu os povos indígenas, quilombolas e demais povos tradicionais como grupos de extrema vulnerabilidade" durante a pandemia de covid-19 e determinou ações emergenciais para protegê-los do novo coronavírus.

38 SILVA, Priscila; HELLER, Léo. O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para a promoção da saúde de populações vulneráveis. Ciência & Saúde Coletiva, 21, 1861 2016.

39 DUTRA, Joisa; SMIDERLE, Juliana. Água e saneamento na pandemia da Covid-19 – desafio e oportunidade, Conjuntura Econômica, Abril 2020, p. 50

40 Sobre o tema vide: SANTOS, Ricardo Ventura; PONTES, Ana Lucia; COIMBRA JR., Carlos .E.A. Um "fato social total": COVID-19 e povos indígenas no Brasil. Cadernos de Saúde Pública, 2020, 36, p. 1.

41 É possível consultar a lista de lei, decretos e portarias editadas no período em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/quadro_portaria.htm Acesso em 09.09.21

42 BRASIL, Lei Federal nº 13.979 de 6 de Fevereiro de 2020. Art. 3. § 2º III.

No entanto, embora o projeto de lei previsse o dever de acesso universal a água potável[43], houve veto do governo federal, sob a alegação de "criação de despesa obrigatória ao Poder Público, ausente o demonstrativo do respectivo impacto orçamentário e financeiro, violando assim, as regras do art. 113 do ADCT." [44]

O Supremo Tribunal Federal, contudo, na medida cautelar na ADI 6.357/DF já havia afastado a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19[45].

Como resultado da violação ao direito humano-fundamental de acesso à água, verificou recente estudo – publicado após o respectivo veto legal – que a taxa de mortalidade entre a população indígena assumiu 16% superior à mortalidade geral no Brasil pela doença tendo como uma das causas a falta de acesso a água e o veto desta norma[46].

5. Conclusão

O reconhecimento da água como direito humano-fundamental que integra o sistema internacional e nacional de proteção da pessoa impõe em razão da integração e relação dos direitos humanos demanda na concretização do direito à saúde que demanda prestações, inclusive, de saneamento básico, dentre os quais o fornecimento de água potável.

Disto decorre um dever jurídico estatal de oferecimento de políticas públicas e serviços públicos correlatos de forma a garantir

43 BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei 1142/2020. Art. 5 inciso I

44 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-378.htm Acesso em 09.09.21

45 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 6.357/DF. Decisão Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf Acesso em 09.09.21

46 COMITÊ NACIONAL PELA VIDA E MEMÓRIA INDÍGENA, Relatório COVID-19 e povos indígenas, novembro/2020.p. 16, 18 e 82. Disponível em https://emergenciaindigena.apiboficial.org/files/2020/12/APIB_nossalutaepelavida_v7PT.pdf Acesso em 09.09.21

o fornecimento de água potável, em especial, para concretização do direito fundamental de saúde no que tange as medidas de prevenção contra agravos à vida humana.

Com o estado de emergência do coronavírus, em especial, para os vulneráveis como os índios a não adoção de medidas de implementação do direito à água influencia na realização do direito à saúde como pode-se apontar com o veto dado na Lei 14.021/20 por razões orçamentárias, embora haja decisão do STF na ADI 6.357/DF em sentido contrário.

Referências

BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. Direito Internacional da Água Doce: Fontes, Regimes Jurídicos e Efetividade. Curitiba: Juruá, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUTRA, Joisa; SMIDERLE, Juliana. Água e saneamento na pandemia da Covid-19 – desafio e oportunidade, Conjuntura Econômica, Abril 2020,

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. Revista Internacional de Direitos Humanos, Volumen: 1, Numero: 1, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Revista Direito GV,

São Paulo, v. 9, n. 1, p. 199, junho/2013.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: Direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. t. IV.

NEVES-SILVA, Priscila; HELLER, Léo. O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para a promoção da saúde de populações vulneráveis. Ciência & Saúde Coletiva, 21(6):1861-1863, 2016.

SANTOS, Ricardo Ventura; PONTES, Ana Lucia; COIMBRA JR., Carlos .E.A. Um “fato social total”: COVID-19 e povos indígenas no Brasil. Cadernos de Saúde Pública, 2020, 36(10)

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. Interesse Público, n. 12, 2001.

SCLIAR, M. Do Mágico ao Social: A Trajetória da Saúde Pública. Porto Alegre: L&PM, 1998.

A Possibilidade de Responsabilização das Autoridades Brasileiras perante o Tribunal Penal Internacional pela política de enfrentamento da Covid-19 no Brasil

The Possibility of Accountability of the Brazilian Authorities before the International Criminal Court for the Covid-19's confrontation policy in Brazil

Ricardo Cotrim Chaccur [1]

Marco Aurélio Moura dos Santos[2]

Sumário: 1. A Pandemia e o seu enfrentamento no Mundo e no Brasil; 2. O Tribunal Penal Internacional e o reconhecimento de submissão à Jurisdição do Tribunal pelo Brasil; 3. A Possibilidade de Responsabilização das Autoridades Brasileiras perante o Tribunal Penal Internacional; Considerações Finais.

Resumo: A Pandemia do Covid-19 deflagrada no final de 2019 e que transformou a rotina de bilhões de seres humanos, vitimou até o presente momento 3,9 milhões de vidas humanas em todo o mundo, sendo que mais de 500 mil pessoas morreram só no Brasil, o que corresponde à mais de 12 % do total de mortos no Mundo. Diante dessa triste constatação, o governo federal

1 Doutorando em Direito pela Universidade do Porto, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor de Direito Constitucional e Direito Internacional e Direitos Humanos no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Membro do Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos do Programa de Mestrado de Direito da Sociedade da Informação. Advogado. E-mail: rcchaccur.adv@gmail.com.

2 Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo/USP. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU/SP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura TJ/SP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU/SP. Professor de Direito. Pesquisador do GEPIM - Grupo de Estudos sobre a Proteção Internacional de Minorias - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: marcoaureliomoura1980@gmail.com.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

brasileiro passou a ser investigado por uma Comissão Parlamentar de Inquérito instaurado pelo Senado Federal para apurar a conduta do Governo brasileiro no enfrentamento da Covid-19 no país. Diante dos depoimentos colhidos até o presente momento, as apurações parciais, demonstram uma série de omissões e ações de autoridades do governo federal brasileiro que dificultaram a contenção da pandemia no Brasil e que poderia ter poupado milhares de vidas de brasileiros. Assim, o presente trabalho de pesquisa objetivou analisar a possibilidade das autoridades brasileiras serem denunciadas e processadas, por um dos crimes tipificados no Estatuto de Roma de 1998, perante o Tribunal Penal Internacional, tendo em vista que o Brasil ratificou o Tratado Internacional e reconheceu a submissão à jurisdição do Tribunal por meio do parágrafo 4º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, introduzida pela Emenda Constitucional nº45 de 2004.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito Internacional Público; Tribunal Penal Internacional; Crimes contra a Humanidade; Covid-19.

Abstract: The Covid-19 Pandemic that started at the end of 2019 and that transformed the routine of billions of human beings, has so far claimed 3.9 million human lives worldwide, with more than 500 thousand people dying in Brazil alone , which corresponds to more than 12% of the total deaths in the world. Faced with this sad finding, the Brazilian federal government was investigated by a Parliamentary Inquiry Commission set up by the Federal Senate to investigate the conduct of the Brazilian government in confronting Covid-19 in the country. In view of the testimonies collected so far, the partial findings demonstrate a series of omissions and actions by Brazilian federal government authorities that made it difficult to contain the pandemic in Brazil and that could have saved thousands of Brazilian lives. Thus, this research study aimed to analyze the possibility of Brazilian authorities being denounced

and prosecuted, for one of the crimes typified in the Rome Statute of 1998, before the International Criminal Court, considering that Brazil ratified the International Treaty and recognized the submission to the jurisdiction of the Court through paragraph 4 of article 5 of the Federal Constitution of 1988, introduced by Constitutional Amendment No. 45 of 2004.

Keywords: Human rights; Public International Law; International Criminal Court; Crimes against Humanity; Covid-19.

1.A Pandemia e o seu enfrentamento no Mundo e no Brasil

Os primeiros casos registrados de seres humanos contaminados pelo vírus SARS-CoV-2, causador da COVID-19, foram identificados em Wuhan, na China, em dezembro de 2019 e se espalhou rapidamente pelos continentes europeu, americano e africano. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde, OMS, declarou o surto de COVID-19 como uma Emergência de Saúde Pública de Âmbito Internacional, e em 11 de março de 2020 reconheceu o status de Pandemia. Desde então, o organismo internacional tem coordenado estudos em cooperação com especialistas de todo o Mundo para encontrar respostas e medidas eficazes para o combate à pandemia. Dentre as medidas recomendadas, desde o início da crise Global, destacam-se, o uso de máscaras e o distanciamento social como principais formas de conter a propagação da doença, medidas que foram adotadas pela maioria dos países bem sucedidos na contenção da doença[3].

No Brasil o primeiro caso registrado da doença foi confirmado pela Secretaria Estadual da Saúde de São Paulo em 25 de fevereiro de 2020. A primeira morte ocorreu no dia 12 de março e o país atingiu a marca de 100 mil mortes em 8 de agosto de 2020. Em 24

3 GLOBO. Notícia de 05.07.2020. Disponível em https://oglobo.globo.com/mundo/paises-que-seguiram-regras-da-oms-enfrentaram-virus-muito-melhor-constata-estudo-24515686

de março de 2020, o presidente Jair Bolsonaro subestimou a crise pandêmica com um discurso negacionista e chegou a desaprovar publicamente as medidas de distanciamento social adotadas pelos governos estaduais e municipais que seguiam as recomendações da OMS e do próprio Ministério da Saúde do Brasil. Nesse mesmo dia o país já registrava 46 mortes pela doença, 12 dias após a 1ª morte no Brasil.

Em menos de 1 ano desde a primeira morte causada pelo Coronavírus no país, o Brasil superou os 500 mil mortos pela doença, e diante da crise sem precedentes, foi instaurada a CPI da Covid, em abril de 2021, formada por 11 senadores, com o objetivo de investigar a conduta do governo federal no combate à Pandemia no Brasil e os responsáveis pelos dados catastróficos causados pela Covid no país.

Em menos de um mês de trabalhos e audiências públicas, a CPI colheu depoimentos que apontam uma série de irregularidades e omissões do governo federal no combate à Pandemia no país, dentre as quais se destacam a tentativa de mudar a bula da cloroquina para incluir a indicação do seu uso no tratamento contra Covid-19, mesmo depois dos estudos apontarem a ineficácia do medicamento no combate à doença e a demora injustificada de adquirir as vacinas contra a doença. De acordo com o executivo da Pfizer, responsável pelas tratativas da aquisição das vacinas da empresa pelo Brasil, o governo federal deixou de responder à oferta de vacinas da Pfizer por mais de 2 meses[4], enquanto a Coronavac teve seu processo de compra dificultado pelo próprio governo após críticas do Presidente à vacina fabricada pelo Instituto Butantã em São Paulo[5]. A demora na resposta à falta de oxigênio no estado do Amazonas, também, é outro ponto que demonstra a omissão

4 GLOBO. Notícia de 04.06.2021. Disponível em https://oglobo.globo.com/brasil/vice-presidente-da-cpi-da-covid-diz-que-governo-ignorou-53-mails-da-pfizer-sobre-vacina-25047373

5 GLOBO. Notícia de 12.05.2021. Disponível em https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/butantan-pode-interromper-producao-da-coronavac-por-falta-de-insumos-diz-doria-25013904

do governo federal para tomar medidas que poderiam ter salvado vidas[6]. Os depoimentos, ainda, apontam que o governo federal de Jair Bolsonaro instaurou um gabinete paralelo para a gestão da pandemia[7]. Somados à todos esses fatos, corroborados pelos depoimentos colhidos na CPI, observa-se que o Governo Federal trocou mais de três vezes de Ministro da Saúde em menos de um ano desde o início da Pandemia[8], sendo que os motivos para as demissões dos Ministros sempre foram em razão das divergências desses com as opiniões do Presidente da República.

Além dos fatos levantados pela Comissão, em fevereiro de 2021, dois professores universitários de universidades públicas federais foram suspensos de suas atividades, após criticarem a atuação do Governo Federal frente ao Covid-19 e por se manifestarem contra o posicionamento negacionista do Presidente Jair Bolsonaro. Um dos professores é um epidemiologista e ex-reitor de uma Universidade Federal e para evitar o processamento, acabou cedendo e assinando um Termo de Ajuste de Conduta. O caso foi uma clara e evidente tentativa de censura pelo governo federal. Nota-se, ainda, que a demora na definição de um Plano de Imunização Nacional que só ocorreu em dezembro de 2020, época em que o número de óbitos ultrapassava os 192 mil, tendo uma média de mortes diárias superior a 1000 vidas[9], após a decisão do ministro Ricardo Lewandowsky[10] que determinou que o governo

6 UOL. Notícia de 15.06.2021. Disponível em https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/06/15/governo-observou-escassez-de-respiradores-um-mes-antes-de-agir-em-manaus.htm

7 ELPAIS. Notícia de 13.06.2021. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2021-06-13/quebra-de-sigilo-do-gabinete-da-sombra-deve-detalhar-como-bolsonaro-respaldou-suas-teses-negacionistas-na-pandemia.html

8 EM. Notícia de 23.03.2021. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2021/03/23/interna_politica,1249678/covid-19-brasil-muda-4-vezes-de-ministro-em-ano-de-recordes-de-mortes.shtml

9 GLOBO. Notícia de 29.12.2020. Disponível em https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/12/29/casos-e-mortes-por-coronavirus-no-brasil-em-29-de-dezembro-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml

10 G1. Notícia de 08.02.2021. Disponível em https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/02/08/lewandowski-manda-governo-definir-ordem-de-grupos-com-prioridade-para-a-vacina-contra-covid-19.ghtml

federal definisse um plano para a vacinação no país de acordo com critérios técnicos e científicos.

