

ISSN 2447-2336

REVISTA

DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

V6 N1

Direitos Humanos e Fundamentais

 **editora
UFMS**

REVISTA

DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2020 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE MATO GROSSO DO SUL**

REITOR

Marcelo Augusto Santos Turine

VICE-REITORA

Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo

PRÓ-REITOR DE ENSINO E GRADUAÇÃO

Ruy Alberto Caetano Filho

PRÓ-REITOR DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO

Nalvo Franco de Almeida Júnior

DIRETORA DA FACULDADE DE DIREITO

Ynes da Silva Félix

COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Lívia Gaigher Bósio Campello

COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Natália Pompeu

REVISTA **Direito UFMS**

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

COORDENAÇÃO EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

Prof.ª Dr.ª Lívia Gaigher Bósio Campello

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

Prof.ª Dr.ª Luciani Coimbra de Carvalho

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

ASSISTENTE EDITORIAL

Rafaela de Deus Lima

Mestranda – PPGD/UFMS

Bolsista CAPES

Endereço para correspondência

REVISTA DIREITO UFMS

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Faculdade de Direito – FADIR

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -

Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251 • E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

CONSELHO CIENTÍFICO

Andreas Niederberger

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Georgenor de Sousa Franco Filho

Universidade do Amazonas – UNAMA, Brasil

Heleno Taveira Torres

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Brasil

Jesús Lima Torrado

Universidad Complutense de Madrid – UCM, Espanha

Jorge Bacelar Gouveia

Universidade Nova Lisboa – UNL, Portugal

Leonardo Carneiro da Cunha

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Brasil

Leonardo Martins

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Brasil

Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Luiz Otavio Pimentel

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

Marcelo Figueiredo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Maria Esther Martinez Quintero

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

Monica Herman Salem Caggiano

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

Pasquale Pistone

Università degli Studi di Salerno, Itália

Pilar Giménez Tello

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

Vladmir Oliveira da Silveira

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Coordenadoria de Biblioteca Central – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. –
Edição especial – Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015- .
v. : 25 cm.

Semestral
ISSN 2447-2336

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos
fundamentais – Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085
CDD (22) 342.085
CDD (22) 340.05
CDDir (4) 341.27

JVD

SUMÁRIO

EDITORAL	5
Lívia Gaigher Bósio Campello Luciani Coimbra de Carvalho	
INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA DA ADPF 442: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER	7
Grasielle Borges Vieira de Carvalho Letícia Marques de Menezes Letícia Rocha Santos	
DESCOMPASSO NA SAÚDE PÚBLICA: A INEFICÁCIA DO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	24
Beatriz Casagrande Fortunato Marcos César Botelho	
A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA TRAVESTIS E MULHERES TRANSEXUAIS NO BRASIL: UM OBSTÁCULO PARA A CONSECUÇÃO DA META 5.2 DOS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	45
João Pedro Rodrigues Nascimento Ynes da Silva Félix	
RACISMO, LUTA ANTIRRACISTA E OS MOVIMENTOS SOCIAIS NEGROS: O CRIME DE RACISMO EM DEBATE	69
Cristiane Westrupp Fernanda da Silva Lima	
LICENCIAMENTO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS RISCOS DE RETROCESSO E POSSIBILIDADES DE AVANÇO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL	95
Marcela Souza Zarske de Mello Ricardo Stanziola Vieira	

POLÍTICAS PÚBLICAS DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO NO BRASIL	112
André Viana Custódio Fernanda Martins Ramos	
O DIREITO À DESCONEXÃO NO PERÍODO DE <i>HOME OFFICE</i>: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA QUARENTENA PELO COVID-19 NA SAÚDE DO TRABALHADOR	131
Grasiele Augusta Ferreira Nascimento Raíssa Stegemann Rocha Creado	
LINHA EDITORIAL	150

EDITORIAL

Neste volume, a *Revista Direito UFMS* traz artigos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e mestrandos (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil e de outros países, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método *Double Blind Peer Review*. Destaca-se, nesta edição, a participação numerosa dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGDs) de inúmeras regiões do Brasil.

Cumpre-nos reafirmar que com enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos Direitos Humanos e Fundamentais; oferecer aos estudiosos uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas; fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas; a *Revista Direito UFMS* possui a missão de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos (as), docentes e pesquisadores (as) das mais diversas instituições de ensino do Brasil e exterior.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto a CAPES/ MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema *Qualis Periódicos*.

Nesse sentido, a revista que temos a honra de apresentar traz trabalhos científicos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as regras vigentes de exogenia/endogenia. Além disso, os artigos foram avaliados pelo método do sistema *Double Blind Peer Review*, em que a avaliação é feita por docentes que desconhecem os (as) autores (as), assim como os (as) autores

(as) desconhecem seus docentes avaliadores. Para se evitar o plágio, os artigos são registrados no sistema *Digital Object Identifier* – DOI. Igualmente, informamos que a *Revista Direito UFMS* está indexada no Latindex, Sumários.org, Oajinet, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

É também com alegria e satisfação que reiteramos que a *Revista Direito UFMS*, após processo de avaliação e seleção realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES), recebeu o importante selo *Qualis B2*. Esta certificação é uma evidente indicação do amadurecimento, melhoria e excelência alcançados pelo periódico.

Nós, editoras da *Revista Direito UFMS*, orgulhosamente, compartilhamos com todos (as) que acessam a revista, as valiosas contribuições que aqui revelaram uma excelente articulação com o eixo temático proposto pelo Conselho Editorial.

Nosso especial agradecimento a todos (as) que trouxeram suas análises e reflexões por meio de artigos científicos e resenhas, em particular, a assistente editorial que gentilmente contribuiu para a realização deste volume, Rafaela de Deus Lima, aluna regular do PPGD/UFMS e bolsista CAPES.

Desejamos uma proveitosa leitura!

Campo Grande, inverno de 2020.

Lívia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho
Coordenação editorial da *Revista Direito UFMS*

INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA DA ADPF 442: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE CRIMINALIZATION OF ABORTION UNDER ADPF 442: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND THE SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS OF WOMEN

Grasielle Borges Vieira de Carvalho

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes. Doutora em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo/SP. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal e em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

Letícia Marques de Menezes

Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT/SE.

Letícia Rocha Santos

Discente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes – UNIT/SE. Bolsista CAPES/FAPITEC. Advogada integrante da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da OAB/SE.

Submetido em: 01/03/2020

Aprovado em: 18/09/2020

Resumo: A propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), põe em pauta o debate sobre o aborto. Questiona-se a legitimidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal, que tipificam o aborto voluntário. O trabalho tem como proposta uma análise sobre a ação em comento, analisando a tese de que a criminalização do aborto representa uma mitigação do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos reprodutivos das mulheres, bem como outras garantias constitucionais. Utiliza-se como metodologia uma abordagem qualitativa, através de bibliografia nacional – dissertações,

livros e artigos científicos. Verificou-se, ao final, que não há proporcionalidade na tipificação do aborto, por ser medida ineficaz na proteção do feto, sendo mais adequada a adoção de políticas adequadas de educação sexual e reprodutiva como forma de evitar a morte das mulheres e, por conseguinte, do nascituro em razão da prática de abortos inseguros.

Palavras-chave: ADPF 442; aborto; sexualidade; dignidade humana.

Abstract: *The proposal for the Arrangement of Non-compliance with Fundamental Precept (ADPF) No. 442, proposed by the Socialist and Freedom Party (PSOL), sets the debate on abortion on the agenda. The legitimacy of arts. 124 and 126 of the Penal Code, which typify voluntary abortion. The paper proposes an analysis of the action in question, ratifying the thesis that the criminalization of abortion is not sustained by extirpating the principle of the dignity of the human person, the sexuality of women, as well as other constitutional guarantees. As a methodology, a qualitative approach is used, through dissertations, books and scientific articles. In the end, it is tried to demonstrate that there is no proportionality in the classification of abortion, since it is an ineffective measure in the protection of the fetus, and it is necessary to look for alternatives of adequate sexual and reproductive education policies as a way to avoid the death of women, and of the unborn due to the practice of unsafe abortions.*

Keywords: ADPF 442; abortion; sexuality; human dignity.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A criminalização do aborto como forma de violação aos preceitos fundamentais. 2. Aborto e os direitos sexuais e reprodutivos: um campo minado. 3. A inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana na ótica do aborto. 4. A utilização do método hermenêutico da proporcionalidade na regulação do aborto. 5. O nascituro como pessoa (não) constitucional na visão da suprema corte Suprema Corte. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O debate sobre o aborto gira em torno de questões éticas, morais, sociais, antropológicas, religiosas, políticas e jurídicas. O embate sobre a descriminalização do abortamento vem sendo travado pelas mulheres há décadas, sendo que mais recentemente tem se fundamentado na garantia dos preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal do Brasil.