Por fim e não menos importante, ressaltam-se as manifestações públicas constantes do Presidente e de outras autoridades federais brasileiras contra o distanciamento social e o uso da máscara e o discurso negacionista do Presidente[11], mesmo após o Brasil estar entre os países com mais mortes e casos de Covid no Mundo, demonstrando a falta de comprometimento do governo federal com as estratégias definidas pelos seus próprios Ministros da Saúde na época e que contrariavam as recomendações da OMS, além da suspensão das coletivas de imprensa num dos momentos mais críticos da Pandemia em 2020, numa clara tentativa de dificultar o acesso aos dados da Covid-19 no Brasil e a falta de transparência do governo na gestão da Pandemia.

As consequências pelas ações e omissões do governo federal, resultaram numa crise sem precedentes, colocando o país num ostracismo internacional que poderia ter sido evitado, tendo em vista que a Pandemia chegou tardiamente no Brasil se comparado aos países atingidos anteriormente. Assim, o país teve a possibilidade de se antecipar e se preparar aos efeitos causados pela doença em outros países atingidos antes do Brasil. Os exemplos da Itália, Espanha e Reino Unido, atingidos pela Covid-19 muito antes do Brasil, não foram levados em consideração pelo governo federal.

2. O Tribunal Penal Internacional e o reconhecimento de submissão à Jurisdição do Tribunal pelo Brasil

O Estatuto de Roma entrou em vigor em 1 de junho de 2002, destinado a criação de uma jurisdição permanente, cuja finalidade seria o julgamento dos responsáveis ao cometimento de crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime de agressão, além

11 FOLHA. Notícia de 01.05.2021. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/cpi-mira-discursos-do-governo-e-levanta-200-falas-negacionistas-de-bolsonaro.shtml

do crime de genocídio. Fortemente marcado pelo princípio da complementaridade, o Tribunal Penal Internacional só é acionado a investigar e processar os casos em que os Estados são incapazes de fazê-lo, em razão de conflitos que desestruturaram as funções estatais, ou ainda, quando há prova de que os julgamentos nacionais ocorreram em erro, como por exemplo, se o processo não foi ou não está sendo conduzido de forma independente ou imparcial e de forma incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo à investigação judicial[12].

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional também só é destinado a casos relativos a crimes ocorridos a partir da entrada em vigor do Estatuto de Roma, ou seja, 01 de julho de 2002, data em que se alcançou o número mínimo de ratificações exigidas pelo Estatuto de Roma para a entrada em vigor do Tribunal, bem como o preenchimento de uma das três condições para que o Tribunal tivesse jurisdição sobre o caso. A primeira condição está relacionada com o critério geográfico, ou seja, o crime em questão deve ter ocorrido no território, navio, ou aeronaves de um Estado Parte do Tribunal, ou ainda, que tenha sido cometido por nacionais a serviço de um Estado Parte. O segundo critério, é que um estado pode concordar e requisitar a jurisdição do Tribunal, sem ser um Estado Parte. E por fim, é possível que o Conselho de Segurança das Nações Unidas possa recomendar um caso ao Tribunal e autorizar a jurisdição mesmo se ausentes as duas condições anteriores[13].

Dessa forma, se observa que a complementaridade limita os poderes jurisdicionais do Tribunal e enfraquece a sua capacidade de resposta imediata, apesar de não desvirtuar os propósitos da justiça internacional[14]. Portanto, há casos de investigações e processos que são iniciados devido à seletividade resultante da

12 DOLINGER, Jacob; SOUZA SOARES, Denise. Direito Internacional Penal: tratados e convenções. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pag. 1212.
13 DOLINGER, Jacob; SOUZA SOARES, Denise. Direito Internacional Penal: tratados e convenções. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pag. 1213.
14 DOLINGER, Jacob; SOUZA SOARES, Denise. Direito Internacional Penal: tratados e convenções. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pag. 1214.

complementaridade do Tribunal, bem como do poder discricionário de atuação do órgão de acusação que elege apenas os casos que considera ocorridos num contexto de gravidade e relevância internacional, além do papel do Conselho de Segurança na transmissão de situações e casos específicos.

Dentre os crimes tipificados no Estatuto de Roma, nota-se que para alguns autores, o crime de genocídio é caracterizado como um delito de intenção[15] dada a finalidade transcendente que o marca, e, de forma mais objetiva, como delito de resultado separado[16] já que neste tipo penal, a lei "corta" a ação em determinado momento do processo executório, consumando-se o crime independentemente de o agente haver atingido o propósito pretendido[17]. Assim, se verifica que no crime tipo genocídio, não é necessário que o grupo alvo seja exterminado para que o crime se consume, considerando que basta a intenção do agente, conhecimento da existência de resultado danoso e ação.

Trata-se, portanto, de um crime puramente doloso, uma vez que não admite culpa[18]. Em relação ao dolo eventual (ou recklessness para o direito anglo-saxão) os autores afirmam, de modo geral, que não há expressa menção no tipo penal do genocídio, considerando que a destruição do grupo deve ser a principal meta ou intenção do perpetrador, não haveria espaço, assim, para que o agente assumisse o risco em produzir algo como resultado de uma conduta diversa[19].

Ainda, sobre a "intenção do agente", cabe ressaltar que a acusação não deve apenas provar que o agente intencionou realizar a conduta típica, ou causar a consequência ilícita, o transgressor

15 MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pag. 967.

16 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996, pag. 503.

17 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007. pag. 274.

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996, pag. 399.

19 CASSESE, Antorio. International Criminal Law. Oxford: Oxford Press, 2013, pag.45/46.

deve, também, comprovadamente, ter tido o "especial fim de agir" ou dolus specialis, onde o especial fim de agir não for estabelecido, o ato resta típico (punível), porém não corresponde ao tipo penal genocídio, conforme sua tipificação. Nesses casos, pode ser classificado como crime contra a humanidade ou simplesmente uma infração da lei comum[20]. Ressalta-se, ainda, que o Estatuto de Roma, não estabeleceu, para o Tribunal Penal Internacional, critério para tratamento hierarquizado aos crimes internacionais, portanto, a denominação inicial do genocídio como "crimes dos crimes" não implica primazia frente a outros tipos penais, nem punição maior.

Neste contexto de intrincadas relações internacionais e rigores de tecnicismo jurídico, importantes para a escolha de possíveis casos levados à jurisdição internacional, cabe o questionamento sobre qual seria a influência do agendamento promovido por pautas e demandas instrumentadas pela mídia e a opinião pública relacionadas ao ajuizamento. Há, ainda, a crescente complexidade das narrativas e dos discursos relacionados aos crimes internacionais à responsabilidade atribuída a titulares de cargos políticos.

3. A Possibilidade de Responsabilização das Autoridades Brasileiras perante o Tribunal Penal Internacional – TPI

Apesar da expressividade de notificações da situação brasileira ao TPI, o Tribunal julga, principalmente, crimes relacionados a conflitos armados. De uma forma geral, conforme apresentação dos casos supramencionados, observa-se que a expressão ''crime de genocídio" encontra-se majoritariamente vinculado pela mídia às omissões governamentais, assim como a discursos de ódio do presidente. Todavia, cabe-se ressaltar que o presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, apesar de sua desastrosa condução na política de enfrentamento e combate à

20 SCHABAS, William A. Genocide in International Law: The Crime of Crimes. New York: Cambridge University Press, 2009, pag, 274.

pandemia do COVID-19, em nenhum momento, buscou exterminar, em todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial e/ou religioso brasileiro, não preenchendo, assim, os requisitos formais para a responsabilização do tipo penal genocídio, isto é, o dolo, conforme consta na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948) e no Estatuto de Roma (1998). Dessa forma, observa-se o uso errôneo do termo, buscando uma conotação política e passível de influenciar a opinião pública.

Contudo, quanto ao enquadramento como crime contra humanidade, no que tange a condução omissa do governo federal brasileiro no enfrentamento da pandemia do COVID-19, pode-se afirmar que há possível responsabilização. Para os efeitos do Estatuto de Roma, entende-se por "crime contra a humanidade", um conjunto de atos cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil. O crime exige, também, que o perpetrador tenha conhecimento prévio ou concomitante desse ataque. Muitos atos estão incluídos na tipificação tais como tortura, escravidão, apartheid, mas também, o homicídio, extermínio e outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental[21].

É importante reconhecer que o Brasil estava relativamente preparado para enfrentar a pandemia quando ela chegou à América Latina. Primeiro, o Brasil tem um forte sistema nacional de saúde (o Sistema Único de Saúde, ou SUS), que foi estabelecido no início dos anos 1990. Apesar dos problemas de falta de financiamento crônico, o SUS conseguiu ampliar o acesso aos serviços de saúde, principalmente por meio da Estratégia Saúde da Família. Como a cobertura universal de saúde demonstrou ser um fator determinante na gestão da pandemia mundo afora, o Brasil estava relativamente

21 DOLINGER, Jacob; SOUZA SOARES, Denise. Direito Internacional Penal: tratados e convenções. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pag. 1214.

em boa posição para prevenir, detectar e responder à crise[22]. O SUS também tem um histórico forte e uma experiência significativa em vigilância epidemiológica, inclusive considerando o conjunto de dados disponíveis no sistema de saúde (DATASUS), que fornece informações ricas e relevantes sobre a saúde nacional e o acesso à saúde[23].

A Organização Mundial da Saúde sugere que a taxa de resultados positivos da COVID-19 não deve ultrapassar 5% dos exames em um período de 14 dias, mas a taxa no Brasil foi de 33,2% em agosto de 2020, que é a segunda maior taxa de positividade do mundo. Isso mostra o erro na estratégia de testagem. O Brasil também tem a maior taxa de mortalidade entre enfermeiras infectadas pela COVID-19 e o maior número de mortes maternas relacionadas à COVID-19 no mundo, ambas decorrentes de graves falhas de atendimento[24].

Segue interessante apontamento de Deisy Ventura em conjunto com outros pesquisadores:

> Mas se o Brasil estava em uma posição relativamente forte, o que deu errado com a chegada do COVID-19? O problema não era o sistema de saúde, mas sim uma crise política pré-existente que foi exacerbada pela pandemia. Se, em condições normais, espera-se que uma crise provoque uma união nacional, em vez disso, no caso brasileiro, vimos uma crescente polarização política (e epidemiológica). Por um lado, o governo federal adotou uma abordagem laissez-faire, com poucas intervenções em saúde pública, colocando o funcionamento da economia em primeiro lugar. Por outro lado, vários governos estaduais e municipais criaram ações de proteção a seus cidadãos adotando medidas sanitárias, mas que foram sinalizadas como oposição política pelo Governo

22 LSE Latin America and Caribbean Blog.Quem é responsável pela catástrofe brasileira na crise de COVID-19? Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/107717/1/latamcaribbean_2020_11_19_quem_e_responsavel_pela_catastrofe.pdf. Acesso em 11/06/2021.

23 LSE Latin America and Caribbean Blog.Quem é responsável pela catástrofe brasileira na crise de COVID-19? Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/107717/1/latamcaribbean_2020_11_19_quem_e_responsavel_pela_catastrofe.pdf. Acesso em 11/06/2021.

24 LSE Latin America and Caribbean Blog.Quem é responsável pela catástrofe brasileira na crise de COVID-19? Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/107717/1/latamcaribbean_2020_11_19_quem_e_responsavel_pela_catastrofe.pdf. Acesso em 11/06/2021.

> Bolsonaro. O presidente, em particular, tem incentivado as pessoas, especialmente as mais vulneráveis, a se exporem ao vírus. "E daí?" perguntou Bolsonaro após 5.000 mortes. "Do que você tem medo? Temos que encarar isso aí!", ordenou quando atingimos 91.000 mortes; afinal "todo mundo morre". Com 100.000 mortes, ele disse apenas que "temos que continuar". E dias atrás, com 162 mil brasileiros mortos, ele aproveitou uma cerimônia no palácio presidencial para alertar que "não podemos fugir disso, fugir da realidade; temos que deixar de ser um país de maricas". Contra todos os conselhos de profissionais e acadêmicos da saúde pública, ele tem incentivado aglomerações; interage com pessoas sem usar máscara; promove o uso de medicamentos não comprovados; e, mais recentemente, até começou a fazer discursos que desestimulam a participação dos cidadãos em campanhas futuras de vacinação. Essas posições populistas e anticientíficas dividem ainda mais a sociedade, produzindo um custo significativo para a sociedade[25].

Contrariando a capacidade do sistema de saúde brasileiro em oferecer um relativo bom atendimento à população brasileira, inclusive no contexto de pandemias, a ausência de coordenação do governo federal com os estados e municípios, além de outros setores da sociedade, denota que há uma clara intenção na condução de uma política irresponsável no enfrentamento da pandemia do COVID-19. Consta, ainda, o enorme atraso e recusa na negociação de vacinas com os maiores produtores de vacinas no mundo, os laboratórios Pfizer, Moderna e Janssen.[26]

Conclui-se, portanto, que as sistemáticas omissões do governo federal no enfrentamento a pandemia, demonstrados pelo descumprimento das recomendações da OMS, a ausência de coordenação de uma campanha efetiva em conjunto com os estados e municípios, somados ao comportamento errático do Presidente da República, podem ser enquadradas como contexto claro de crime contra a humanidade, considerando esses elementos, um

25 LSE Latin America and Caribbean Blog.Quem é responsável pela catástrofe brasileira na crise de COVID-19? Disponível em http://eprints.lse.ac.uk/107717/1/latamcaribbean_2020_11_19_quem_e_responsavel_pela_catastrofe.pdf. Acesso em 11/06/2021.

26 BBC. Notícia de 14.05.2021. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57124616

ataque sistemático contra a população civil, nos delitos que incluem homicídio ou atos desumanos que causam grande sofrimento, ou que ainda, afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental. A responsabilidade penal individual do Presidente da República é demonstrada pelos inúmeros ataques as medidas recomendadas pela OMS, como distanciamento social e uso da máscara, além da insistência em priorizar o uso de medicamentos sem comprovação científica, como a hidroxicloroquina. O presidente, em particular, incentivou a população, especialmente os mais vulneráveis, a exposição ao vírus. Outras autoridades do governo federal, podem responder como coautores, considerando a posição de cumplicidade no plano de ações ou omissões no enfrentamento da pandemia.