Nessa seara, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, indica no bojo de sua peça inicial as razões jurídicas que impedem a concretização plena das garantias constitucionais das mulheres, quais sejam: direito à autonomia, à igualdade, à liberdade, à integridade física e psíquica e aos direitos sexuais e reprodutivos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Desta maneira, dar-se-á enfoque aos preceitos constitucionais: dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Carta Magna brasileira, assim como aos direitos sexuais e reprodutivos que, apesar de não estarem previstos explicitamente na Constituição Federal, encontram-se nos Planos de ação de Cairo, 1994, e de Pequim, 1995.

Será exposta, através do método hermenêutico da proporcionalidade, a ponderação de bens jurídicos tutelados, quais sejam: o direito à vida do feto e o direito às garantias constitucionais das mulheres na sua integralidade. Busca-se demonstrar que, segundo a visão da Suprema Corte, o nascituro não é considerado pessoa constitucional. Desta feita, não poderiam ser dadas a ele as mesmas garantias e direitos inerentes a um indivíduo-pessoa, que é destinatário dos direitos fundamentais.

Nessas circunstâncias, o tema sobre aborto torna-se um grande paradoxo, na medida em que a sua tipificação preceitua uma peculiaridade especial denominada “duplicidade de unidade”, pois a mulher é, ao mesmo tempo, autora e vítima do delito. Autora, pois quando realiza o aborto viola o bem jurídico tutelado – vida intrauterina, e vítima, porque em decorrência de práticas inseguras do abortamento é violada a sua integridade física e psíquica.

Ao longo do desenvolvimento do trabalho, utilizou-se uma abordagem qualitativa, a qual foi consolidada por meio de diversos documentos, quais sejam: o Plano de ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, a Conferência Mundial da Mulher, bem como livros de especialistas no tema, teses, dissertações e artigos científicos.

Tal aprofundamento teórico permitiu a análise da criminalização do aborto. Inicialmente foi tratado a partir da ótica da violação aos preceitos fundamentais, no tópico dois. No tópico seguinte foi tratado especificamente o tema do aborto em relação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em uma abordagem que leva em consideração os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

No tópico quatro é retratado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao nascituro e como isso impacta nas reivindicações de descriminalização do aborto. A fim de começar a análise da questão de pesquisa que sustenta o presente trabalho, será examinada no tópico seguinte a utilização do método hermenêutico da proporcionalidade na regulação jurídica do aborto. No último tópico, são feitas ponderações especificamente acerca do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com a descriminalização do aborto.

Por fim, observa-se que tipificação do aborto vai de encontro aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, aos direitos sexuais e reprodutivos, bem como à igualdade, à autonomia e à integridade física e psíquica da mulher. O Estado legisla o útero como parte autônoma do corpo humano, ignorando as escolhas e as possibilidades de exercício de maternidade de cada mulher, como será visto a seguir.

1. A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO COMO FORMA DE VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), tem como objetivo demonstrar que a criminalização do aborto fere uma série de direitos fundamentais das mulheres, todos informados como princípios constitucionais da república, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a promoção do bem de todas as pessoas, sem qualquer forma de discriminação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

É inegável que a criminalização do aborto e, por consequência, a imposição de uma gravidez compulsória comprometam a dignidade da pessoa humana, bem como a cidadania das mulheres, em razão de não ser reconhecida a capacidade ética, moral e política de tomar decisões reprodutivas para a concretização do seu projeto de vida. Biroli (2014) afirma que a decisão sobre manter ou não uma gravidez faz parte do direito de decidir sobre o próprio corpo que, por sua vez, é uma garantia básica dos direitos individuais.

A tipificação do abortamento, segundo a ADPF 442 (2017), viola o princípio da não discriminação, assim como o objetivo republicano da promoção do bem-estar de todos, em razão da seletividade do sistema punitivo estatal, por penalizar, na maioria das vezes, mulheres mais vulneráveis, leia-se: negras, pobres e de baixa escolaridade.

Ressalta-se, ainda, que a criminalização do aborto, para a ADPF 442 (2017), viola o direito à saúde, integridade física e psíquica da mulher, assim como a proibição de submissão à tortura ou ao tratamento desumano e degradante, visto que, diante da negação dos direitos básicos previsto na Constituição, a única alternativa de recusa a uma gravidez indesejada seria a prática de abortos inseguros.

Nas palavras de Ventura, Piovesan e Barsted (2003) a tipificação do crime em tela lesa o direito à saúde, por este não contemplar tratamentos e procedimentos legais e suficientemente seguros para a prática do aborto. Barroso (2016) preceitua que, a partir do momento em que a mulher se submete a uma imposição legislativa, aceitando uma gravidez indesejada, a integridade física e psíquica da mulher é abalada. A primeira, em virtude das transformações, riscos e consequências da gestação. A segunda, por sua vez, é afetada em decorrência de novas obrigações, renúncias e comprometimentos que estarão por vir.

Salienta-se que a ADPF 442 (2017) afirma que a criminalização do aborto restringe os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que apesar de não estarem previstos explicitamente na Constituição Federal de 1988, decorrem do

direito à liberdade e à igualdade. Posto isto, com a limitação aos direitos sexuais e reprodutivos, Piovesan (2016) assevera que o reconhecimento dos direitos básicos de todos os casais (e, vale acrescentar, todos os indivíduos) decidirem livre e responsabilmente pelo número de filhos, o espaçamento entre eles e a tomada de decisões concernentes à reprodução, previstos nos tratados internacionais de Cairo, 1994 e em Pequim, 1995, tornam-se falhos.

Desta feita, diante da retenção a esses direitos, a igualdade material prevista no artigo 5º, *caput*, inciso I da Constituição Federal/88 fora suprimida, em razão de não atestar a igualdade entre homens e mulheres, de maneira plena. Destarte, Barroso (2012) elucida que o aborto deve ser considerado no plano da igualdade, uma vez que somente as mulheres carregam o ônus integral da gravidez. O direito de interrompê-la coloca as mulheres em uma posição equivalente à dos homens.

Nessas circunstâncias, em um Estado Democrático, faz-se necessária a garantia fundamental da cidadania, de maneira plena, às mulheres, incluindo os direitos sexuais e reprodutivos, como forma de bem estar social, moral e mental. Por conseguinte, para melhor compreensão do tema, será explanado de forma detalhada o paradoxo entre o aborto e os direitos sexuais e reprodutivos.

2. ABORTO E OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: UM CAMPO MINADO

É inegável que a saúde - inclusive a reprodutiva - não se caracteriza apenas pela ausência de enfermidades, mas também, pelo completo bem-estar físico, social e mental. Desta feita, apesar de ser considerado um tabu na sociedade, os direitos sexuais e reprodutivos implicam em um importante tema que, segundo Carrara e Vianna (2008), começou a percorrer o movimento feminista a partir dos anos 1970. Entretanto, conforme Ávila (1994) foi no século XIX e na primeira metade do século XX, que o direito à regulação da fecundidade se torna pauta política.

Segundo Gonçalves e Clara (2017), a afirmação da legitimidade das mulheres de soberania sobre a decisão da gestação que se dá em seu corpo tem sido um argumento central no debate histórico sobre o direito ao aborto, sobretudo por parte dos movimentos feministas, mas também no campo da bioética. Nessa perspectiva, conceitos como: concepção, parto e aborto, ganham relevância, de maneira que, a impossibilidade de acesso a qualquer um deles, implicaria restrição à saúde sexual e reprodutiva da mulher. Sob a ótica internacional, consoante afirma Piovesan (2003), foi em 1979 que houve a aprovação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. A Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade.

Todavia, ainda sobre a ótica internacional, Viana e Lacerda (2004) ratificam que foi em 1994, com o Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, e em 1995, com a IV Conferência Mundial da Mulher, em Pequim, que a temática sobre direitos sexuais e reprodutivos se tornou consolidada. Sobre tal assunto, o Fundo das Nações Unidas¹ estabelece que, através dos planos de ação de Cairo e Pequim, novos modelos de intervenção na saúde reprodutiva e de ação jurídica surgiram, legitimando o conceito de direitos reprodutivos.

Imperioso ressaltar que, no que tange a tônica do aborto, os planos de ação trouxeram mudanças significativas. No Plano de Ação de Cairo² houve o reconhecimento do aborto inseguro como um problema de saúde pública. Em relação ao Plano de Ação de Pequim³, recomendou-se que os países revissem as legislações punitivas contra as mulheres que interrompessem a gravidez. Frisa-se que, nos dois planos de ação, em nenhum momento o aborto foi considerado como forma de planejamento familiar.

Desta forma, o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos permitiu que os movimentos feministas colocassem em pauta o aborto como centro de discussão sobre o direito de escolha das mulheres de agir conforme seu projeto de vida individual. Projeto este, leia-se: ter direito à maternidade, assim como o poder de decidir o momento e as condições em que esta pode ou não ocorrer.

Dworkin (2009) ressalta que a partir do momento em que uma mulher é forçada a ter uma criança, a qual não deseja, porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado, não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Assim, o corpo da mulher passa a ser patrimônio social, o que implica a perda de sua individualidade (VERARDO, 1987).