Considerações Finais

Em suma, o Presidente da República incentivou o uso de um medicamento sem eficácia comprovada contra o Covid-19, prejudicou a vacinação no Brasil, estimulou aglomerações enquanto cientistas e epidemiologistas apelavam e orientavam pelo isolamento social, e por fim, fez pouco caso da doença e defendeu a imunidade de rebanho, notoriamente sem qualquer base científica. Dessa forma, evidente que as atitudes do Presidente e do próprio governo federal se distanciaram das medidas recomendadas pela OMS e por especialistas e epidemiologistas nacionais e internacionais, e que cumulada com o planejamento tardio de um Plano Nacional de Imunização, apesar da disponibilidade de vacinas aptas no mercado, restou evidente que esses fatores colaboraram para a crise catastrófica que o país enfrenta, com mais de meio milhão de brasileiros mortos e famílias em luto.

Não obstante, os depoimentos coletados até o presente momento, na CPI que apura a atuação e omissão do governo federal no enfrentamento do Covid-19, verifica-se que o governo

apesar de ter à disposição todas as informações e estudos de especialistas em epidemiologia no Mundo resolveu tomar medidas contrárias na contenção da pandemia no país, resultando na intensificação da transmissão e incentivando por meio de comícios e passeatas o desrespeito as medidas recomendadas pela OMS e pelas autoridades em epidemiologia, colocando em risco milhões de brasileiros e o país na 2ª colocação do ranking de mais mortes pela Covid-19. Assim, confirmadas essas constatações, não restam dúvidas de que a atuação e omissão, das autoridades do governo federal brasileiro, pode configurar crime contra a humanidade, passível de denúncia e processamento perante o Tribunal Penal Internacional de Haia, caso não sejam devidamente processadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASSESE, Antorio. International Criminal Law. Oxford: Oxford Press, 2013.

CRAVINHO, João Gomes – Visões do Mundo: as Relações Internacionais e o Mundo Contemporâneo. Lisboa: Imprensa das Ciências Sociais, 2002.

DOLINGER, Jacob; SOUZA SOARES, Denise. Direito Internacional Penal: tratados e convenções. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LSE Latin America and Caribbean Blog.Quem é responsável pela catástrofe brasileira na crise de COVID-19? Disponível em <http://

eprints.lse.ac.uk/107717/1/latamcaribbean_2020_11_19_quem_e_responsavel_pela_catastrofe.pdf. Acesso em 11/06/2021.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PAUPÉRIO, Machado, O Conceito Polêmico de Soberania, 1958.

SCHABAS, William A. Genocide in International Law: The Crime of Crimes. New York: Cambridge University Press, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996.

Direitos Fundamentais: O aborto no Brasil, face á consolidada posição na Europa.

Fundamental Rights: The abortion in Brazil, in view of the consolidated position in Europe.

João Proença Xavier [1]

Giovana De Morais Figueiredo Cruz[2]

Sumário: 1. Direitos fundamentais no Brasil; 2. Carta de direitos fundamentais União Europeia; 3. A legalização do aborto no Brasil; 4. A posição consolidada da Europa sobre o aborto.

Resumo: Muito se discute sobre direitos e garantias da mulher e o seu poder de decisão sobre seu corpo, entre todos os temas que merecem destaque temos que referir o aborto. Neste trabalho traremos a análise e discussão sobre as diferentes perspectivas existentes no Brasil e na União Europeia sobre este polêmico assunto. A partir de uma análise de direito comparado, com a perspectiva dos Direitos Fundamentais, procuramos refletir sobre direitos e garantias que o nascituro possui e em que casos pode ou não ser aplicadas quando existente, bem como quando a mãe possui o direito de decidir se manterá ou não a gravidez. Debater sobre quem possui direitos e garantias, o feto em formação no ventre de sua mãe, ou se a mãe, como hospedeira de um novo indivíduo traz à tona questões polêmicas e visões que ainda divergem actaulmente principalmente no âmbito jurídico. Questões de saúde pública, criminalização e até mesmo questões culturais fazem deste assunto um tema controverso até mesmo dentro do bloco da União Europeia, uma vez que não são todos os países que possuem a mesma visão jurídica sobre o assunto.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Aborto; Brasil; União Europeia.

---

1 Professor Doutor em Direitos Humanos |Universidade de Salamanca (Espanha) / Integrado no CEIS20 Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX | Universidade de Coimbra (Portugal). Póstdoctoral Research Scientist - "Derechos Humanos en Perspectiva Comparada Brasil España". Instituição: CEB | Centro de Estudos Brasileiros da Universidade de Salamanca. Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito | Universidade de Salamanca (Espanha). Licenciado em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal), com Master em "Human Rights and Democratization". Membro Associado do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo (CIDHSP/APD), vinculado à Cadeira San Tiago Dantas da Academia Paulista de Direito. E-mail: joao.proenca.xavier@usal.es

2 Bacharela em Direito pela Universidade Paulista (Brasil). Pós-graduada lato sensu em Direito Constitucional pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (Brasil). E-mail: giovana.cruz@icloud.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Abstract: We see many discussions about women's rights and guarantees and their decision-making power over their bodies, among the issues that deserve attention; we can highlight the issue of abortion. In this work, we approach the analysis and discussion about the different possibilities that exists in Brazil and in the European Union on this controversial matter. Using a compared law analysis, from the perspective of Fundamental Rights point of view, we seek to understand the rights and guarantees that the unborn child has and in which cases it may or may not be provided when existing, as well as the perspective of fetal rights and analyse possibilities when the mother has the right to decide whether or not the pregnancy will be maintained. Debating about who has rights and guarantees, the fetus being formed in the mother's womb, or whether the mother, as host for a new individual, brings up controversial issues and views that still differs today, especially when it comes to the legal sphere. Issues of public health, criminalization and even cultural issues make this subject so controversial even within the European Union, since not all countries have the same legal view on this subject.

Key-words: Fundamental Rights; Abortion; Brazil; European Union.

1. Direitos Fundamentais no Brasil

Os Direitos Fundamentais são aqueles direcionados à pessoa humana, incorporados no ordenamento jurídico do país, como Ingo Wolfgang Sarlet explica: "o termo direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado"[3]No Brasil os Direitos Fundamentais estão previstos na Constituição Federal de 1988, Preâmbulo, Título II, artigo 5º. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a colocar o capítulo de Direitos Fundamentais no início do texto constitucional, sendo que em todas as outras Constituições estes artigos encontravam-se no final, portanto houve uma mudança topográfica, onde podemos observar uma razão para essa mudança, como explica Flávio Martins:

> "A mudança paradigmática da topografia do tema demonstra uma mudança não apenas formal, mas espiritual do

3 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. pág. 35/36

> constituinte originário, que coloca a pessoa humana no centro das preocupações, e não mais a organização do Estado, com suas competências e sua estrutura"[4]

Os titulares dos Direitos Fundamentais estão identificados no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, que prevê:

> "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"[5]

Podemos observar que não há menção sobre os estrangeiros não residentes no Brasil (os turistas), esta questão ficou assim para o Supremo Tribunal Federal resolver, pois, a título de exemplo: os estrangeiros não residentes no Brasil precisam ter o direito a vida resguardado, o entendimento do Supremo Tribunal Federal tem sido que se trata do princípio da universalidade, onde todas as pessoas em território nacional, sejam residentes ou não, são titulares de Direitos Fundamentais, segundo o próprio STF:

> "A garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais, salvo as exceções de ordem constitucional, se estende também aos estrangeiros não residentes ou domiciliados no Brasil. O caráter universal dos direitos do homem não se compatibiliza com estatutos que os ignorem. A expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro" (HC 74.051, voto do Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. 18-6-1996)[6]

Conforme observado, os direitos fundamentais são um conjunto de garantias, e o seu principal objetivo é o poder assegurar respeito e dignidade ao ser humano sob o resguardo do poder estatal. No Brasil, como visto, o Estado irá garantir assim esses valores aos residentes e turistas no seu território. A positivação

4 JUNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. Curso de Direito Constitucional, 4ª ed. São Paulo: Saraiva jur. editora, 2020, pág. 610

5 Planalto, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [acesso em 17 de junho de 2021] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

6 Supremo Tribunal Federal, Serviço de Jurisprudência DJ 20.09.96. [acesso:17 de junho de 2021] Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74951

desses direitos garante o respeito pela vida, liberdade, igualdade e dignidade de forma indiscriminada, proporcionando a todos os cidadãos essa segurança. Esta segurança, também se configura verdadeira quando há a necessidade de criação da positivação de novos direitos fundamentais, uma vez que a sociedade está em constante transformação, sendo necessária a criação de novas formas de se assegurar a efectiva dignidade do cidadão para que se possa atingir esse objetivo.

2. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia teve na sua génese a necessidade de reunir num único texto os direitos que se encontravam distribuídos por diversos instrumentos legislativos. Em 7 de Dezembro de 2000 ocorreu a criação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, onde os direitos reunidos em um único texto foram os direitos civis e políticos, econômicos e sociais dos cidadãos europeus.

Porém, constituía apenas um compromisso político, não tinha efeito jurídico vinculante, em 1 de dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa a carta passou a ter força de lei, sendo juridicamente vinculante em todos os estados-membros da União Europeia. A Carta é dividida da seguinte forma: tem um preâmbulo, 54 artigos repartidos em 7 capítulos sendo eles: dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, direitos dos cidadãos, justiça. Existem duas versões da carta, uma com linguagem simplificada para todo cidadão poder compreender sem dificuldades, garantindo melhor comunicação e transparência, visando a informação a todos os cidadãos, porém não tem força de lei, e outra com linguagem formal, tendo por força de lei.[7] A União Europeia se preocupou com os Direitos das Crianças, portanto a carta reconheceu que todas as políticas que de alguma

7 União Europeia, Carta de Direitos Fundamentais [acesso: 16 de junho de 2021] Disponível em: https://op.europa.eu/webpub/com/carta-dos-direitos-fundamentais/pt

forma afetam as crianças, seja de forma direta ou indireta, devem observar o princípio dos melhores interesses da criança; o bem-estar de todas as crianças, tendo direito a proteção e cuidado; foi reconhecido a importância de proteger as crianças contra violações de seus direitos, abusos e qualquer situação que possa colocar em risco seu bem-estar. Segundo Jales, 2015 A Carta adotada em 2000, passa a ter força jurídica e vinculativa com o Tratado de Lisboa, os Estados membros são obrigados a respeitar a carta quando aplicam a legislação europeia.

> "Percebe-se que a Carta consta com um catálogo de direitos que devem servir de padrão para os Estados membros, como também para os novos Estados membros no processo de adesão à União Europeia. Atuando de forma complementar, a Carta não substitui o sistema nacional. Primeiramente, os Estados membros são sujeitos ao seu próprio rol de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e por ele definidos. Somente quando suas medidas nacionais implementam o direito da União é que os direitos consagrados na Carta devem ser observados."[8]

Portanto, a Carta deve ser observada, porém os Estados membros ainda possuem uma certa autonomia para que primeiramente sejam aplicadas as leis nacionais.

3. O Aborto no Brasil

O direito à vida está presente em todos os âmbitos na Constituição brasileira, esse direito assegura garantias a partir do momento do nascimento, momento este, em que o indivíduo passa a adquirir direitos e responsabilidades. Segundo prescreve o artigo 2º do Código Civil brasileiro: "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"[9]. Tem-se o nascimento como o marco inicial da personalidade do indivíduo. Há também

8 JALES, Lycia Cibely Porto. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia como ponto de referência nas políticas da União. ambito Jurídico. Brasil, 2015

9 Planalto, Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. [acesso:16 de junho de 2021] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

o respeito aos direitos do nascituro, ou seja, garantias desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação de um novo ser. Segundo Aguiar (2016),

> "O conceito de nascituro aparece no momento em que ocorreu a fertilização entre um espermatozoide com o óvulo. Vale ressaltar que neste momento ainda não cabe a afirmação que o nascituro possui personalidade jurídica, como previsto no item acima. Dessa forma, cabe afirmar a inspiração do Código Civil Brasileiro na Teoria Natalista, a qual garante, em regra seus direitos, no momento de seu nascimento, entretanto, vale ressaltar que o nascituro pode ser considerado como um "sujeito de direito", tanto que este é protegido pelo Código Penal, em seus artigos 124 e 127, os quais tratam da matéria referente ao crime de aborto. Este é um exemplo clássico, que comprova seus direitos, uma vez que é ilegal a prática do aborto, exceto as causas excludentes, também previstas neste diploma legal. "[10]

Para que os direitos do embrião sejam respeitados, deve ser considerado como pessoa. A Lei de Alimentos Gravídicos, nº 11.804/2008, detentora de caráter jurídico e social, visa proteger a mulher grávida assegurando a ela e ao nascituro uma gestação saudável[11].

A Lei no 8.560/1992, em seu artigo 7º, assegura ao nascituro o direito a alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido, que deles necessitar: "Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.".