¹ O Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) é o organismo da ONU responsável por questões populacionais. Trata-se de uma agência de cooperação internacional para o desenvolvimento que promove o direito de cada mulher, homem, jovem e criança a viver uma vida saudável, com igualdade de oportunidades para todos. UNFPA. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/novo/index.php/sobre-o-unfpa>. Acesso em: 27 out. 2018.

² 8.25 Em nenhuma hipótese o aborto deve ser promovido como método de planejamento familiar. Todos os governos e organizações intergovernamentais e não governamentais são instados a reforçar seus compromissos com a saúde da mulher; a considerar o impacto de um aborto inseguro na saúde como uma preocupação de saúde pública e a reduzir o recurso ao aborto, ampliando e melhorando os serviços de planejamento família [...]. UNFPA. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/novo/index.php/biblioteca/publicacoes/onu/413-declaracao-e-plataforma-de-acao-da-iv-conferencia-mundial-sobre-a-mulher>. Acesso em: 27 out. 2018.

³ §106 , j) reconhecer que as conseqüências, para a saúde, dos abortos feitos em más condições constituem um grande problema de saúde pública e, conforme acordado no parágrafo 8.25 do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, buscar remediar esse problema. UNFPA. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/novo/index.php/biblioteca/cipd>. Acesso em: 27 out. 2018.

E no momento em que o corpo se transforma em patrimônio social, ele pode ser legislado. É nessa ótica que o útero é visto, como uma parte destacada. Uma parte autônoma a qual não integraria o corpo feminino. E, valendo-se dessa interpretação, ele poderia ser objeto das instituições religiosas, legislativas e executivas.

A imputação do aborto, ainda, impede os preceitos estabelecidos pelos próprios planos de ação internacional de Cairo e Pequim, consoante Buglioni (2012), tais quais: o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência, decidir livre e responsabilmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos, assim como o direito de ter acesso a informações de métodos contraceptivos que sejam disponíveis e acessíveis.

Nesse sentido, Pereira (2015) ratifica que os direitos à reprodutividade e à saúde sexual são inerentes ao ser humano, cabendo ao Estado, investir e procurar meios para assegurar os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, como forma de garantia plena e satisfatória ao bem-estar físico, mental e social da mulher.

É nessa perspectiva que o tratamento dado pelo tema, no Brasil, no Código Penal de 1940, atinge a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, que diante da sua inobservância, suprime o conteúdo essencial mínimo, que será analisado para a devida compreensão do estudo.

3. A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ÓTICA DO ABORTO

Conforme Giovanetti e Silva (2016), foi na Constituição Federal de 1988 que a matéria dos direitos fundamentais foi tratada com o status jurídico que lhe é devido, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio. Desta feita, a dignidade da pessoa humana constituiu um requisito crucial da ordem jurídica estabelecida na Constituição Federal de 1988. Segundo Barroso (2012), o preceito fundamental denominado dignidade humana é caracterizado pelo conteúdo essencial mínimo que se divide em: valor intrínseco de todos os seres humanos, a autonomia de cada indivíduo e valor comunitário.

Barroso (2012) pontua que o valor intrínseco, é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser. Desta feita, independe até mesmo da própria razão, presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental. Percebe-se que, no plano jurídico, os principais direitos fundamentais estariam representados pelo

valor intrínseco, isto é: direito à vida, à igualdade e o direito à integridade física, psíquica e mental.

Nessas circunstâncias, Pereira (2015) explicita que o tema aborto encontra-se em grande tensão, visto que, de um lado, movimentos pró-vida argumentam que a vida é um preceito fundamental, considerado soberano, não sendo disponível em relação aos outros direitos e princípios. Lado outro, a vedação ao direito de interromper a gravidez, traz violações aos valores intrínsecos, como a integridade física e psíquica da mulher.

Em relação à autonomia, Kant⁴ (2007) define como sendo o conceito segundo o qual todo o ser racional deve reputar-se como legislador universal considerando todas as máximas da sua vontade para, deste modo, julgar-se a si mesmo e as suas ações. Destarte, a autonomia é considerada como um livre arbítrio dos seres humanos, permitindo-os buscar, de acordo com suas próprias convicções, o seu ideal de viver.

Em decorrência do princípio da autonomia, a principal fundamentação para a descriminalização do aborto teria como pilar o reconhecimento ao direito à liberdade sexual e reprodutiva da mulher. Autonomia sobre seu próprio corpo, leia-se: autonomia sobre seu próprio útero.

Verardo (1987) assevera que sobre o útero as instituições religiosas aplicam seus conceitos, o Estado legisla e os homens se apoderam. Um ser humano dotado de braços, pernas, tronco, órgãos, cérebro, emoções, alegrias, tristezas, sentimentos, lágrimas, risos, amores e paixões, a mulher, parece não existir nessa visão institucional e masculina.

Biroli (2014) afirma que o direito de decidir sobre manter ou não uma gravidez faz parte do direito a decidir sobre o próprio corpo, que por sua vez faz parte dos direitos individuais básicos. Em relação ao valor comunitário, Valle (2014) afirma que se caracteriza pela possibilidade de limitação da autonomia por algumas restrições que são impostas em nome de valores ou interesses sociais.

Ressalta-se que essa limitação advinda de preceitos externos deve levar em consideração três elementos, de acordo com Barroso (2012): proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e a proteção dos valores sociais e compartilhados. Nessa seara, a análise do valor comunitário seria uma forma de restringir a autonomia, em face do valor intrínseco, posto que este estaria ligado à natureza do ser, possuindo assim, maior proteção do seu bem jurídico.

⁴ Immanuel Kant (1724-1804) foi um filósofo alemão, fundador da "Filosofia Crítica" - sistema que procurou determinar os limites da razão humana. Sua obra é considerada a pedra angular da filosofia moderna.

Barroso (2012) preceitua que, em relação ao primeiro objetivo – proteção dos direitos e da dignidade de terceiros –, qualquer sociedade deve impor sanções, sejam cíveis ou criminais, para resguardar valores, crenças, costumes e interesses. Nesse diapasão, não se paira dúvida que a autonomia pessoal poderá ser limitada, ainda que de forma parcial, para impedir comportamentos nocivos, em razão do princípio do dano e da ofensa.

Diante do exposto, fica nítido o controle do poder punitivo estatal, em face de violações aos valores intrínsecos dos indivíduos. Entretanto, o que se busca analisar é se há razoabilidade constitucional para restringir a autonomia do próprio corpo, em razão da vida em potencial do feto, em razão da existência de dois direitos fundamentais serem atingidos, razão pela qual será utilizado o método hermenêutico da proporcionalidade.

4. A UTILIZAÇÃO DO MÉTODO HERMENÊUTICO DA PROPORCIONALIDADE NA REGULAÇÃO DO ABORTO

A questão do aborto defronta princípios fundamentais, visto que de um lado encontra-se o direito à vida do feto e, lado outro, os direitos constitucionais da mulher, o direito à liberdade, incluindo o direito à maternidade, bem como o direito à igualdade, sob o enfoque de tornar a mulher instrumento da procriação.

À vista disso, nas palavras de Franco (2006) todos estes direitos estariam remetidos ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Nessas circunstâncias, a indagação que nos surge é: como solucionar o um impasse entre direitos fundamentais em uma situação de aparente colisão entre eles?

Sob essa ótica, Alexy (2008) afirma que a distinção entre regras e princípios é de extrema importância para a teoria dos direitos fundamentais, pois que constitui a chave para a solução de problemas centrais, como os problemas relacionados à restrição a direitos fundamentais, à colisão entre esses direitos fundamentais e ao papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Segundo Silva (2019) as regras seriam razões definitivas para agir, ou seja, possuiriam as condições necessárias e suficientes para desencadear as consequências jurídicas por elas previstas, o que só não ocorreria em caso de invalidade. Os princípios, por sua vez, seriam meras razões *prima facie*, razões que indicam uma ou outra decisão, mas que podem não prevalecer em função da precedência de outro princípio.

Posto isto, Barroso (2001) determina que no caso de colisão de regras, aplica-se a forma de tudo ou nada (“*all or nothing*”). No que tange a colisão de princípios, deve-se reconhecer uma dimensão de peso ou importância. Destarte, em decorrên-

cia da colisão entre os princípios do direito à vida do feto e o direito à autonomia da mulher, deve-se aplicar o método hermenêutico da proporcionalidade.

Imperioso ressaltar que a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outros direitos fundamentais.

No voto de vistas do HC 124.306, Barroso (2016) discorre sobre princípio da proporcionalidade aplicando-o no contexto do aborto. Nesta seara, o subdivide em três, sejam eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Desta maneira, na sua visão, havendo correlação destes, a tipificação penal estaria evidenciada.

De igual forma, a ADPF 442 (2017), traz no bojo de sua peça inicial a aplicação dessa técnica, que certifica a análise subprincípios expostos e confirma que se a lei falhar em algum, não será preciso continuar os exames subsequentes, pois será declarada inconstitucional. No que tange ao exame da adequação, Undurraga (2016) leciona que qualquer limitação aos direitos das mulheres deve cumprir um propósito. Desta maneira, seria necessário observar se a criminalização do aborto é uma medida efetiva para proteção do feto.

Em um estudo publicado na *Guttmacher Institute* e Organização Mundial da Saúde (OMS) fora constatado que os abortos ocorrem com mais frequência nas duas categorias restritivas de países (proibidos ou permitidos apenas para salvar a vida da mulher) do que na categoria menos restritiva (permitido sem restrição quanto à razão), com um quantitativo de 37 e 34 abortos por 1.000 mulheres, respectivamente. (GANATRA; GERDTS; ROSSIER et al., 2017).

Estima-se que ocorram 36 abortos por ano para cada 1.000 mulheres entre 15 e 44 anos em regiões em desenvolvimento, em comparação com 27 abortos em regiões desenvolvidas. A taxa de aborto diminuiu significativamente nas regiões desenvolvidas entre 1990 e 1994. No entanto, nenhuma mudança significativa ocorreu em regiões em desenvolvimento (GANATRA; GERDTS; ROSSIER et al., 2017).

Desta forma, analisando o primeiro requisito, percebe-se que o exame da adequação se tornou falho. O direito Penal aplicado como forma de criminalização do aborto não cumpriu com sua função. Assim, a medida torna-se desproporcional, devendo ser declarada inconstitucional.

No que concerne o exame da necessidade, Silva (2002), estabelece que um ato estatal que restringe um direito fundamental somente será necessário caso o objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

Desta forma, na referida análise, deve-se denotar se a criminalização do aborto é um meio necessário para tal fim. Nessa seara, necessário investigar se existem outros meios alternativos à criminalização, que protejam de uma maneira equilibrada o direito à vida do feto, assim como os direitos fundamentais da mulher, leia-se: direito à liberdade, à autonomia e direitos sexuais e reprodutivos.

Nessas situações, Barroso (2016) discorre sobre a importância de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Destaca-se que parcela das gestações não programadas está relacionada com a falta de informações e de acesso a métodos contraceptivos. Destarte, o problema do abortamento poderia ser amenizado com programas do planejamento familiar, como a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual.

Uma política alternativa implantada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo, conforme leciona Barroso (2016), seria a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre). Contudo, necessário cumprir alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida, como o procedimento de aconselhamento e um período de reflexão prévia.

A França é um exemplo dessa mudança na taxa de aborto. Um estudo do *Institut National D'Etudes Démographiques* demonstra que em 1976 o número absoluto de abortos declarados foi de 134.173 e o número médio de aborto por mulher chegou a 0,66. Em contrapartida, em 2014 houve uma redução do número absoluto de abortos, totalizando 126.464, sendo o número médio de 0,51 (INSTITUT NATIONAL D'ETUDES DÉMOGRAPHIQUES, 2016).

É nesse aspecto que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 propõe a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, além do reconhecimento do direito constitucional das mulheres interromperem a gestação nas primeiras 12 (doze) semanas. É inegável que a opção de ser ou não mãe envolve uma série de fatores econômicos e sociais. Portanto, cabe ao Estado atuar com políticas preventivas que possam prevenir a gravidez indesejada.

Nas palavras de Verardo (1987), se as condições socioeconômicas do país fossem diferentes, com fornecimentos de creches, aposentadoria decente, serviços médico-hospitalares, distribuição de renda ou serviços básicos de infraestrutura, além de oportunidades sociais para que a mulher procurasse, em primeiro lugar, sua realização pessoal através do trabalho, dos estudos, ela poderia melhorar seu padrão financeiro de vida e assim, poder escolher livremente se quer ou não ser mãe.

No que concerne ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, Undurraga (2016) determina que esse exame busca determinar se os benefícios alcançados por uma lei que afete um direito constitucional são maiores que suas desvantagens. Imprescindível analisar se a aplicação do direito penal no que tange a criminalização do aborto, que viola preceitos fundamentais das mulheres, reporta em maiores vantagens do que a supressão inicial da vida do feto.

É inegável que a criminalização do aborto torna deficiente a proteção ao direito à liberdade, autonomia, à cidadania, à proteção à saúde e aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Por outro lado, percebe-se que incriminação do aborto, não faz jus, de forma efetiva, ao direito à vida do feto, pois, como demonstrado, o número de abortos é mais alto em países de categorias mais restritivas.

Sob a perspectiva de Barroso (2016), criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade. Retrata-se, ainda, que o ministro Britto (2008) pronunciou-se na ADI 3.510 afirmando que vida do nascituro varia de acordo com o seu desenvolvimento biológico. Desta maneira, o grau de proteção do feto vai se expandindo na medida em que ocorre a progressão na gestação.

Nesta seara, diante de tudo o que fora exposto, é de se arrematar que, através do método hermenêutico da proporcionalidade, no que tange aos princípios do direito à vida do feto e à liberdade, autonomia, cidadania e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, fica notório em que os últimos devem prevalecer.

Assim, a ADPF 442 (2017) demonstra, na sua peça inicial, que a tipificação do aborto é desproporcional e ilegítima. Ressalta-se que a ação em comento não se reporta apenas à análise da proporcionalidade para a demonstração da ilegitimidade do aborto, mas também, utiliza-se a visão da Suprema Corte, ao considerar o nascituro como pessoa não constitucional, o qual será abordado a seguir.

5. O NASCITURO COMO PESSOA (NÃO) CONSTITUCIONAL NA VISÃO DA SUPREMA CORTE

Segundo Dworkin (2009), o caso Roe contra Wade é, sem dúvida, o mais famoso de todos os que já foram decididos pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos. De acordo com Morais (2009), a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1973, declarou inconstitucional qualquer lei que proibisse a interrupção voluntária da gravidez até o segundo trimestre de gestação.

Dworkin (2009) descreve que o fundamento proferido pelo juiz Blackmun, no caso em tela, fora da autonomia reprodutiva da mulher, no aspecto ao direito

à privacidade, amparada como garantia fundamental. O juiz Blackmun decidiu, contudo, que o feto não é uma pessoa no sentido contemplado pela Constituição Nacional.

Nessa perspectiva, sob a ótica da Suprema Corte brasileira, em razão da propositura da ADI 3510, assim como ocorreu no caso de Roe contra Wade, surge o questionamento se o feto seria considerado uma pessoa constitucional. Proposta pelo Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo como alvo o art. 5 da Lei Federal 11.105- lei de biossegurança- que preceitua sobre a permissão de utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, caso seja atendidas condições necessárias.

Ademais, Fonteles (2008), argumentou que os dispositivos impugnados contrariavam a inviolabilidade do direito à vida, tendo em vista que o embrião seria considerado vida humana, e, desta maneira, faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, sobre tal temática, o Ministro Ayres Britto discordou dessa posição, proferindo seu voto no sentido de que:

O embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição (BRITTO, 2008, p. 4).

Diante desse posicionamento, e através da análise constitucional, fica claro que não há nenhuma disposição específica sobre quando se consideraria surgida à vida, nem sobre a partir de quando o direito à vida seria protegido. Britto (2008) afirma que, quando a Constituição dispõe sobre “dignidade da pessoa humana”, intitulada no art. 1º, inciso III, ou, ainda, quando se refere aos “direitos da pessoa humana” (alínea b do inciso VII do art. 34) e de “direitos e garantias individuais”, estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa.

Desta forma, seja de nacionalidade brasileira ou estrangeira, somente um ser humano já nascido adquire a garantia dos direitos fundamentais da vida, à igualdade e à liberdade. Conforme explana Britto (2008), em uma primeira análise, conclui-se que a Constituição Federal não protege todo e qualquer estágio da vida humana, como um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, dotada de compostura física ou natural.

Assim, fica claro que não há uma negação ao direito à vida do nascituro. Entretanto, existe certo grau de proteção constitucional do feto. É nessa seara que Barroso (2016) explicita no seu voto vencedor do HC 124.306 que seria necessário reconhecer o peso concreto do direito à vida do nascituro e, o grau de proteção constitucional do feto, pois este é ampliado na medida em que a gestação avança, adquirindo, assim, maior peso concreto.

Os entendimentos respectivos (do ministro Ayres Britto e do ministro Barroso) se materializam em perfeita consonância com os dispositivos internacionais, que, segundo Castro (2018), não especificam quando se consideraria surgida à vida, quais sejam: A Declaração Universal de Direitos Humanos que dispõe que todo ser humano, tem direito à vida, liberdade e segurança, bem como, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o qual prevê que o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

Em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece no seu artigo 4.1, que toda pessoa teria direito à vida. Porém, esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ademais, ninguém poderia ser privado da vida arbitrariamente. Nessa ótica, como inexistem dispositivos que determinem o início da vida, não há como estender o conceito “toda pessoa tem direito à vida” ao nascituro em qualquer estágio do desenvolvimento.

Castro (2018) ratifica que à expressão: “em geral” foi incluída para evitar que a previsão de proteção da vida obstasse as leis internas de cada país que autorizassem a realização do aborto. Nessas circunstâncias, fica perceptível que o direito à vida do nascituro não seria absoluto, admitindo exceções em caso de conflitos com preceitos fundamentais em que estes deveriam prevalecer.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, evidenciou-se que não há razoabilidade constitucional para a tipificação do aborto. Denota-se a afronta aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, aos direitos sexuais e reprodutivos, bem como à igualdade, à autonomia e à integridade física e psíquica da mulher.