Maria Helena Diniz afirma que os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção:

> "Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que pertenciam em estado potencial, somente

10 KILL AGUIAR, etc. A legislação sobre o Aborto nos Países da América Latina: uma Revisão Narrativa. Comunicação Em Ciências Da Saúde, v. 29, n. 1, p. 36-44, 2019. Disponível em: http://www.escs.edu.br/revistaccs/index.php/comunicacaoemcienciasdasaude/article/view/133

11 Planalto, Lei Nº 11.804 de 5 de novembro de 2008. [acesso:16 de junho de 2021] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm

com o nascimento com vida."[12]

O nascituro é um titular do direito ao nascimento com vida. A Constituição Federal/1988 postula que todos têm direito à vida, assim como a dignidade da pessoa humana.O Estado tem a obrigação de prover um desenvolvimento digno e sadio ao nascituro e a mãe tem direito a realização do atendimento pré e perinatal, conforme demostra o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 7º e 8º:

> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.
>
> Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

O direito à vida é superior aos demais direitos dos homens, e sendo de indiscutível importância, atinge o nascituro mesmo nesta condição suspensiva de direitos. Entretanto, é discutida a legalização do aborto, sendo é permitido o aborto no Brasil nas circunstâncias de terapêutico ou necessário, ou aborto sentimental, ético o humanitário, conforme descritas no Artigo 128 do Código Penal:

> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
> Aborto necessário:
> I -se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
> Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.[13]

Como pudemos observar, é permitido o aborto praticado por médico, ainda que esteja dentro dos requisitos do artigo 128 do Código Penal, porém não for praticado por médico, não há em que se falar de possibilidade garantida por lei. Porém o código

12 DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3,p. 334, 1998

13 Senado Federal, Código Penal Brasileiro. [acesso: 19 de junho de 2021] Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf

Penal não diz sobre o aborto no caso dos fetos anencéfalos, essa decisão ficou para o Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Pudemos observar que a questão de legalização do aborto no Brasil está longe de ser possível, visto que há no Senado Federal um Projeto de Lei Complementar, chamada pelos seus defensores de PEC da vida, que defende a proibição do aborto em casos já previstos em lei.[14] Por outro lado, temos um projeto de lei 882/2015 a favor do aborto na Câmara do Deputados, o qual foi proposto em 2015, no entanto foi arquivado, em 2019 foi desarquivado[15], atualmente encontra-se apenso ao projeto de lei 313/2007, o qual não defende a liberação do aborto, e sim métodos esterilização, como diminuir a faixa etária para homem ou para mulher solicitarem a esterilização voluntária, defendendo assim o planejamento familiar.

Dessa forma, observamos que a liberação do aborto no Brasil é algo que nos parece muito distante da realidade e se mostra em minoria, pois como mostramos o projeto de lei 882/2015 que defende a liberação total do aborto, não teve força para andar sozinho e foi apenso em outro projeto de lei menos radical. Não podemos negar que a questão da saúde pública é fundamental para que todos os direitos e garantias da mulher possam ser entregues na sua completude, ao analisar os casos em que é possível a realização do aborto no Brasil podemos dizer que há uma certa coerência em priorizar a saúde da mãe, uma vez que ela detém o poder de decisão. Ao garantir direitos ao nascituro desde sua concepção, o Brasil indiretamente reconhece-o como um novo indivíduo, independente de sua progenitora, o que nos mostra que a defesa pela vida é coerente com o posicionamento adotado pelo país.

14 Senado Federal, Proposta de Emenda à Constituição n° 29, de 2015. [acesso: 20 de junho de 2021] Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152

15 Portal da Câmara dos Deputados, Legislação Informatizada - Lei Nº 8.560, de 29 de Dezembro de 1992 - Publicação Original [acesso: 18 de junho de 2021] Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8560-29-dezembro-1992-349772-publicacaooriginal-1-pl.html

4. A posição consolidada na Europa sobre o aborto.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos num julgamento realizado na França declarou que o nascituro não é considerado uma pessoa que possa ser diretamente protegida pelo Artigo 2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), e que "se o nascituro tem um' direito 'à' vida ', é implicitamente limitado pelos direitos e interesses da mãe". Podemos ver aqui, que este posicionamento é bastante diferente do posicionamento adoptado no Brasil. O nascituro para a União Europeia não é considerado detentor de direitos, somente a sua mãe está protegida, nesta matéria. O processo citado em questão, trata-se do famoso caso "Vo vs France". Nele não se "descartaram a possibilidade de que, em certas circunstâncias, as salvaguardas possam ser estendidas ao nascituro". Assim, o Tribunal fez uma distinção entre o direito à vida, por um lado, e as garantias que podem, em certas circunstâncias, ser estendidas aos nascituros, por outro; e não considera o nascituro como titular do direito à vida, mas sim como beneficiário de algumas salvaguardas em determinadas circunstâncias. Segundo o relatório do Center of Reproductive Rights, na União Europeia, 26 dos 28 estados membros permitem o aborto a pedido de uma mulher ou por motivos sociais amplos, só dois Estados Membros da União Europeia, não permitem que o aborto seja realizado.

As leis de alguns países europeus estabelecem o limite de tempo para o aborto mediante solicitação ou motivos sociais amplos entre 18-24 semanas de gravidez, enquanto outros estabelecem o limite em torno do primeiro trimestre de gravidez. No entanto, todas as leis desses países também permitem o acesso mais tarde na gravidez em circunstâncias específicas, como quando a saúde ou a vida de uma mulher estão em risco. A prática padrão em toda a Europa é não impor limites de tempo com base nesses motivos.

Vários países europeus promulgaram reformas para estender os limites de tempo para o acesso ao aborto mediante solicitação ou por motivos sociais amplos. Essas reformas reconhecem que, embora a maioria dos abortos na Europa ocorra durante o primeiro trimestre da gravidez, prazos curtos podem ter impactos prejudiciais sobre as mulheres que procuram atendimento ao aborto após o limite de tempo relevante.[16] No parlamento Europeu, até a data da presente pesquisa, está para acontecer a votação do "Relatório Matic", o relatório pede que não tenha barreiras para o aborto, além disso, o aborto passaria a ser considerado um direito humano.[17]A Polônia é uma das exceções dos Estados Membros da União Europeia que ainda não realizaram a reforma em suas leis sobre o assunto.Na data de 22 de outubro de 2020, o Tribunal Constitucional Polaco proferiu uma sentença sobre a legalidade do aborto (caso K1/20). O Tribunal decidiu sobre a inconstitucionalidade do aborto nas circunstâncias de má formação ou doenças graves que o feto possa ter.

Essa decisão foi amplamente fundamentada pelo artigo 38 da Constituição Polaca, este artigo garante a proteção da vida humana. Ou seja, a decisão de inconstitucionalidade está de acordo com o ordenamento polaco: "Artigo 38: A República da Polónia assegura a proteção jurídica da vida de cada ser humano. "

Segundo Pichlak (2020):

> "Uma vez que este artigo foi localizado na seção "Direitos e liberdades pessoais", deve-se concluir - contra algumas interpretações - que ele não apenas estabelece a obrigação positiva do Estado ('dever de proteger'), mas expressa um fundamental direito de cada indivíduo."

Porém há certas dúvidas no que diz respeito a este artigo. O que de fato seria a proteção à vida, uma vez que é papel do Estado

16 Center of Reproductive Rights, European Abortion Law: A Comparative Overview. [acesso: 18 de junho de 2021] Disponível em: https://reproductiverights.org/european-abortion-law-comparative-overview-0/

17 Parlamento Europeu, Relatório sobre a situação da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos na UE no contexto da saúde das mulheres. [acesso: 19 de junho de 2021] Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0169_PT.html#title1>acesso I

assegurar a proteção à vida, ele mesmo define os parâmetros e limites para que essa definição seja aplicada. Assim, o que pode ocorrer é o Estado não ter em conta as circunstâncias ou os riscos que o nascituro ou a mãe podem estar sujeitos. Os direitos do nascituro são garantidos pelo ordenamento polaco. Em 1997, o Tribunal Constitucional Polaco considerou inconstitucional a admissibilidade do aborto por motivos sociais. A defesa da vida humana em sua fase pré-natal é protegida pela Lei de Planejamento Familiar e Proteção ao Feto (1993) e pelo Código Penal . No Brasil existe a Lei de Alimentos Gravídicos que protege a vida da gestante e do nascituro faz com que este, seja reconhecido, ainda que no ventre como detentor de direitos e garantias. Na Polônia a Lei de Planejamento Familiar e Proteção ao Feto traz em seu Art. 1º que: "O direito à vida será amparado, inclusive na fase pré-natal, na medida do disposto na Lei. " Portanto também reconhece ao nascituro direitos e garantias, o reconhecendo como um indivíduo que deve ser amparado pelo Estado.Podemos ver que mesmo dentro do bloco Europeu existem portanto diferenças em relação ao tempo em que a solicitação para o procedimento pode ser feita e no que diz respeito ás divergências no posicionamento, a Polónia destaca-se com uma opinião contrária aos demais estados da EU.

Considerações finais:

Assim, nesta reflexão comparada, procurámos apresentar as diferentes perspectivas sobre este assunto polêmico, que não só envolve a posição de vários Estados, como também uma análise crítica sobre a preservação de direitos e garantias da progenitora e do nascituro. Ao analisar estas diferentes perspectivas verificamos que o posicionamento sobre o aborto é um tema ainda bastante delicado no que toca ao ordenamento jurídico e enquandramento institucional e político dos respectivos países, quer seja na Europa quer seja no Brasil. Em conclusão, nos casos em que a mãe corre

risco de vida, todos os Estados deveriam sempre garantir a sua segurança proporcionando meios adequados para o tratamento da progenitora, sendo que isso, deveria ocorrer sem constrangimentos e com a maior segurança possível.

De qualquer forma deveria a legislação actual ser normalizada quer na Europa quer no Brasil para evitar respostas tão distintas a um mesmo problema, que na realidade tem enquadramentos legais muito diferentes, para a mesma situação, conforme estejamos a analizar este tema de uma perspectiva de Direito Brasileiro ou de Direito Europeu, o que não deveria acontecer com respostas jurídicas tão discrepantes num Século XXI em que impera uma tendência legal para a globalização à escala Mundial.

Bibliografia

DINIZ, Maria Helena. (2006) Dicionário jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3,p. 334, 1998

JALES, Lycia Cibely Porto. (2015) A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia como ponto de referência nas políticas da União. ambito Jurídico. Brasil,

JUNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. (2020) Curso de Direito Constitucional, 4ª ed. São Paulo: Saraiva jur. editora, , pág. 610

KILL AGUIAR, Brunno Henrique (2019); et al. A legislação sobre o Aborto nos Países da América Latina: uma Revisão Narrativa. Comunicação Em Ciências Da Saúde, v. 29, n. 1, p. 36-44, 2019. Disponível em: http://www.escs.edu.br/revistaccs/index.php/comunicacaoemcienciasdasaude/article/view/133

PICHLAK, Maciej. Abortion (2020), Constitution and the Role of Constitutional Court: Lessons from Poland. Constitutionalism and Politics EUI Working Group Blog. Polônia, 2020. [aceccos: 19 de junho de 2021] Disponível em: https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, pág. 35/36

Sites Oficiais:

Center of Reproductive Rights, European Abortion Law: A Comparative Overview. [acesso: 18 de junho de 2021] Disponível em: https://reproductiverights.org/european-abortion-law-comparative-overview-0/

Center of Reproductive Rights, The Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Permissibility of Abortion Act of 7 January 1993. [acesso: 18 de junho de 2021] Disponível em: https://www.reproductiverights.org/sites/default/files/documents/Polish%20abortion%20act--English%20translation.pdf

Constitute Project, Constitution of Poland, 1997 (rev. 2009) [acesso: 20 de junho de 2021] Dispnível em: https://constituteproject.org/constitution/Poland_2009?lang=en%253

Europa, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [consulta: 17 de junho de 2021] Disponível em: https://op.europa.eu/webpub/com/carta-dos-direitos-fundamentais/pt/#chapter0>acesso

European Court of Human Rights, Case of Vo vs France [acesso: 18 de junho de 2021] Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61887%22

Parlamento Europeu, Relatório sobre a situação da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos na UE no contexto da saúde das mulheres. [acesso: 19 de junho de 2021] Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0169_PT.html#title1>acesso

Planalto, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [acesso em 17 de junho de 2021] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Portal da Câmara dos Deputados, Legislação Informatizada - Lei Nº 8.560, de 29 de Dezembro de 1992 - Publicação Original [acesso: 18 de junho de 2021] Disponível em: https://www2.camara.

leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8560-29-dezembro-1992-349772-publicacaooriginal-1-pl.html

Planalto, Lei Nº 8.069 de 13 de Julho de 1990. [acesso:16 de junho de 2021] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm

Planalto, Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. [acesso:16 de junho de 2021] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

Planalto, Lei Nº 11.804 de 5 de novembro de 2008. [acesso:16 de junho de 2021] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm

Portal da Câmara dos Deputados, PL 313/2007 [acesso: 18 de junho de 2021] Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343759&ord=1

Senado Federal, Código Penal Brasileiro. [acesso: 19 de junho de 2021] Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf

Senado Federal, Proposta de Emenda à Constituição n° 29, de 2015. [acesso: 20 de junho de 2021] Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152

Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. [acesso: 20 de junho de 2021] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf

Supremo Tribunal Federal, Serviço de Jurisprudência DJ 20.09.96. [acesso:17 de junho de 2021] Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74951

O Atual Ensino Jurídico no Brasil

Current Legal Education in Brazil

Maria Cláudia Trajano Marques de Souza Santos[1]

Sumário: 1 – Diagnóstico do Ensino Jurídico no Brasil. 2 – Principais Obstáculos ao Desenvolvimento do Ensino. 3 – Proposta para Novos Resultados. 4 – Conclusão. Referências

Resumo: O presente artigo tem por escopo provocar a reflexão sobre o atual cenário do ensino jurídico do país, além propor a sua leitura a partir de uma nova perspectiva com ênfase em resultados diferentes do que hoje se tem. Fato é que o Brasil é um dos países que mais forma bacharéis em Direito; desse grupo, temos atualmente, mais de 1 milhão de advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.[2] O ensino dado em linha de produção, especialmente descolado da raiz do pensamento jurídico, qual seja, a justiça, não tem a capacidade de formar profissionais críticos, que reflitam sobre o Direito e o inovem. O contexto atual é composto por profissionais do Direito munidos, em grande número, de raso conhecimento técnico, preponderantemente voltado para as regras do combate processual, sem habilidades emocionais e competências anexas capazes de calibrar a sua atuação profissional. Os conflitos sociais têm roupagem diversa da que se viu nas últimas décadas. As demandas decorrentes da nova ordem social exigem soluções rápidas e inovadoras por parte dos atuais operadores do Direito; por isso, o conhecimento sobre outros meios adequados para a solução de conflitos, além de empreendedorismo, argumentação jurídica, compliance, marketing pessoal, entre outras, são algumas das competências secundárias necessárias ao seu desenvolvimento. Reflexões sobre Justiça também se fazem altamente relevantes para conferir ao discente a ampla experiência de estabelecer contato com o cerne do seu objeto de estudo.