É inegável que há grandes discussões acerca da existência de direitos fundamentais do nascituro, como o direito à vida. Nota-se que, no presente estudo, não foram negadas essas garantias constitucionais. Pelo contrário, o que fora demonstrado é que, na análise hermenêutica da proporcionalidade, essas garantias do feto, nas primeiras 12 (doze) semanas, poderiam ser relativizadas em face das garantias constitucionais das mulheres.

Ademais, fora demonstrado a visão da Suprema Corte, na análise da Ação de Descumprimento de Preceito fundamental nº 442, que o feto não é possuidor do status de pessoa constitucional. Desta feita, seria legítima a sua proteção infra-constitucional de maneira gradual. Porém, essa proteção não poderia ultrapassar os limites constitucionais reservados as mulheres.

É de se notar que o aborto ainda é considerado um grande tabu na sociedade brasileira. E, em decorrência disso, o tema é alvo de grandes controvérsias e discussões. De um lado, movimentos pró-vida argumentam que a vida é soberana. Lado outro, movimentos pró-escolhas, formado por feministas, buscam colocar em pé de igualdade os seus direitos com os dos homens e assim, garantir na sua totalidade o princípio da dignidade humana.

Além do que, no decorrer da tese, deu-se mais enfoque ao direito à autonomia, dignidade humana e aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, pois, esses três princípios servem como tripé para a descriminalização do aborto. Evidente que na visão dos diversos autores mencionados, ficou perceptível que a autonomia da mulher é suprimida, assim como, sua sexualidade em face das instituições religiosas, legislativas e executivas.

Na verdade, o Estado legisla o útero como parte autônoma do corpo humano. A maternidade torna-se compulsória e suas escolhas de planejamento familiar desaparecem. Desta maneira, diante dessa efervescência para asseverar a igualdade material prevista na Constituição, surge a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 como proposta de não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, garantindo às mulheres o direito ao aborto nas primeiras 12 (doze) semanas de gestação.

Logo, faz-se necessário analisar o aborto do ponto de vista jurídico, considerando a laicidade do Estado, para uma possível resolução desse conflito entre bens jurídicos tutelados. Destarte, é preciso procurar outras alternativas como políticas adequadas de educação sexual e reprodutiva, concessão de licença a maternidade e acesso a creches públicas seriam exemplos mais eficazes do que a tipificação do aborto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Aqui, Lá e em Todo lugar. A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no Discurso Transnacional. Separata da. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 919, p. 127-196, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 08 set. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Voto-vista HC 124.306*. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.
- BIROLI, Flávia. Autonomia e Justiça no debate sobre o aborto: Implicações Teóricas e Políticas. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 15, set./dez. 2014.
- BUGLIONI, Samatha. Reprodução e Sexualidade: Uma questão de justiça. *E-gov UFSC* - Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, Florianópolis, 26 mar. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-e-sexualidade-uma-quest%C3%A3o-de-justi%C3%A7a> Acesso: 17 set. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.510*. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/203510> Acesso em: 09 set. 2018.
- CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. *Direitos sexuais e reprodutivos no Brasil a partir da Constituição Cidadã*. p. 334-359. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/924_511_direitossexuaisereprodutivosnaconstituicao.pdf. Acesso em: 09 set. 2018.
- DEFENSORIA PÚBLICA GERAL. *Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro* / Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação de Defesa de Mulher dos Direitos Humanos, CEJUR. – Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto. *Revista do ICP* (Instituto de Ciências Criminais), Belo Horizonte, v. 1, p. 5-86, 2006. Acesso em: 08 de ago. 2018.
- GANATRA, Bela; GERDTS, Caitlin; ROSSIER, Clémentine et al. Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010–14: estimates from a Bayesian hierarchical model. *The Lancet*, [s. l.], v. 390, nov. 2017.
- GIOVANETTI, Lais; SILVA, Juliana Giovanetti Pereira da. Os delineamentos de uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva da Constituição Federal de 1988. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v. 2, n. 1, 2017.
- GONÇALVES, Letícia; DIAS, Clara. O debate sobre aborto no Brasil: bioética, biopolítica e a Perspectiva dos Funcionamentos como horizonte de justiça. *METAXY* - Revista do Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos do NEPP-DH/ UFRJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, 2017.

GRAZIELLA, Morais. Roe contra Wade: Uma perspectiva bioética da decisão judicial destinada a resolver um conflito entre estranhos morais. *Universitas JUS*, Brasília, n. 18, p.1, jan./jun. 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2007.

PEREIRA, Thiago Soares; SILVA, Matheus Passos. *O princípio da Dignidade Humana e a autonomia da Mulher frente à ampliação das hipóteses de aborto legal*. Brasília: Vestnik, 2015.

PETIÇÃO do Centro Acadêmico XI de Agosto, Coletivo Feminista Dandara, Escritório USP e Núcleo de Práticas Jurídicas em Direitos Humanos- AmicusCuriae. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 18 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos reprodutivos como direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Bruno Sacramento Santos. A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *RT*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

UNDURRAGA, Verônica. O princípio da Proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre o aborto. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 15-44, 2016.

VALLE, João Paulo Lawall. *A Dignidade Humana como conteúdo essencial mínimo*. 2014. Disponível em <https://blog.ebeji.com.br/a-dignidade-humana-e-o-seu-conteudo-minimo/>. Acesso em: 22 set. 2018.

VENTURA, Miriam; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; BARSTED, Leila Linhares. *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos: síntese para gestores, legisladores e operadores do direito*. Rio de Janeiro: Advocaci, 2003.

VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil - Fundo de População das Nações Unidas*. Brasília: UNFPA, 2004.

VERARDO, Maria Tereza. *Aborto: um direito ou um crime?* São Paulo: Moderna, 1987.

VIANNA, Adriana; LACERDA, Paula. *Direitos e Políticas Sexuais no Brasil: o Panorama Atual*. Rio de Janeiro: Cepesc, 2004.

DESCOMPASSO NA SAÚDE PÚBLICA: A INEFICÁCIA DO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

DISORDER IN PUBLIC HEALTH: THE INEFFECTIVENESS OF JUDICIAL ACTIVISM IN THE CONTEXT OF THE JUDICIALIZATION OF HEALTH

Beatriz Casagrande Fortunato

Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), de Jacarezinho, Paraná, Brasil. Bolsista CAPES/Fundação Araucária. Graduada em Direito pela Univem - Centro Universitário Eurípedes de Marília.

Marcos César Botelho

Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP (2011). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2008). Atualmente é advogado da união - Advocacia-Geral da União, lotado na Procuradoria Seccional da União em Campinas/SP. Atuou na Coordenação de Propositura de Ações Não Pró-ativas e de Acompanhamento de Ações Penais, Coordenação de Patrimônio Público e Coordenação Trabalhista na Procuradoria-Regional da União da 3ª Região SP/MS e na Procuradoria-Seccional da União em Marília/SP. Foi Coordenador-Geral de Atos Normativos, Coordenador-Geral de Contencioso Judicial e Coordenador-Geral de Exame de Procedimentos Administrativos, todos na Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa. Foi consultor jurídico da delegação brasileira que participou da Convenção sobre Responsabilidade por atos criminosos por pessoal em missões de manutenção de paz - Report about sexual exploitation and abuse in United Nations peacekeeping operations, ocorrida em abril de 2007 nas Nações Unidas, em Nova Iorque. Foi delegado do Ministério da Defesa na 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos. Foi membro-suplente do Ministério da Defesa no Grupo de Trabalho formado pelos membros da Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CREDEN) e pela Advocacia-Geral da União instituído para elaborar proposta de tópicos que deverão constar de um Projeto de Lei para a Defesa da Soberania e do Estado Democrático de Direito. É professor adjunto vinculado ao programa de mestrado em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), de Jacarezinho, Paraná, Brasil.

Submetido em: 13/05/2019

Aprovado em: 19/09/2020

Resumo: A realidade brasileira nacional dos últimos anos é de inúmeros processos judiciais solicitando a prestação de serviços ancorada no direito à saúde, seja pela ineficiência e/ou

ineficácia das políticas públicas existentes, ou então sua inexistência. Essa situação conhecida como judicialização da saúde pode conduzir os juízes a interpretações exacerbadas dos mandamentos constitucionais e principiológicos, culminando no ativismo judicial. No entanto, ainda sim os processos continuam, e carregam desigualdades e desproporcionalidades, vez que beneficiam seus demandantes quando procedentes. Por conseguinte, diante desse contexto, o presente trabalho, a luz do método dedutivo, pretende-se demonstrar que os problemas da judicialização da saúde vão além do ativismo judicial, o qual não pode ser considerado uma alternativa para solução das demandas, porque sequer funciona para minorar o problema, de modo que o raciocínio esboçado leva a conclusão da busca e disseminação de uma justiça por equidade.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Ativismo judicial. Equidade.

Abstract: *The brazilian reality in the past few years is of countless judicial processes requesting the provision of services based in the right to health, either by the inefficiency and or inefficacy of the existing public policies, or its non-existence. This situation known as judicialization of health can lead the judges to exacerbate interpretations of the constitutional and principiological commandments, resulting in judicial activism. However, the processes still continue, and carry inequalities and disproportionalities, since they benefit their plaintiffs when proceeding. Therefore, in this context, the present research, using the deductive method, is intended to demonstrate that the problems of the judicialization of health go beyond judicial activism which can not be considered an alternative solution of cases involving the right to health, because it does not even work to reduce the problem, in conclusion, the best solution is the search and dissemination of a justice for equity.*

Keywords: *Right to health. Judicialization. Judicial activism. Equity.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito constitucional à saúde. 2. A judicialização da saúde e o ativismo judicial no Brasil. 3. A justiça como equidade: uma alternativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é importante e marcante por ter positivado inúmeros direitos e garantias pela primeira vez na história do país, até porque ela traz uma nova fase de valorização de direitos inerentes ao ser humano e a importância da dignidade humana, visto que nos últimos anos que a antecederam com a Segunda Guerra Mundial e os regimes totalitários assumidos por alguns países, inclusive no Brasil, foram muitas as atrocidades e violações realizadas contra seres humanos.

Ademais, os direitos previstos constitucionalmente são tidos como cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser suprimidos ou alterados. Diante disso, os direitos elencados na CF/88 podem ser individuais ou coletivos, dentre os quais, existem os que servem ao ser humano considerado em si mesmo e aqueles assegurados a todos os seres humanos como um grupo.

O direito à saúde consta em vários artigos da Constituição Federal, e é classificado como um direito social, cujo principal intuito é sua garantia ao grupo, de forma igualitária. Para tanto, o Sistema Único de Saúde é a instituição nacional

responsável pela promoção, recuperação e proteção da saúde. De outro lado, em razão dos problemas com políticas públicas, o Poder Judiciário acaba sendo a via escolhida para as pessoas pleitearem prestações de saúde a serem fornecidas pelo poder público.

Os resultados são inúmeros processos judiciais, políticas públicas mal executadas e/ou inexistentes, problemas orçamentários, dentre outros tendo em vista as ordens advindas das decisões judiciais, em sua maioria para o fornecimento ou custeio dos medicamentos, tratamentos, cirurgias e demais pleitos. Posto isto, o presente trabalho busca questionar a atuação judicial tida como ativista, uma vez que, apesar de sua prática a situação da judicialização da saúde e da melhoria das políticas públicas de saúde no Brasil não tem melhorado, para tanto, utiliza-se o método dedutivo, e o uso das técnicas de coleta de dados bibliográficos, documentais e via internet.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

A saúde foi erigida como direito na Constituição da República de 1988 no Brasil, sendo tratada como um direito social e de todos, cujo dever do Estado é garanti-la a partir de políticas sociais e econômicas com o objetivo de reduzir o risco de doenças e outros agravos, tal qual proporcionar o acesso universal e igualitário, as ações e serviços de saúde em prol de sua promoção, recuperação e proteção (BRASIL, online).

Nesta toada, verifica-se que a saúde depende de características individuais, físicas e psicológicas, bem como do ambiente social e econômico, inclusive o que está próximo das pessoas e o que condiciona a sua vida. Assim, “a saúde deverá inevitavelmente implicar aspectos individuais, sociais e de desenvolvimento” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 11).

Então, quando se trata sobre saúde não significa apenas as condições e tratamentos de patologias desenvolvidas pelo ser humano, mas sim, também, a relação ser, meio ambiente, Estado e outros seres humanos, visto que o meio influencia as condições e a maneira de viver do ser humano, e, via reflexa em sua saúde.

Dessa forma, a saúde como direito disposto constitucionalmente significa que o Estado brasileiro se dispôs a atuar na relação entre o ser humano, os seres e todo o ambiente que o cerca, a fim de protegê-lo, recuperá-lo e promover a sua saúde, isto é, condições que melhorem a sua vida em termos qualitativos.

A saúde é definida pela Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, como “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS/WHO, online).

Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz (1997, p. 539-540) criticam a definição de saúde da OMS, uma vez que são utilizadas as palavras perfeição/completo e bem-estar, cuja conceituação é subjetiva, sendo que corresponde ao estilo de vida de cada indivíduo. Eles argumentam em favor de um conceito objetivo, a partir do qual ao invés de mensurar e qualificar o perfeito ou o completo bem-estar por avaliações externas e estatísticas, além do que, consideram que o destaque ao físico, mental e social é algo superado, pois com a vivência psicanalítica, nota-se a inexistência entre a mente e soma, “sendo o social também inter-agente, de forma nem sempre muito clara, com os dois aspectos mencionados”.

Eis que, “sob o aspecto jurídico, devemos entender saúde como o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social” segundo Sueli Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 13).

Logo, a garantia de uma melhor qualidade de vida do ser humano em sociedade e da sociedade como um todo implica em ações de proteção, promoção e recuperação de saúde, ou seja, condições que lhe proporcionem o bem-estar físico, psíquico individual e social. Garantir completamente tal bem-estar parece não se coadunar com todos os objetivos e funções do Estado Brasileiro, de modo que melhor seria pensar na garantia efetiva de bem-estar aos cidadãos, sendo cada vez mais admitida e buscada sua potencialização, o que se dá através do desenvolvimento de técnicas de tratamento de enfermidades, vacinas, e não só por meios laboratoriais artificiais como de técnicas naturais.

O direito à saúde é um direito classificado constitucionalmente como social, visto que:

no âmbito do Estado Social e Assistencialista, os direitos sociais como nova categoria de direitos fundamentais, carregam em si a incumbência de possibilitar a concretização da proclamada igualdade liberal que se mostrou meramente formal, através da garantia efetiva de direitos que assegurem a proteção da dignidade do ser humano, que só poderiam ser realizados por meio de condutas prestacionais do Estado (SERRANO, 2012, p. 46).

Ademais, a autora também assevera que os direitos sociais por serem direitos fundamentais não podem ser renunciados, porque funcionam como garantia de uma vida humana digna, sendo destinados a todo e qualquer ser humano sem restrição (SERRANO, 2012, p. 49).

Isso porque, o histórico dos direitos fundamentais remonta os direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade, que podem ser entendidos, respectivamente, como os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões.

Tendo em vista que um dos objetivos do homem era garantir a sua liberdade em defesa e com especial atenção a propriedade privada, os direitos individuais de liberdade foram os primeiros a serem garantidos e positivados. Porém, a vida em comunidade demandava a garantia de direitos entre iguais e limites, por isso surgiram e foram positivados os direitos sociais voltados à igualdade, que precisava, e ainda precisa, ser efetivada cada vez mais materialmente do que apenas em disposições legais, isto é, em seu sentido formal. Por fim, os direitos de terceira dimensão são direitos ligados a fraternidade porque abrangem bens e valores que não pertencem apenas à geração presente, mas são frutos da preservação e proteção, e até do desenvolvimento das gerações do passado, e que devem ser mantidos também para as próximas gerações.

Por sua vez, para Vidal Serrano Júnior (2009, p.70), os direitos sociais são:

o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

Enquanto direito social, o direito à saúde ampara não só os economicamente vulneráveis, mas sim todos os cidadãos, segundo a Constituição, ainda que sua maior demanda seja daqueles que não possuem plano de saúde, é tratado normativamente como um direito prestacional a fim proporcionar a todos os benefícios da vida em sociedade. Dessa forma, assegurar o direito à saúde demanda uma boa gestão econômica e política, justamente por ele ser um direito que precisa ser prestado no tocante à proteção, recuperação e prevenção da saúde do indivíduo.

Seria interessante haver uma aproximação dos direitos humanos no estabelecimento de prioridades para a saúde, para tanto, é necessário: 1. Uma preocupação com a equidade na utilização dos recursos; 2. O exame dos fatores que podem restringir ou apoiar uma intervenção planejada, inclusive no contexto legal, político, econômico, social e cultural; 3. Participação e negociação entre todas as partes interessadas, inclusive as que possuem principal responsabilidade, com os oficiais do governo facilitando esse processo, no qual haverá a determinação de quais intervenções terão mais impactos na saúde; e, 4. Responsabilidade do governo e pró-atividade pela maneira como as decisões são tomadas, os recur-

so são alocados, os programas implementados e avaliados, incluindo o impacto dessas decisões na saúde e no bem-estar (GRUSKIN; DANIELS, 2008, p. 1573).

Outrossim, “determinar prioridades na alocação de recursos públicos em saúde depende de estudos acerca de quais seriam as doenças prioritárias, o que significa decidir que os serviços sanitários escolhidos para seu tratamento e prevenção¹ serão considerados prioritários em face de outros” (BARCELLOS *et al.*, 2017, p. 460).