Por meio de pesquisa doutrinária e empírica analisamos o ensino jurídico brasileiro, abordando as suas principais deficiências, especialmente sob a nova configuração do mercado da educação e propusemos algumas alternativas que, reputamos, sejam hábeis a elevar a qualidade da formação do discente.

1 Advogada, Professora Universitária na Universidade Anhanguera, Mestranda em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito (EPD), Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD), email: cltrajano681@gmail.com

2 Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados. Acesso em 26 de Janeiro de 2021.

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

Palavras-chave: Ensino Jurídico; Metodologia; Docência

Abstract: The purpose of this article is to provoke reflection on the current scenario of legal education in the country, in addition to proposing its reading from a new perspective with an emphasis on different results than we have today. The fact is that Brazil is one of the countries that most graduates in law; of this group, we currently have more than 1 million lawyers registered with the Brazilian Bar Association.1 The education given on the production line, especially detached from the root of legal thinking, namely, justice, does not have the capacity to train professionals critics, who reflect on the Law and innovate it. The current context is composed of legal professionals with a large number of shallow technical knowledge, mainly focused on the rules of procedural combat, without emotional skills and attached competences capable of calibrating their professional performance. Social conflicts have a different guise than what has been seen in recent decades. The demands arising from the new social order demand quick and innovative solutions on the part of the current operators of the Law; for this reason, knowledge about other appropriate means for resolving conflicts, in addition to entrepreneurship, legal arguments, compliance, personal marketing, among others, are some of the secondary skills necessary for its development. Reflections on Justice are also highly relevant to give the student the wide experience of establishing contact with the core of their object of study Through doctrinal and empirical research, we analyzed Brazilian legal education, addressing its main deficiencies, especially under the new configuration of the education market, and proposed some alternatives that, we believe, are able to raise the quality of student training.

Keywords: Legal Education; Methodology; Teaching

1. O diagnóstico do ensino jurídico no Brasil

Inúmeros estudantes de Direito preocupam-se com o inevitável desafio que enfrentarão ao desenvolver o ofício escolhido. A expectativa é que o façam de forma próspera, efetiva, de modo que seja possível que extraiam exclusivamente dele o seu sustento.

O sucesso deste desafio depende também do grau de aproveitamento que tiveram no desenvolvimento do curso de Direito, levando-se em conta, entre outras coisas, a capacidade de firmar posicionamento crítico, o aprofundamento na formação política e

social, além do repertório intelectual e cultural fundamental para quem pretende discutir ou aplicar o Direito.

Ocorre que o aproveitamento necessário ao desenvolvimento da capacidade crítica e intelectual guarda relação com o preparo de base educacional à qual o graduando teve acesso; e disso decorrem importantes dificuldades no desenvolvimento do ensino jurídico no país.

Conjugado a esse fato, poucas são as instituições de ensino, com especial referência às privadas, que contam com metodologia inovadora, hábil a enfrentar as deficiências de aprendizado por parte do discente, além de prepará-lo adequadamente para o exercício competitivo da carreira.

Outro fator que finda por agravar ainda mais o prejuízo decorrente do despreparo dos graduandos, consiste no número exagerado de profissionais do Direito - e que cresce expressivamente a cada ano – somado ao avanço agressivo da tecnologia na área jurídica, o que contribui para o aprofundamento da sensação de despreparo e insegurança do aluno.

Cabe também ao educador, a responsabilidade por situar os estudantes quanto à necessidade de imprimir qualidade à sua formação; e isto significa enfrentar as suas fraquezas no aprendizado e obstinar-se no seu auto desenvolvimento crítico. Este é o perfil potencializador do sucesso profissional.

A formação escolar altamente deficitária de grande parte dos alunos somada à atual metodologia das universidades compromete a formação qualificada do graduando em Direito; não é só, via de consequência, muitos deles não atingem autonomia financeira no exercício da carreira e, frustrados, findam por migrar para subempregos.

A expectativa para aqueles dotados de perfil acrítico e resistentes a adaptações também se revela desanimadora. A inteligência artificial no campo do Direito é realidade que se impõe. Os estudantes que se elevam em conhecimento e habilidade de

posicionamento crítico a tomarão como aliada no desenvolvimento de novas competências; por outro lado, os doutrinados a reproduzir pensamentos jurídicos expressados em lei e jurisprudência serão alcançados pela frustração do insucesso.

2. Principais Obstáculos ao Desenvolvimento do Ensino

A primeira questão aqui referenciada tem a ver com a dificuldade de compreensão de conteúdo. A capacidade de interpretar, reformular o raciocínio e se posicionar diante da informação apresentada em aula, constitui pilar de formação de um profissional minimamente crítico. Ocorre que os graduandos não contam com um histórico de participação em construção de crítica, de leitura ou de escrita. As universidades, por outro lado, não dispõem de ferramentas eficazes a filtrar os candidatos com uma base mínima necessária para receber o conhecimento de nível superior e, uma vez que admitem todos os candidatos, também não oferecem recursos capazes de dirimir o déficit de formação de base.

O resultado deste cenário no mundo profissional apresenta-se de forma desastrosa. Inúmeros operadores do Direito limitados a reproduzir o que consta literalmente em texto de lei ou jurisprudência e incapazes de desenvolver posicionamento crítico a respeito das demandas sociais. ”É como se o Direito lato sensu já possuísse uma linguagem própria, e as outras fundamentações serão decorrentes dela.“ (Pinto e Dias, 2018).

Alexandre Morais da Rosa (2013) apresenta crítica contundente ao definir como “analfabetos funcionais” a maioria dos profissionais de Direito da atualidade incapazes de extrapolar o essencialismo aprendido na graduação:

> “O resultado disso é o que se vê: um deserto teórico no campo jurídico, em que cerca de 60%, sendo otimista, dos atores jurídicos são incapazes de compreender o que fazem. Para além da “opacidade do direito” (Carcova) e sua atmosférica mitológica (Warat), existe uma geleia de

> "atores jurídicos analfabetos funcionais". Esses, por certo, não sabem compreender hermeneuticamente, porque para isso precisariam saber pelo menos do giro linguístico, isto é, deveriam superar a Filosofia da Consciência em favor da Filosofia da Linguagem. Seria pedir muito? Talvez. Mas é preciso entender que o sentido da norma jurídica (norma: regra + princípio) demanda um círculo hermenêutico (Heidegger e Gadamer), incompatível com os essencialismos ainda ensinados na graduação: vontade da norma e vontade do legislador, tão bem criticados pelo professor Lenio Streck."

A formação mecanicista do estudante de Direito que o treina para ser mero reprodutor de pensamentos já formulados acerca da produção do direito material muito tem a ver com o formato de educação insistentemente combatido por Paulo Freire.

Os livros que compõem a vasta obra do educador têm em comum a crítica contundente contra um sistema de ensino que treina os educandos em vez de formá-los. Sustenta Paulo Freire que a educação de formação consiste naquela capaz de conscientizar o educando sobre o seu protagonismo no mundo e isto depende necessariamente, de provocar o desenvolvimento do seu senso crítico.

Na obra Pedagogia da Indignação, Freire (2000, p.33) expõe sobre a importância da emancipação do educando através da conscientização de seu papel transformador no mundo:

> "Por isso mesmo é na inserção no mundo e não na adaptação a ele que nos tornamos seres histórico e éticos, capazes de optar, de decidir, de romper. A postura crítica da consciência é tão importante na luta política em defesa da seriedade no trato da coisa pública quanto na preensão da substantividade do objeto no processo de conhecer. Não se aprende um objeto se não se apreende sua razão de ser. Não é por outra razão que a pura memorização mecânica do perfil do objeto não constitui conhecimento cabal do objeto. Daí que, na experiência cognitiva verdadeira, a memorização do conhecimento se constitua no ato esmo de sua produção. É apreendendo a razão de ser do objeto que eu produzo o conhecimento dele."

O posicionamento explanado pelo autor se mostra contemporâneo à realidade do ensino jurídico. Além da inabilidade em pensar o mundo jurídico por si próprio, os educandos ainda

lidam com uma metodologia de ensino obsoleta e incapaz de desenvolver as competências necessárias ao exercício da carreira jurídica.

Reflexões sobre Justiça se fazem altamente relevantes; por isso, o investimento no ensino de disciplinas como Teoria do Direito, Filosofia do Direito e outras em que se teoriza sobre justiça, são imprescindíveis para a integral formação crítica do profissional do Direito. Contudo, as instituições de ensino, especialmente as privadas, dedicam frequentemente o mínimo de horas-aula à exploração de tais disciplinas; daí decorre a deficiência de muitos profissionais jurídicos na formulação de pensamento crítico.

Nesse mesmo sentido:

> "Outra consequência da política de massificação do ensino jurídico é a tendência a privilegiar matérias e disciplinas meramente técnicas nas grades curriculares, em detrimento daquelas que apresentam um conteúdo mais humanístico e reflexivo. As disciplinas basilares do curso de direito, taxadas como disciplinas propedêuticas, são deixadas à margem em todo decorrer do curso também porque as IES, especialmente privadas, buscam aprovação de seus alunos em concursos ou no exame de ordem, o que é um poderoso instrumento de propaganda." (Araújo e Ormelesi, 2018, p.91)

Atualmente, a dinâmica de ensino jurídico acontece com um sujeito ativo (professor) apresentando informações relativas ao Direito aos sujeitos passivos (alunos). Tais informações consistem basicamente, em conteúdo de lei, jurisprudência e doutrina. Até mesmo em função da exiguidade do tempo destinado ao ensino das disciplinas presenciais, não é possível oferecer satisfatoriamente, a integração entre o conteúdo teórico e a prática. O enfoque do ensino se dá, portanto, de maneira maciçamente positivista.

A pandemia causada pelo novo coronavírus colocou ainda mais desafiador o cenário do ensino. A falta de interação entre aluno e professor, decorrente do sistema de ensino à distância, além da dificuldade de acesso à internet e outros fatores como concentração, motivação, engajamento; são alguns dos elementos que dificultaram o ofício do docente e o aprendizado por parte do

discente.

A oportunidade que se coloca, por outro lado, consiste justamente em provocar o desenvolvimento do professor no sentido de reinventar a sua metodologia para reter a atenção do aluno, além de engajá-lo na ativa participação das aulas.

O ensino à distância forçou a reflexão quanto ao papel do professor. No cenário virtual, necessário se faz que o educador assuma papeis diversos daquele que costumeiramente exercia; agora cumpre a ele atuar como planejador da disciplina, criador de seu respectivo conteúdo, além de zelar pelo efetivo aprendizado do educando pensando interações para esse fim. Trata-se da polidocência que demanda do docente o desenvolvimento de competência instrumentais necessárias à realização da sua principal função de ensinar (Mill, 2012).

3. Proposta para novos resultados

Com a finalidade de imprimir qualidade e eficiência à metodologia de ensino jurídico, importa que haja engajamento no sentido de se promover a vivência prática ao aluno para assim, absorver o conteúdo como experiência. Não basta, por exemplo, ensiná-lo a redigir uma peça processual, importa conscientizá-lo sobre o momento oportuno de utilizá-la, além de capacitá-lo a construir argumentos inteligentes sobre o que defende.

De acordo com que defendia Paulo Freire, o aprendizado para que cumpra com a sua função de formar, é imprescindível que faça sentido ao educando; trata-se de contextualizar o saber com sua a realidade social; assim ele será capaz de confrontá-la e transformá-la. Esta proposta foi, inclusive apresentada aos alfabetizandos da ocasião narrada na obra, conforme se transcreve:

> "Não foi por outra razão, permita-se-me a repetição, que nos anos 60 propus aos alfabetizandos o debate sobre o conceito de cultura, a partir da compreensão mais crítica do mundo da natureza e do mundo da cultura. De como, trabalhando

> o mundo da natureza que não fizemos, intervindo nele, terminamos por criar o mundo da cultura. A cultura em última análise, como expressão do esforço criador do ser humano. Neste sentido, é tão cultura o poço que camponeses, empurrados pela necessidade de água, cavam no chão, quanto um poema de trovador anônimo. (...) Eram dez as situações concretas, codificações, como as chamo, cuja 'leitura' possibilita o começo do desvelamento da atividade cultural humana." (Freire, 2000, p. 34 e 35)

Ao analisar o resultado da experiência narrada por Paulo Freire, fica evidente que quando o educador vence o desafio de atribuir sentido ao aprendizado do aluno, contextualizando-o à sua realidade social, a educação cumpre seu papel. Incute no educando um sentimento alto de dignidade e de inserção no mundo e o provoca a mudá-lo.

Ao lado do aprendizado integrado com teoria e prática, o desenvolvimento de novas habilidades se põe como exigência para a carreira jurídica na atualidade; também por este motivo a metodologia comum às faculdades de Direito se mostra obsoleta. O Direito não poderá mais ser ensinado como uma ciência posta com perspectivas parametrizadas. A nova ordem jurídica impõe pensar o Direito para além dos manuais que integram os arsenais bibliográficos das universidades.

> (..) reexaminar o Direito, não como ordem estagnada, mas como a positivação em luta, dos princípios libertadores, na totalidade social em movimento. O Direito, então, há de ser o ensino jurídico e a pedagogia histórico-crítica visto como processo histórico. [...] Direito é processo dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as próprias conquistas." (Lyra Filho, 1982 p. 86)

O sucesso do ensino jurídico, portanto, demanda aos docentes o investimento em treinamento para oferta de ensino participativo, preferindo-se esse ao modelo tradicional meramente expositivo; e aos discentes o desenvolvimento de novas habilidades afetas à tecnologia, empreendedorismo, soluções alternativas de resolução

de conflitos, jurimetria, análise preditiva, precificação, gestão de carreira, entre outros. A compreensão de tais ferramentas acompanhadas do incentivo à pesquisa e da integração da teoria à experiência prática são medidas importantes para atualizar o ensino jurídico às novas exigências sociais e de mercado.

> "Mas, no esforço de mudar o método cansativo e repetitivo que transforma o Professor de Direito em um verdadeiro e ruidoso rádio mal sintonizado, pelas inestancáveis conversas paralelas dos alunos nas aulas expositivas, quando estas aulas são imprescindíveis por justificarem temas teóricos, sempre nos envolvemos em questões que decorrem da Teoria do Direito, e aí, há a possibilidade da mudança da estação ou da freqüência da emissora ou do radialista, permitindo que agora os alunos, provocados, passem à corajosa, para alguns, atitude da manifestação, e logo, da aula participativa e dinâmica que, estas, verdadeiras características do Direito." (Bernardes e Rover, 2009, p.34)

4. Conclusão

A saturação do mercado jurídico constitui realidade que se impõe. A demanda social por soluções inovadoras e criativas por parte do mundo jurídico requer profissionais atualizados com as ferramentas de tecnologia e afetos ao desenvolvimento de novas competências que os habilitem a tratar de temas anexos aos novos conflitos.

Fundamental se faz para o sucesso da carreira jurídica, que o profissional atual do Direito domine temas como argumentação, empreendedorismo, gestão, marketing pessoal, sistema multiportas, entre outros. Para tanto, necessário que haja mudança no sistema de ensino, nos bancos das instituições, com firme comprometimento na formação de profissionais pensantes, engajados na reflexão e debates sobre justiça, além do auto aprimoramento.

A metodologia de ensino contemporânea que atenda às novas exigências sociais há que se sofisticar para debelar o sistema meramente reprodutor de informações jurídicas. O ensino integrado, participativo exige a seleção responsável do candidato

ao curso de Direito, o qual previamente deverá ser desafiado nas competências de ensino básico.

O Direito é estrutura da ordem democrática, além de ser uma ciência dinâmica. Dada a sua importância, necessário se faz que os personagens que o exercem estejam absolutamente dotados de capacidade de reflexão e compreensão sobre Justiça, a partir de referências contemporâneas. Elevar o nível do ensino no Brasil para elevar o nível de atuação do operador do Direito é medida necessária.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gabriel Frias; ORMELESI, Vinicius Fernandes. Notas Críticas sobre o ensino jurídico no Brasil atual: um ensaio sobre o histórico da formação jurídica brasileira. Disponível em https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1313/pdf: Acesso em 23 de Janeiro de 2021

BERNARDES, M. B.; ROVER, A.J. Uso das novas tecnologias de informação e comunicação como ferramentas de modernização do ensino jurídico. 2009, p. 34. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29260-29278-1-PB.htm. Acesso em: 23 de Janeiro de 2021.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Indignação. São Paulo. Editora UNESP. 2000

LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. São Paulo: Brasiliense, 1982. (Coleção Primeiros Passos).MILL, D. Docência virtual: uma visão crítica. Campinas: Papirus, 2012.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Institucional / Quadro de Advogados. 2021

PINTO, Emerson de Lima. DIAS, Giovanna. O ensino jurídico brasileiro vive a sua morte anunciada. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/diario-classe-ensino-juridico-brasileiro-vive-morte-anunciada. Acesso em 01 de Junho de 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. McDonaldização do Processo Penal e analfabetos funcionais. Disponível em https://www.conjur.com.br/2013-out-19/diario-classe-mcdonaldizacao-processo-penal-analfabetos-funcionais. Acesso em 01 de Junho de 2020.

A Emergência dos Direitos Humanos de segunda geração em tempos de Pandemia COVID 19

The Second-Generation Human Rights emergence in times of the COVID Pandemic

Maria do Rosário Anjos[1]

Mariana Cardoso Henriques Martins[2]

Sumário: 1. Enquadramento do tema; 2. Revisão de literatura; 3. A proteção dos Direitos Humanos de segunda geração no sistema jurídico-constitucional português 4. O Contributo da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 5. Pandemia e reforço dos direitos fundamentais de segunda geração; Considerações Finais.

Resumo: Desde o final dos anos 70 do século passado, após o importante contributo de Karel Vasak, muito se tem escrito sobre os direitos fundamentais de segunda geração. Apesar dos numerosos contributos da Doutrina e Jurisprudência para a defesa e valorização deste importante leque de direitos fundamentais, a concretização efetiva destes direitos continua muito aquém do desejável. Num contexto de globalização económica fomos confrontados com níveis de riqueza nunca antes atingidos, mas, simultaneamente, com níveis de desigualdade incompatíveis com os imperativos do Estado de Direito Social, inspirado no imperativo de garantir uma condição de vida digna a todos os seres humanos, sem exceção. Neste contexto a pandemia COVID 19 confrontou a humanidade com um desafio sem precedentes e evidenciou a importância destes direitos humanos de segunda geração. No presente trabalho apresenta-se uma análise histórica e doutrinal integrada sobre a evolução da teoria dos Direitos Humanos e sobre o que falhou na sua concretização, com destaque para os Direitos Humanos de segunda geração. O presente estudo insere-se num projeto de investigação sobre os efeitos da pandemia COVID 19 no Direito e os

1 Doutora em Direito Público. Professora Associada da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense (IJP) e do Centro de Estudos Avançados em Direito (CEAD) Francisco Suárez. Email: rosario.anjos@socadvog.com: rosario.anjos@ulp.pt

2 Mestranda em História na Universidade de Edimburgo. Licenciada em História pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto. Email: mariana97henriques@gmail.com

Porto, Portugal | 2022
ISBN 978-989-53281-4-7

novos desafios a enfrentar. Em conclusão, defende-se a emergência dos direitos de segunda geração, cuja garantia deve ser considerada primordial e condição prévia à efetividade dos Direitos Humanos no seu todo. A pandemia COVID 19 colocou em evidencia as falhas do sistema jurídico internacional na defesa dos Direitos Humanos e, nessa medida, constitui um desafio único e excecional para o avanço na concretização efetiva destes direitos à escala global.

Palavras-chave: Direitos Humanos de segunda geração; Estado de Direito Democrático e Social; hierarquia dos Direitos Humanos; pandemia COVID 19.; proibição de retrocesso dos Direitos Humanos.

Abstract: Since the 1970s, after karel Vasak's important contribution, much has been written about second generation fundamental rights. Despite the numerous contributions of the Doctrine and Jurisprudence to the defense and enhancement of this important range of fundamental rights, the realization of these rights remains much to be done. In a context of economic globalization, we have been confronted with levels of wealth never before achieved, but at the same time with levels of inequality incompatible with the imperatives of the rule of social law, inspired by the imperative of ensuring a decent living condition for all human beings, without exception. In this context, the COVID 19 pandemic confronted humanity with an unprecedented challenge and highlighted the importance of these second-generation human rights. This paper presents an integrated historical and doctrinal analysis of the evolution of human rights theory and on what failed to achieve it, with emphasis on second generation human rights. This study is part of a research project on the effects of the COVID 19 pandemic on law and the new challenges to be addressed. In conclusion, the emergence of second-generation rights is advocated, the guarantee of which must be considered paramount and a precondition for the effectiveness of human rights. The COVID 19 pandemic highlighted the failures of the international legal system in the defense of human rights and, to that extent, constitutes a unique and exceptional challenge for the advancement of these rights effectively on a global scale.

Keywords: Second generation human rights; State of Democratic and Social Law; human rights hierarchy; pandemic COVID 19.; prohibition of rewind of human rights.

1. Enquadramento do tema

Desde o final dos anos 70 do século passado, após o

importante contributo de Karel Vasak[3], muito se tem escrito sobre os direitos fundamentais de segunda geração. Apesar dos numerosos contributos da Doutrina e Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, para a defesa e valorização deste importante leque de direitos fundamentais, a concretização efetiva destes direitos continua muito aquém do desejável.

Num contexto de globalização económica fomos confrontados com níveis de riqueza nunca antes atingidos, mas, simultaneamente, com níveis de desigualdade e pobreza incompatíveis com os postulados do Estado de Direito Social, inspirado no imperativo de garantir uma condição de vida digna a todos os seres humanos, sem exceção.

Neste contexto a pandemia COVID 19 confrontou a humanidade com um desafio sem precedentes e evidenciou a importância destes direitos humanos de segunda geração, nos quais se inclui, sem margem de dúvida, o direito à saúde. No presente trabalho apresenta-se uma análise histórica e doutrinal sobre a evolução da teoria dos Direitos Humanos, com destaque para os Direitos Humanos de segunda geração.

A emergência dos direitos de segunda geração no contexto da pandemia COVID 19, serve de ponto de partida para a abordagem aqui desenvolvida, assente na premissa da sua essencialidade para concretização dos Direitos Humanos de primeira geração. A pandemia COVID 19 colocou em evidencia as falhas do sistema jurídico internacional na defesa dos Direitos Humanos e, nessa medida, constitui um desafio único e excecional para o avanço na concretização efetiva destes direitos à escala global. Sobretudo, veio demonstrar que a questão ideológica, que tem dominado a abordagem dos Direitos Humanos e a hierarquia entre os de primeira e segunda geração, perde algum sentido. Uma abordagem racional e factual dos resultados da pandemia e das soluções adotadas

3 Karel. Vašák. Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. UNESCO Courier, 11 – 1977.

revelam com evidência que não é aceitável negar o acesso dos cidadãos aos designados Direitos Humanos de segunda geração. Dito de outro modo, não se trata de uma questão ideológica, mas sim de uma questão de humanidade, de sobrevivência e subsistência da democracia.

O princípio da proibição do retrocesso dos Direitos Humanos ganhou força face à emergência dos direitos humanos de segunda geração, como condição essencial à preservação da humanidade e condição prévia para a efetiva concretização dos direitos liberdades e garantias fundamentais. A primeira condição para poder usufruir dos direitos, liberdades e garantias, designados por Direitos Humanos de primeira geração, é garantir a todos o acesso à saúde, à educação, à habitação e ao trabalho, ou seja, a uma existência digna.

Esta é uma oportunidade única para reequacionar a hierarquia dos direitos humanos, revalorizar a importância dos Direitos Humanos de segunda geração, essenciais para a preservação dos direitos de primeira geração e, ainda, para a preservação da democracia como sistema predominante à escala global.

Mas esta visão não foi e não é pacífica, como veremos na revisão de literatura apresentada neste estudo, com o qual se pretende contribuir para a reflexão sobre o tema e com algumas conclusões sobre os principais desafios que se colocam à União Europeia (EU) no plano de reconstrução e resiliência recentemente anunciado, centrado na coesão económica e social essencial à sustentabilidade do projeto europeu.

2. Revisão de Literatura

Os Direitos Humanos podem ser sobriamente definidos como os direitos que uma pessoa possui pelo simples facto de ser humano.[4]

4 Jack Donnelly. Universal Human Rights in theory and practice (3rd ed). Ithaca and London: Cornell University, 2013, pág.7.

Estes direitos têm por base a igualdade, pois todas as pessoas têm os mesmos direitos fundamentais, e ninguém poderá ou deverá ser favorecido em prol de outrem.[5]

São direitos inalienáveis na medida em que uma pessoa nunca deixará de ser um ser humano, independentemente da sua conduta, e por essa mesma razão, nunca poderá perder os seus direitos fundamentais.[6]

Finalmente, são direitos universais, visto que os direitos humanos são transversais a todos aqueles que descendem da espécie humana, não obstante variantes como a raça, a nacionalidade, a etnia, o género, entre outras.[7] Igualitários, inalienáveis e universais, são estas as pretensões da teoria dos Direitos Humanos.

Jack Donnelly, professor na Josef Korbel School of International Studies e autor da obra Universal human rights in theory and practice, afirma que os direitos humanos proclamam um ideal para a humanidade, um estádio universal que deveremos desejar atingir.[8]

Amartya Sen, prémio Nobel da Economia, apoia esta tese ao afirmar que os direitos humanos são "proclamações éticas fortes que apontam para o que deveria ser feito."[9]

Estas proclamações exigem certos imperativos, certos valores universais, que estão sempre associados às liberdades humanas que deles dependem e nos induzem a agir de acordo com os mesmos.

Assim, Amartya Sen convida-nos a interpretar os direitos humanos através da seguinte pergunta: Será que a felicidade, a liberdade e a autonomia são importantes e essenciais à vida humana?[10] Se a resposta for sim, então os direitos fundamentais

5 Ibid., 10.
6 Ibid.
7 Ibid.
8 Ibid., 15.
9 Amartya Sen. A Ideia de Justiça. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 472.
10 Ibid., 475.

são uma pretensão ética essencial que, embora indiscutivelmente necessária, deverá ser analisada abertamente "à luz do escrutínio da argumentação pública envolvendo esta uma imparcialidade de tipo aberto."[11]

Jack Donnelly assegura que a prática de direitos humanos universais é, essencialmente, uma criação ocidental do final do século XX.

Embora as revoluções americanas e francesas do século XVIII tenham, desde logo, focado nos direitos inalienáveis da raça humana, a verdade é que essas pretensões se dirigiram a uma percentagem mínima da população (excluíam, por exemplo, as mulheres e pessoas de outras raças que não a branca) e, portanto, não abraçaram a universalidade dos direitos humanos.[12]

O mesmo aconteceu, embora de forma bem diferente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que ignorou o colonialismo, uma prática exploradora de direitos humanos e recursos dos povos africanos, asiáticos e ameríndios.[13]

De facto, só depois da Segunda Guerra Mundial, com a ocorrência de eventos como a independência da Índia, a independência do Gana e a Declaração Sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais é que poderá dizer-se que o mundo ocidental principiou a estender a aplicação de direitos humanos a todos os seres humanos, independentemente da raça, género, religião, nacionalidade, ideologia, e outros fatores.[14]

Da mesma forma, nos anos 20 e 30 do século passado, a importância dos direitos económicos e sociais ganhou algum destaque em vários Estados, o que levantou alguma controvérsia. Na verdade, foi nos anos 70 do século XX que se verifica uma recolocação do problema. A tentativa de inclusão na categoria dos direitos humanos daqueles que são chamados "direitos económicos

11 Ibid., 482.
12 Jack. Donnelly. Universal Human Rights in theory and practice (3rd ed). Ithaca and London: Cornell University, 2013, pág. 89.
13 Ibid., 75.
14 Ibid., 90.

e sociais" ou "direitos de bem-estar". Estes direitos foram, então, designados, nos anos 70, por Karel Vašák, por "direitos de segunda geração", o que levantou um aceso debate que este artigo, quase cinquenta anos depois, pretende reativar.[15]

Em novembro de 1977, Karel Vašák, assessor jurídico da UNESCO escreveu um artigo para a UNESCO Courier que introduziu o conceito de três gerações de direitos humanos. Nesse artigo, intitulado Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights,

Para Vašák a Declaração Universal dos Direitos Humanos respeitava duas categorias de direitos fundamentais e que uma terceira estava, então, a emergir.[16]

A primeira categoria ou geração são os direitos políticos e civis que dizem respeito aos direitos negativos, aqueles que não exigem qualquer atividade por parte do Estado.[17] Nesta categoria estão incluídos o direito à vida, à liberdade de expressão, de religião, a um julgamento justo, à igualdade perante a lei, entre outros direitos civis e políticos.[18]

A segunda geração de direitos são os económicos e sociais, produto do processo de industrialização do século XIX que originou problemas económicos e sociais sem precedentes, e que solicitam uma ação positiva do Estado para serem implementados.[19] Exemplos de direitos de segunda geração são o direito à saúde, o direito à habitação, o direito ao trabalho, o direito à educação, o direito a uma proteção contra o desemprego e a pobreza, o direito de associação em sindicatos e a um salário justo, entre outros.[20]

15 Karel. Vašák. Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. UNESCO Courier, 11 – 1977, pag. 29–32.

16 Ibid.

17 Spasimir Domaradzki; Margaryta Khvostova; David Pupovac. Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discouse. Springer Nature B.V, 20 (4), 2019, pág. 424.