A implementação dos direitos humanos no ramo da saúde pública pode ser interpretada como a efetivação do direito à saúde, de modo que, para tanto, é preciso haver uma preocupação quanto à gestão e organização dos recursos públicos entre as necessidades de efetivação dos direitos, fazer uma análise de todos os fatores que podem contribuir ou prejudicar uma intervenção na área da saúde (em prol da efetivação de direitos), é indispensável que as partes interessadas participem e se reúnam para verificação das necessidades e possibilidades de ações a ser realizadas, principalmente, o Poder Público (em todas as esferas, e entre as esferas federal, estadual, distrital e municipal), e, ainda, o comprometimento, a responsabilidade e a pró-atividade do poder público em realizar essas ações, alocar recursos para elas e avaliá-las, considerando os impactos que possam ser gerados na saúde e no bem-estar da população.

Nesse sentido, o direito à saúde se relaciona com direitos ainda mais fundamentais como o direito à vida e a dignidade humana, por isso é necessária sua efetiva implementação e garantia, tal qual como uma melhora nos serviços de saúde.

Assim, Ana Paula Barcellos (2011, p. 132) considera que o conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com os direitos fundamentais, posto que quando os direitos fundamentais do indivíduo forem observados e realizados, apesar da dignidade não se esgotar neles.

No Brasil, as medidas em prol da promoção, proteção e recuperação da saúde, isto é, as ações governamentais tomadas para assegurar o direito à saúde são de atribuição constitucional do Sistema Único de Saúde, instituição pautada pelo princípio da universalidade, consistindo em um sistema público e nacional que oferecerá e atenderá toda a população no que tange à assistência à saúde. Suas diretrizes são: a descentralização, a integridade no atendimento e a participação da comunidade. A Lei nº 8080/90 disciplina toda a organização do SUS no país (FIGUEIREDO, 2007, p. 97).

Apesar do SUS ser o responsável pela execução das políticas públicas de saúde, acontece que a demanda se mostra muito mais elevada do que a possi-

bilidade dos cofres públicos, tal elevação diz respeito à quantidade de solicitações por medicamentos, cirurgias e tratamentos, como também em termos de valores, cirurgias, medicamentos e tratamentos caros, alguns cobertos ou não pelo Sistema, não estando disponíveis de pronto. Por isso, embora o direito à saúde exista constitucionalmente, e carregue toda sua importância, conforme foi demonstrado, muitas pessoas não têm seu direito assegurado. Com isso:

Ainda que a positivação dos direitos humanos assuma mais a forma de uma declaração de direitos fundamentais que de um programa político constitucional – em ambos os casos, as possibilidades de vincular tanto a entidade jurídica como a entidade do Estado, desde o começo, a princípios da justiça, não estão esgotadas. Para que a obrigação da justiça chegue a seu pleno desempenho, existe um instrumental de etapas que começa com a garantia dos direitos humanos e continua na veiculação da legislação com a constituição, bem como o exame desta veiculação pela suprema corte como um tribunal constitucional. E ainda, o governo e a administração devem estar submetidos à constituição e às leis conformes com a constituição, e esta submissão necessita novamente de exame, por exemplo, na forma de tribunais administrativos (HOFFE, 2006, p. 421-422).

Hoffe considerava que o homem vivia num estado primário de natureza ampla liberdade, e que o exercício da liberdade irrestrita de cada um dos homens gerava conflitos, de forma que a vida social surgiu a partir de um acordo de restrição da ampla liberdade entre os homens. Sendo assim, também se fez necessária a instituição de um poder maior para regulamentar e organizar a vida social, o qual é representado pelo Estado, cuja melhor aceção seja um Estado Constitucional Democrático, tendo em vista que a Constituição detém a função de limitar o poder do governante e garantir os princípios da justiça, na modernidade conhecidos como direitos humanos, dado que o poder do Estado pode se tornar arbitrário se não contiver limitações e finalidades, tal qual a necessidade de outros poderes atuando em prol da garantia de direitos (a justiça para Hoffe) caso o poder governamental não os assegure.

Portanto, Hoffe adverte que os direitos humanos devem estar positivados numa constituição, da qual devem emanar as atividades e ações governamentais, e ainda, que haja um tribunal constitucional para garantia desses direitos.

A saúde é positivada como um direito humano fundamental (e social) pela Constituição Brasileira de 1988, além do que existem vários tribunais organizados e hierarquizados aptos a garantir este direito diante das ameaças que ele possa e vem sofrendo, bem como o Sistema Único de Saúde foi criado para a execução das ações em favor da saúde como um direito. No entanto, o problema nacional tem

sido delimitar e até que ponto a garantia do direito à saúde pelo Estado através do Poder Judiciário vem escapando os limites sociais e orçamentários.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

A ineficácia e/ou ineficiência das ações governamentais pelo SUS no atendimento do direito à saúde de inúmeros brasileiros e brasileiras tem os conduzido ao Poder Judiciário como o que irá lhes proporcionar aquilo que desejam, isso porque, para os cidadãos, este é o poder que é visto com mais credibilidade e confiança nos últimos anos.

Com efeito, são várias as ações judiciais demandando medicamentos de alto ou baixo custo, fornecidos ou não pelo SUS, cirurgias, e tratamentos dos mais variados, abrangidos ou não pelo Sistema Único de Saúde. Essa situação ficou conhecida como judicialização da saúde.

Na acepção de Vanice Lírio do Valle (2011, p. 199), esse movimento de demandas individuais buscando remédios, internações, exames, intervenções cirúrgicas e outras prestações relacionadas à preservação da saúde decorre da disfunção no início da implementação do SUS, aliada a deficiência na oferta dos serviços públicos de saúde cujo objetivo era que eles fossem prestados de forma universal.

A judicialização não se refere apenas ao aumento importante, generalizado, e direto que os tribunais vêm desempenhando em fazer política. O fato dos tribunais estarem frequentemente intervindo no processo de elaboração de políticas significa que outros atores políticos como grupos que defendem as ações políticas, têm motivos e possibilidades de desencadear uma reação judicial em cadeia. Então, as propostas devem enquadradas de forma a garantir que a legislação não será derrubada, nem interpretada de forma indesejável. A fim de atingir esse resultado, parte do debate da nova legislação deve ter como objetivo antecipar a reação das instituições legais defende John Ferejohn (2002, p. 41-42).

Eis que, o autor relaciona a judicialização a intervenção judicial na política, o que de fato ocorre, dado que as decisões sobre saúde e outros direitos sociais, se positivas para os autores vão fazer com que o Poder Público realize a prestação solicitada no prazo aventado pelo juiz, e/ou segundo os valores por ele estabelecidos. Via reflexa, o poder público deixará de cumprir sua agenda econômica ou de medidas de saúde para dar cumprimento à decisão judicial, porque ela é coercitiva, e se não cumprida, pode ensejar multa. Ainda:

Além disso, quando o domínio das cortes inclui a elaboração de regras gerais que afetam a todos e não só os litigantes, como acontece nas cor-

tes constitucionais, nós deveríamos esperar reações populares e políticas. Enquanto as cortes estão legislando, todos nós temos legitimidade de interesse em quem senta em cada lugar. Enquanto as nomeações judiciais são inevitavelmente políticas, elas nem sempre são partidárias. Quando as cortes se tornam politizadas no sentido partidário, as questões ficam mais preocupantes. As democracias produzem maiorias em mudança, e se mudanças no controle partidário se traduzem em julgamentos, então o conteúdo da lei se torna instável (FEREJOHN, 2002, p. 44, tradução nossa).

Portanto, o autor atenta que a tarefa de uma Corte Constitucional não deve ser política, vez que podem ou não se relacionar a questões até partidárias, sendo que no momento em que as cortes passarem a decidir de forma partidária, o problema se agrava, de modo que como o sistema democrático prima pelo favorecimento aos desejos da maioria, cada vez mais mutável, caso essa mutabilidade, inclusive político partidária seja exteriorizada por decisões judiciais significa que a legislação está instável.

Claro que a legislação admite um caráter de maleabilidade relacionado, especialmente, a sua interpretação e as mudanças sociais, políticas e econômicas. No entanto, a mudança que leva a instabilidade se refere à escolha da norma a ser aplicada no caso concreto, a afrontas a isonomia, que vão gerando instabilidades não só na legislação, como no sistema do direito, visto que se perde a segurança jurídica, bem como o caráter coercitivo do direito, ou melhor, das decisões judiciais, passa a ser seletivo inclusive em casos semelhantes.

A importância da estabilidade do sistema ocorre porque ela se refere à manutenção de sua identidade, e igualmente, indicativo de boa saúde do sistema jurídico nacional. Os juízes, em especial os ministros do Tribunal Constitucional são os encarregados de manter a estabilidade do sistema jurídico e impedir que ela se desvie das disposições constitucionais. Com isso, o juiz atua como um inspetor de qualidade, posto que ele é o encarregado de avaliar e controlar a conduta governamental e legislativa, em conformidade com a pauta constitucional, segundo Ernesto Garzón Valdés (2003, p. 30).