18 Ibid., 425.

19 Ibid.

20 Amartya SEN. A Ideia de Justiça. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 500.

Vašák mencionou ainda uma terceira geração de direitos, os "direitos de solidariedade", que requerem tanto a ação coletiva de indivíduos como de Estados e outras entidades políticas e económicas.[21] Como exemplo desta terceira geração podemos apontar o direito à segurança e proteção social.

As duas primeiras gerações de direitos humanos estavam, portanto, incluídos na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, tendo o a Europa Ocidental priorizado os de primeira geração, e a Europa de Leste, de índole socialista, priorizado os de segunda geração.[22] Resulta desta época a ideologização em torno da discussão deste tema. Vão ser os países escandinavos os que melhor vão alcançar, de forma pragmática e racional, a concretização de ambos, sem apego à discussão ideológica, mas como condição vital para a implementação de um modelo de sociedade em que os direitos e liberdades fundamentais são garantidos por um sistema social e económico equitativo e orientado para a igualdade de oportunidades e a responsabilização social do indivíduo e da coletividade.

De acordo com Amartya Sen, os Direitos Humanos de segunda geração tornaram-se cada vez mais uma influência significativa nas reformas institucionais dos Estados.[23]

No entanto, esta inclusão de direitos económicos e sociais originou controvérsia por parte de especialistas na área da ciência política, como é o caso de Maurice Cranston e de Onora O'Neill que apontam, respetivamente, a "crítica da viabilidade" e a "crítica da institucionalização". Esta última parte do princípio que os direitos têm que corresponder exatamente a "deveres correlativos e rigorosamente formulados", o que só acontece após

21 Karel Vašák. Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. UNESCO Courier, 1977, págs.11:29–32.

22 Spasimir Domaradzki; Margaryta Khvostova; David Pupovac. Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discouse. Springer Nature B.V, 20 (4), 2019. Pág. 425.

23 Amartya SEN. A Ideia de Justiça. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 500.

a institucionalização desses direitos.[24] O'Neill distingue claramente a natureza de algo que pode ser institucionalizado e de algo que tem de ser institucionalizado, pois só assim se poderá considerar um direito.[25]

A "crítica da viabilidade", protagonizada por Maurice Cranston, por sua vez, corresponde à dúvida se a realização e institucionalização de certos direitos económicos, sociais e culturais em relação a todas as pessoas, ou seja, de forma universal, é viável. Cranston afirma que a facilidade que se encontra na instituição de direitos civis e políticos (direitos negativos) não se compara com a garantia dos direitos económicos e sociais (direitos positivos) e, por essa razão, considerar estes últimos direitos humanos igualitários, inalienáveis e universais, seria "uma ideia inviável e impraticável."[26]

Nesta linha de pensamento JOHN RAWLS[27] coloca, entre outras, o problema da justiça entre gerações, começando por afirmar que esta é uma questão difícil, que "constitui para uma teoria ética um teste difícil, se não impossível". A obra-prima do autor, "Uma Teoria da Justiça", publicada na década de 70 do século XX, constitui um marco fundamental na evolução do pensamento filosófico-político e uma das maiores influências no pensamento jurídico do seu tempo, que perdura na atualidade. RAWLS coloca abertamente a questão de saber se o sistema social como um todo, isto é, "uma economia baseada na concorrência rodeada por um conjunto de instituições de enquadramento, pode satisfazer os princípios da justiça." Seguidamente o autor afirma, de modo simples e esclarecido que "a resposta tem de depender, pelo menos em parte, do nível a que deve ser fixado o mínimo social. Mas isto, por sua vez, está ligado à questão de saber até que ponto a geração actual está vinculada a respeitar as exigências

24 Ibid., 502.
25 Ibid., 502.
26 Ibid., 504.
27 JOHN RAWLS. Uma Teoria da Justiça. Fundamentos – Editorial Presença, 2ª ed., 2001, pág. 227-228

das gerações seguintes". [28]

Ora, esta questão colocada pelo autor no início dos anos 70 permanece absolutamente atual. O problema intergeracional, que passa por saber até que ponto uma geração tem o direito de condicionar a geração seguinte, na medida em que o endividamento de hoje, para garantir os direitos económicos e sociais, representa uma responsabilidade para a geração futura que sofrerá uma quebra de bem-estar, que pagará, não só a dívida acumulada, como perderá em impostos mais do que a utilidade proporcionada pela garantia dos direitos económicos e sociais. Citando, ainda, RAWLS, "para simplificar, este mínimo é corrigido por transferências que são financiadas por impostos (…) a elevação do mínimo social aumenta o nível de tributação (…) a medida que este nível aumenta atinge-se um ponto em que uma de duas coisas acontece: as poupanças necessárias deixam de poder fazer-se ou os impostos mais elevados interferem de tal modo com a eficiência económica que as perspectivas dos menos beneficiados da geração atual deixam de melhorar e começam a declinar."[29]

Numa breve passagem por algumas obras marcantes publicadas nas últimas duas décadas, percebemos que a questão central do "mínimo social" exigível num Estado de Direito Democrático e Social continua no centro da reflexão, a qual necessariamente se reflete na maior ou menor relevância dada aos direitos económicos e sociais.

Assim, no auge da crise de 2008 e durante os anos que se seguiram, "enquanto o mundo atravessava um dos mais violentos colapsos da vida económica dos últimos cem anos", nas palavras de SKIDELSKY[30], retorna em força a discussão sobre o papel do Estado na economia e na sociedade, pelo que a questão do mínimo social voltou a estar na ordem do dia. Algo correu mal e conduziu o mundo a uma crise inesperada, sem precedentes, ou, pelo menos,

28 Ibid, 228.
29 Ibid, pag. 228.
30 ROBERT SKIDELSKY. Keynes – o Regresso do Mestre. Texto Editores – Leya, 2018, pag.15.

que o mundo julgava não ser possível. Era convicção generalizada que uma "Grande Depressão não voltaria a repetir-se".[31] Pois bem, não só se repetiu como veio claramente agitar os alicerces do Estado de Direito Democrático e Social, modelo de referência na União Europeia (EU). É este terramoto financeiro, económico, social e político que vai despertar alguns autores para recolocar a questão do "mínimo social" e da garantia dos direitos económicos e sociais.

Para STIGLITZ[32] o preço a pagar pela desigualdade é demasiado elevado e pode resultar na destruição das bases da democracia ocidental, "está a destruir o Estado de Direito (…) Mas outro mundo é possível. Podemos alcançar uma sociedade mais de acordo com os nossos valores fundamentais, com mais oportunidades e mais justa." [33] A análise de STIGLITZ valoriza a premência de uma sociedade mais justa e com menos desigualdade que recentre o papel dos direitos económicos e sociais. Recentrar os direitos humanos de segunda geração. [34]

Chegados a esta conclusão, percebe-se a controvérsia que ao longo das últimas décadas tem rodeado o problema da efetividade dos Direitos Humanos de segunda geração.

Qual é o limite das obrigações do Estado na garantia e concretização destes direitos?

Na verdade, há que reconhecer que a argumentação entre os defensores de um mínimo social mais contido (visão mais utilitarista) e os defensores de um «contrato social» mais amplo e extenso, permanecem atuais e em aberto.

Concluindo, a partir da análise das teses aqui expostas (de modo não exaustivo), impõe-se encontrar um ponto de equilíbrio, um meeting point entre as duas visões em confronto, de modo a

31 Ibid, pag.25
32 JOSEPH STIGLITZ. O Preço da Desigualdade. 1ª. ed. Bertrand Editora, 2013, pág. 268 e ss.
33 Ibid, pág.354-355
34 No mesmo sentido vd. THOMAS PIKETTY. O Capital no século XXI. Círculo de leitores. 2013

encontrar o mínimo social indispensável para permitir a todos o acesso aos Direitos Humanos de segunda geração, essenciais para proporcionar a igualdade de oportunidades a todo o ser humano, independentemente da sua condição originária. Este ponto de equilíbrio, na nossa opinião, conduz à priorização dos direitos à saúde, à educação e ensino superior, à habitação e ao trabalho em condições de equidade e realização pessoal adequadas. A garantia destes direitos permitirá a todos adquirir as competências necessárias para se tornarem autónomos e capazes de exercer com responsabilidade os direitos e liberdades fundamentais, ou seja, os Direitos Humanos de primeira geração.

3. A proteção dos Direitos Humanos de segunda geração no sistema jurídico-constitucional português

Tal como os Direitos Humanos de primeira geração, também os de segunda geração encontram guarida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, posteriormente incorporados nos Artigos 22.º a 28.º da Declaração Universal e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em Portugal, estes direitos estão consagrados nos artigos 53.º a 79.º Constituição da República Portuguesa (CRP), designados por direitos económicos e sociais, direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, previstos nos artigos 24º a 52º da CRP.

Por sua vez, logo na definição dos princípios fundamentais da República Portuguesa, o artigo 9º da CRP prescreve o seguinte:

> "Artigo 9.º
>
> Tarefas fundamentais do Estado
>
> São tarefas fundamentais do Estado:
>
> a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam;
>
> b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito

> pelos princípios do Estado de direito democrático;
>
> c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais;
>
> d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;
>
> e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território;
>
> f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa;
>
> g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira;
>
> h) Promover a igualdade entre homens e mulheres.

Resulta, assim, expressamente consagrada na alínea d) do artigo 9º da CRP, como tarefa fundamental do Estado, a promoção e efetivação dos direitos económicos e sociais, designados por Direitos Humanos de segunda geração.

A Constituição portuguesa integra os direitos e garantias da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) por força dos artigos 8.º e 16.º, que impõem o seu acolhimento na ordem jurídica interna, implicando a receção automática e aplicação direta das normas da Convenção nos tribunais portugueses, bem assim como o facto de estarem vinculados na interpretação feita pelo TEDH quanto às disposições da Convenção.

Por outro lado, os Direitos Humanos deixaram de ser apenas invocados na jurisdição constitucional, estão presentes, também, em todos os demais ramos de direito, substantivo e processual.

Ao que vem exposto acresce, ainda, a possibilidade de invocar, autonomamente, perante os tribunais judiciais, a Convenção para a

Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais demonstra a cada vez maior importância que a Convenção tem no ordenamento jurídico interno.

4. O Contributo da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem sido fundamental na interpretação, aplicação e efetivação dos Direitos Humanos.

Analisar a Jurisprudência do TEDH revela-se uma tarefa impossível num estudo com as características do que aqui apresentamos. Há que delimitar essa análise. Assim, voltamos ao ponto fulcral deste trabalho que incide sobre a emergência dos Direitos Humanos de segunda geração em tempos de pandemia COVID 19. Pois bem, não resta dúvida que também a Jurisprudência do TEDH se tem revelado sensível e atenta a esta emergência e à necessidade de reposicionar a importância destes direitos.

Nesta perspetiva de análise realça-se que, desde há várias décadas e com maior destaque após a crise económica e social de 2008, despoletada pela derrocada financeira global, o TEDH tem vindo a reforçar a atenção dada a estes direitos, podendo destacar-se alguns acórdãos em prol da proteção do direito à educação associado à defesa do princípio da igualdade[35] e não

35 Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do Conselho da Europa - Manual de Legislação Europeia dos Direitos das Crianças, 2015, disponível in https://www.echr.coe.int/documents/handbook_rights_child_por.pdf

discriminação no acesso à habitação[36], do direito ao trabalho[37] em diversos acórdãos focados na sua relevância para a salvaguarda do princípio da dignidade humana e muitos outros que poderíamos referir.

Na análise e pesquisa de jurisprudência do TEDH sobre a proteção de Direitos Humanos de segunda geração verificamos que têm em comum o facto de ser invocado em primeira linha, sempre, um direito de primeira geração. É a propósito e com fundamento na violação dos Direitos Humanos de primeira geração que o TEDH destaca que a violação do direito à educação, ao trabalho ou á habitação (direitos de segunda geração) consubstanciam violações de Direitos Humanos de primeira geração. Dito de outro modo, parece-nos claro que para o TEDH a violação do acesso aos bens e serviços essenciais como a educação, a saúde, a habitação ou o trabalho, podem consubstanciar violações de Direitos Humanos por representarem violação da dignidade humana, da proibição da discriminação, da aplicação de tratamentos cruéis ou desumanos. É uma forma muito pragmática, concluímos nós, de afirmar que sem concretização dos direitos de segunda geração não estão garantidos os direitos de primeira geração. Nesta medida a jurisprudência do TEDH tem revelado uma sensibilidade e assertividade notáveis na maior importância dada aos direitos económicos e sociais, o que vale por dizer, à emergência dos direitos de segunda geração como condição fundamental para a garantia dos direitos individuais ou de primeira geração.

Chegados aqui, esta análise seria incompleta sem um

36 A este propósito, vd. acórdão do TEDH, Hirtu e outros C. França, de 14 de maio de 2020, no qual a propósito do princípio da não discriminação (no caso, contra um grupo de cidadãos de etnia cigana), da proibição da tortura e de tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes é abordado direito à habitação, na vertente do acesso ao alojamento social, concluindo que a expulsão do acampamento onde habitavam, na ausência de uma solução de habitação social para os alojar, consistiu numa clara violação de direitos humanos, entre os quais é mencionado o direito à habitação.

37 A este propósito, vd. acórdão do TEDH Biírbulescu C. Roménia, de 12 de janeiro de 2016, proferido no processo nº 61496/081, no qual é abordada a questão do direito ao trabalho numa perspetiva inovadora e que revela uma sensibilidade acrescida para esta realidade.

destaque maior dedicado ao direito à saúde. Na verdade, o foco do presente trabalho versa sobre a emergência dos direitos de segunda geração em tempos de pandemia COVID 19.

Nesta perspetiva, há que destacar um acórdão recente, proferido pelo TEDH, nos quais o direito à saúde sobreleva sobre o direito à liberdade individual de expressão e de proteção da liberdade individual na vertente de escolha sobre o que cada um de nós entende ser melhor para a sua proteção contra a doença. Estamos, naturalmente, a falar dos acórdãos do TEDH sobre o problema da vacinação obrigatória contra o vírus COVID 19. Não foi a primeira vez que o TEDH teve de abordar a questão da vacinação obrigatória enquanto eventual violação da liberdade individual, mas é a primeira vez que de forma inequívoca vem afirmar que o direito à saúde (entenda-se este numa dimensão coletiva) se deve sobrepor ao direito à liberdade de escolha, individual, enquanto dimensão da liberdade de expressão e de escolha.[38]

Assim, no acórdão do TEDH, de 8 de abril de 2021, "GRANDE CHAMBRE, VAVRICKA E OUTROS C. REPÚBLICA CHECA", em que é invocado o artigo 8.º da CEDH que consagra o direito à vida privada e familiar (direito de primeira geração), a República Checa contrapõe o interesse coletivo do combate à pandemia, da luta contra uma doença infeciosa e de rápida propagação para justificar a vacinação obrigatória. Em causa está, pois, a questão do eventual conflito entre a necessidade inadiável da proteção da saúde pública e a proteção da intimidade do corpo humano, apenas disponível mediante o consentimento do lesado e o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, consagrados noa artigo 9º

38 A este propósito, numa abordagem diferente sobre o direito à saúde numa perspetiva de direito individual da pessoa humana, vd. Zhouri, F. P. (2013). O direito social à saúde:- análise de decisão da Corte Européia dos Direitos do Homem. Revista De Direito Sanitário, 12(3), 177-181. https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v12i3p177-181. Neste estudo o autor analisa um acórdão do TEDH, referente ao caso de uma cidadã do Uganda que, estando ilegal no Reino Unido, pretende continuar a residir em Londres para tratamento de AIDS. Trata-se do caso N. v. United Kingdom , o qual foi julgado em 2008; pronunciou-se pela não violação do Art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), com base no entendimento de que no presente caso não há risco de exposição da requerente a um tratamento desumano ou degradante.

da CEDH. Esta foi a questão levada ao TEDH por seis famílias de cidadãos da República Checa, que apresentaram queixa alegando que, por terem recusado cumprir o dever de vacinação dos filhos menores, lhes terem sido impostas condições inconciliáveis com o art.º 8.º § 1 da CEDH. A 1ª secção do TEDH, pós exame da matéria de facto disponível mediante a documentação apresentada, entendeu ser de submeter a competência para a adjudicação destas queixas à "Grande Chambre". Foram intervenientes várias associações e outros Estados.

A decisão de mérito do Comité dos Direitos Sociais considerou que "a vacinação generalizada é, não apenas um meio de prevenir uma concreta doença num indivíduo, mas contribui (com a higiene, a alimentação, etc…) para a prevenção geral da sociedade (a firewall referida supra) contra a generalização das doenças infeciosas e epidémicas."

Numa palavra o direito à saúde, não apenas individual, mas de todos foi considerado como mais relevante do que a salvaguarda dos direitos individuais invocados pelos queixosos. Este acórdão é um marco muito importante na evolução da jurisprudência do TEDH, revelando uma interpretação atualista dos direitos individuais consagrados na CEDH.

O caso analisado demonstra, como afirma ALVES CORREIA, que "a interpretação das disposições da Convenção, levada a cabo pelo Tribunal Europeu, é uma interpretação dinâmica, isto é, atenta às alterações económicas, sociais, políticas e ético-valorativas. Tem, assim, impacto a nível interno no que toca ao aprofundamento e fortalecimento do significado dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente." [39]

O contributo do TEDH revela-se, pois, fundamental na efetivação dos Direitos Humanos de primeira e de segunda geração, sendo que a evolução recente da sua jurisprudência revela uma crescente emergência dos Direitos Humanos de segunda geração,

39 Fernando Alves Correia, "Os direitos fundamentais e a sua proteção jurisdicional efetiva", 2003, pág. 86

os quais são cada vez mais considerados como essenciais para a garantia efetiva dos primeiros.

O contributo do TEDH é também essencial no plano normativo. A sua jurisprudência é fonte mediata, mas muito importante e autónoma, de direito nos Estados membros em matéria de direitos fundamentais e sua influência nas diferentes legislações internas. O Tribunal Europeu foi construindo, ao longo do tempo, uma jurisprudência sofisticada, progressiva e que permitiu o avanço de vários sistemas legais em matéria de Direitos Humanos.

5. Pandemia e reforço dos direitos fundamentais de segunda geração

Face ao que vem exposto, podemos dizer que fica demonstrada a emergência destes direitos humanos de segunda geração como resultado das terríveis consequências da pandemia gerada pelo vírus COVID19.

Na verdade, assistimos à emergência do direito à saúde e à intervenção dos Estados para garantia do tratamento e da contenção e profilaxia da doença.

Mas veja-se que não foi apenas neste plano que as consequências se fizeram sentir.

Na verdade, um pouco por todo o mundo, assistimos a tomadas de decisão por parte dos Governos e outras entidades públicas no sentido de restringir direitos e liberdades fundamentais, impostas perla necessidade de confinamentos sucessivos. Para a geração atual foi a primeira vez que se assistiu à imposição de restrições dos direitos fundamentais de primeira geração, de modo tão intrusivo. Todas as medidas decretadas nesta sede atingiram os direitos fundamentais de forma arrebatadora, gerando, como se sabe, por vezes, grande perturbação da ordem pública por recusa de muitos em aceitar tais medidas restritivas das liberdades individuais.

Assistimos, também, a efeitos devastadores sobre as economias a nível global. Como resultado, muitos Estados adotaram legislação especial em prol da proteção dos direitos à habitação, à subsistência mínima, permitindo moratórias para os devedores de empréstimos **à habitação, medidas excecionais em sede de direito do trabalho e de apoio às empresas**, com o objetivo a garantir os postos de trabalho. A maior tolerância em matéria de cumprimento de obrigações fiscais e a suspensão dos processos executivos em curso **são, ainda, exemplo da necessidade sentida pelos Estados de salvaguardarem um mínimo social indispensável para** a manutenção da paz social e dos regimes democráticos.

Ora, em cada uma destas medidas excecionais adotadas em tempo de pandemia, encontramos como fundamento subjacente a salvaguarda de direitos fundamentais de segunda geração, sem os quais estariam definitivamente em perigo os direitos mais essenciais da pessoa humana como o direito à subsistência condiga e, no limite, o direito à vida.

A crise financeira de 2008 agravada em 2011, que gerou uma crise económica e social sem precedentes, já haviam despertado a consciência da comunidade internacional para a necessidade de dar maior atenção à salvaguarda dos direitos económicos e sociais, designados por Direitos Humanos de segunda geração. Ganhou força, nessa altura, o princípio da proibição do retrocesso social como salvaguarda de direitos fundamentais e da própria democracia. A pandemia surgida em 2019, quando as economias do mundo inteiro estavam a dar sinais ténues de recuperação da crise, veio expor de forma ainda mais vigorosa a necessidade de garantir estes direitos, os quais são, na verdade, o sustentáculo para a efetividade dos direitos de primeira geração.

Considerações Finais

O presente estudo insere-se num projeto de investigação sobre os efeitos da pandemia COVID 19 no direito e os novos desafios a enfrentar.

A pandemia COVID 19 colocou em evidencia as falhas do sistema jurídico internacional na defesa dos Direitos Humanos e, nessa medida, constitui um desafio único e excecional para o avanço na concretização efetiva destes direitos à escala global.

A análise desenvolvida neste estudo pretende demonstrar a emergência dos direitos de segunda geração, cuja garantia deve ser considerada primordial e condição prévia à efetividade dos Direitos Humanos de primeira geração. Não só defendemos como consideramos fundamental para a garantia do princípio da proibição do retrocesso social, inscrito na constituição material dos Estados da União Europeia e não só, como corolário do Estado de Direito Democrático e Social.

O princípio da proibição do retrocesso dos Direitos Humanos ganhou força face à emergência dos direitos humanos de segunda geração como condição essencial à preservação da humanidade e condição prévia para a efetiva concretização dos direitos liberdades e garantias fundamentais. Esta é uma oportunidade única para reequacionar a hierarquia dos direitos humanos, o que constitui, sem dúvida, um desafio sem precedentes, essencial para preservação do próprio Estado de Direito Democrático e Social.

Por último, não se alinha na defesa de um Estado que tudo garante aos cidadãos, pois bem sabemos que tal não é possível sem um fosso e conflito intergeracional, como explicamos no presente trabalho, que acabará por pôr em perigo as democracias e fará colapsar o almejado Estado de Direito Social- Nesta matéria defendemos como essencial encontrar um ponto de equilíbrio na definição do “mínimo social” indispensável para garantir que as conquistas democráticas não venham a recuar e a dar lugar ao populismo extremista, de direita ou de esquerda, igualmente totalitários e inimigos dos Direitos Humanos.

Este "mínimo social" deve centrar-se na garantia dos direitos sociais mais prementes, a garantir às novas gerações, o direito à habitação, o direito à saúde e o direito à educação e ensino superior. Esta ordem não é aleatória, nem sequer original, pois nos primórdios do liberalismo político e económico. Esta ordem tem um sentido lógico e, para nós, evidente: há que garantir o direito à habitação acessível, condigna e inclusiva, porque sem isso não é possível garantir o direito à saúde física e mental dos cidadãos, e só com estes níveis mínimos de bem-estar garantidos podemos assegurar o acesso à educação e ao ensino técnico e superior, com condições de sucesso e aproveitamento, de modo a garantir a cada um as competências para ser livre e usufruir dos direitos humanos proclamados mas ainda longe de concretizados.

Por último, que fique claro que esta não é uma visão assistencialista ou caridosa da intervenção do Estado. É antes exigir ao Estado que cumpra a sua função essencial, ou seja, garanta as condições mínimas para se poder afirmar como Estado de Direito democrático e Social e poder, então sim, exigir aos seus cidadãos comportamentos socialmente responsáveis.

Longe de esgotar o tema, este é apenas um contributo modesto para a reflexão sobre algo que consideramos essencial pata garantir a democracia e afastar a sombra do regresso dos totalitarismos de qualquer tipo ou orientação, os quais castram toda a liberdade e aniquilam os direitos fundamentais., sejam de primeira ou de segunda geração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGÁFICAS

DOMARADZKI, Spasimir; KHVOSTOVA, Margaryta; PUPOVAC, David. Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discouse. Springer Nature B.V, 20 (4), p.424, 2019

DONNELLY, Jack. Universal Human Rights in theory and practice (3rd ed). Ithaca and London: Cornell University, 2013

FERNANDO ALVES CORREIA, Os direitos fundamentais e a sua proteção jurisdicional efetiva, p.86, 2003

JOSEPH STIGLITZ. O Preço da Desigualdade. 1ª. ed. Bertrand Editora, 2013

PIKETTY, Thomas. O Capital no século XXI. Círculo de leitores. 2013

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Fundamentos – Editorial Presença, 2ª ed., pág. 227-228. 2001

ROBERT SKIDELSKY. Keynes – o Regresso do Mestre. Texto Editores – Leya, 2018

SEN, Amartya. A Ideia de Justiça. Coimbra: Almedina, p. 472, 2009.

VAŠÁK, Karel. Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights. UNESCO Courier, 11: p.29–32, 1977

ZHOURI, Fernanda Pereira. O direito social à saúde - análise de decisão da Corte Europeia dos Direitos do Homem. Revista De Direito Sanitário, 12(3), p. 177-181, 2013. Disponível in: https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v12i3p177-181.

Outras referências:

Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do Conselho da Europa - Manual de Legislação Europeia dos Direitos das Crianças, 2015. Disponível in https://www.echr.coe.int/documents/handbook_rights_child_por.pdf

DIÁLOGOS DOS DIREITOS HUMANOS

A presente obra resulta de discussões, interpelações e abordagens relativamente à realização dos direitos humanos no século XXI, ocorridas nos diversos paineis e sessões plenárias do I Congresso Internacional sobre os Novos Desafios dos Direitos Humanos (CINDHU), o qual se organizou a partir de três áreas temáticas: Direitos Humanos, Empresas e Sustentabilidade; Direitos Humanos, Tecnologia e Inovação; e, Direitos Humanos, Cidadania e Desenvolvimento.

Por meio dela, é oferecida ao público a oportunidade de refletir, examinar, dialogar sobre variadas questões, relevantes e contemporâneas, acerca da interpretação e da efetivação dos direitos humanos.

A sua leitura é essencial para quem se propõe a olhar – com profundidade – a complexidade e os múltiplos encadeamentos da vasta gama de aplicabilidade desta temática na sociedade contemporânea.

9 789895 328147

IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDOS JURÍDICOS
Laboratório de Direitos Humanos
UFU Universidade Federal de Uberlândia
Programa de Pós-Graduação em DIREITO Mestrado Acadêmico UFU Universidade Federal de Uberlândia
ProPP