No Brasil, no Supremo Tribunal Federal estão os onze juízes encarregados de avaliar e realizar o controle de qualidade das condutas governamentais, legislativa e dos outros juízes e dos desembargadores a fim de manter a estabilidade jurídica no Brasil dentro dos limites e atribuições regidos pela Constituição de 1988, destarte, eles devem primar pelo cumprimento e interpretação dos casos consoante a Constituição, segundo parâmetros de eficiência, eficácia e sem partidarismo. Entretanto, são muitos os casos concretos e ações de controle concen-

trado que tramitam no STF esperando sua manifestação, e nem todas as demandas chegam ao Supremo, seja em sede recursal ou abstrata.

A seu turno, existem aqueles que pensam na judicialização como uma forma de utilizar os tribunais para satisfazer os interesses. Nesse sentido:

A judicialização da política é um processo que se alimenta dos interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político. De fato, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos direitos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e lutas das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse, do que obra de devoção de atores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais na realização de seus objetivos (CARVALHO, 2004, p. 118).

Esse argumento é relevante, pois as pessoas carentes, mais necessitadas, e menos informadas, apesar de deterem o direito, não têm a facilidade ao acesso à justiça que as pessoas mais informadas e, conseqüentemente, que possuem uma condição de vida melhor que as anteriormente citadas, detém. Isso faz com que o governo, em uma tentativa de balancear as necessidades, empregue muito mais recursos para a resolução de processos judiciais no custeio de tratamentos deferidos a título de tutela antecipada ou sentença, do que invista em saneamento básico, que ainda é uma realidade de carência brasileira.

A falta de saneamento básico fere não só os direitos mais fundamentais do ser humano como lhe sujeita a doenças, a um ambiente insalubre, que se alastra sem que haja os devidos cuidados e também sem amparo.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1996, p. 189) considera como judicialização a atribuição ao Judiciário de decisões que originalmente pertenceriam aos Poderes Legislativo ou Executivo por se tratarem de decisões políticas, posto que afetam o destino da comunidade ou consistem na orientação de determinados objetivos do governo a partir de uma visão do bem comum.

Destarte, a judicialização é o efeito da delegação indireta pela inação ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo na tomada de decisões ou da escolha e realização políticas públicas que interferem na vida do povo em favor de seu bem.

Dessa forma, não tem como o Judiciário amparar completamente a pessoa que busca com a sua demanda uma prestação de saúde, concedendo a ela o tratamento mais caro e mais custoso, inclusive em termos de uma eficácia mais dificultosa, porque no Brasil são inúmeras as carências, inclusive e especialmente no

tocante à saúde, o que exige um cumprimento das políticas públicas existentes para determinadas situações, bem como seu aprimoramento e aperfeiçoamento. Sendo assim:

Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, *behaviorista*, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável, o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia (STRECK, 2015, p. 8).

A judicialização da saúde é um fenômeno decorrente do problema de prestação dos serviços de saúde por parte do poder público, uma vez que há uma ineficiência ou ineficácia neste serviço, de modo que ele não é prestado ou ofertado tal como o esperado/desejado. Por sua vez, o ativismo judicial ocorre quando o magistrado implanta sua visão e posição pessoal no processo para a resolução da lide.

No que tange ao ativismo judicial, ele pode ser visto e entendido como uma forma de interpretação do direito pelo juiz, isso porque a interpretação é um ato de vontade do intérprete ou resultado de um movimento interno de compreensão em que ocorre a suspensão de pré-juízos a fim de se atingir a melhor interpretação do caso (TASSINARI, 2012, p. 41-42).

Nessa esteira, verifica-se que a autonomia dos magistrados não pode se tornar excessiva a ponto deles exteriorizarem suas próprias vontades no processo, igualmente, não pode haver um excesso de adesão aos princípios constitucionais, porque eles também levariam a sua aplicação ao entendimento subjetivo e aberto do julgador, viabilizando um exercício de interpretação e aplicação da autonomia do juiz. De certo, a autonomia judicial deve ser limitada as regras, aos princípios e aos conteúdos normativos para evitar arbitrariedades (MACHADO, 2011, p. 113).

Logo, o ativismo judicial pode ser entendido como um exercício de arbitrariedade do magistrado, extrapolando sua autonomia interpretativa de atuação, o que gera prejuízos quanto à sua postura e a aplicação do direito, pois o juiz como conhecedor do direito sabe os limites que pode atingir em suas decisões e interpretações, caso existam excessos a exequibilidade da decisão estará prejudicada, tal qual o direito como instituto e a própria função e posição do magistrado.

O objetivo do processo é a melhor e mais adequada solução em tempo razoável e que possa ser executada sem onerar excessivamente a parte que a cumprirá, além disso, o processo é um instrumento de pacificação social. O

juiz é o seu condutor, após ser provocado, devendo zelar pelo cumprimento de suas funções na condução processual, de modo que existe todo um aparato legislativo a ampará-lo seja em termos materiais e procedimentais. Por isso, extrapolar esse campo, atribuindo-se uma autonomia que vá além de seu livre convencimento causa, prejudicando a demanda e sua resolução que não poderá ser eficaz e efetiva, dá margem para a disseminação do excesso de autonomia deliberado em momentos não declarados e permitidos legalmente, e, torna instável a forma de decidir no ordenamento jurídico pátrio. Como consequência, com o tempo, a legislação também padecerá de confiabilidade por parte da população e se tornará instável.

Nesta senda, Gisele Cittadino (2004, p. 106) levanta duas questões importantes:

O crescente processo de “juridificação” das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre “força do direito” e “fim da política” – ou seja, a idéia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras –, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas.

Primeiramente, verifica-se a Constituição Cidadã brasileira estimulou esse fenômeno de muitos processos judiciais, dado que possui um compromisso de garantir a igualdade e a dignidade humana, valores e princípios diretamente relacionados com o direito à saúde. Por outro lado, rompida a inércia inicial, o juiz deve decidir a lide que lhe foi apresentada, ou os tribunais quando se tratar de sua competência originária.

No entanto, o que se nota é que apesar de se valerem de um excesso de interpretação no uso de sua autonomia interpretativa e para solucionar as demandas interferiram em atribuições dos outros poderes, os magistrados, desembargadores não vem conseguindo solucionar as demandas individuais e coletivas no tocante a sua eficácia e exequibilidades, pois, na maioria das vezes nos casos de saúde, as

soluções se referem a um gasto de grandes valores orçamentários (para um caso concreto), tempo exíguo para cumprimento, culminando em multas, sem contar nos casos que não são judicializados e que estão na pauta de cumprimento pelo poder público (ou seja, a organização normal de execução da prestação de saúde daquele dia).

Barroso (2012, p. 10) considera a judicialização como efeito do desenho institucional brasileiro, enquanto que o ativismo consiste na forma proativa de interpretar a Constituição, a ponto de expandir seu alcance e seu sentido. No Brasil, o ativismo se alocou devido à retração do Poder Legislativo e de um descolamento entre a classe política e civil, cujo resultado foi o impedimento de atender efetivamente certas demandas. A auto-contenção judicial, por sua vez, é o oposto do ativismo dado que nela a participação e atuação dos poderes políticos é maior, tendo em vista suas omissões, falhas, e ações anteriores.

São impactos do ativismo e da judicialização: a judicialização da política pode prejudicar tanto a atividade parlamentar como as decisões democráticas no tocante ao princípio da maioria; a falta de confiabilidade judicial poder estimular o surgimento de grupos “parainstitucionais” encarregados de distribuir cargos e benefícios a margem da ordem constitucional vigente, algo como uma máfia político-econômica, uma vez que não vale à pena cumprir a Constituição, bem assim como as decisões judiciais, a sociedade é excludente, o cidadão optará pela estratégia do naufrágio, isto é, optar por si mesmo e excluir o próximo; e, a politização da justiça no momento de designar seus membros abrirá espaço para a corrupção (GARZÓN VALDÉS, 2003, p. 44).

O brasileiro ainda confia no Poder Judiciário, porém já consegue visualizar suas falhas no tocante a decisões imperfeitas e inexecutáveis, que acabam, conseqüentemente, sendo injustas, com isso podem surgir grupos a se substituir ao Estado promovendo cargos e benefícios, a Constituição pode perder sua importância, confiabilidade e aplicabilidade, da mesma forma que os magistrados e, o excesso de direito na política podem gerar a corrupção. Com efeito, os sistemas jurídico e político não podem viver uma realidade de frequente judicialização e ativismo judicial sob pena de suas conseqüências prejudicarem a manutenção e higidez da Constituição e dos sistemas jurídico e político.

Portanto, o ativismo judicial e a judicialização da saúde acabam por onerar os gastos públicos sem lhes apresentar uma solução justa, eficaz e efetiva as demandas, judiciais ou não, por saúde. Então, certo seria haver menos ativismo e mais a prática da auto-contenção, ou na verdade, sua implementação no território nacional.

3. A JUSTIÇA COMO EQUIDADE: UMA ALTERNATIVA

Diante do exposto, a realidade (cultural inclusive) de judicialização excessiva, de delegação de matérias e conflitos ao Poder Judiciário, é necessário refletir qual a melhor justiça, ou qual a justiça a ser buscada na resolução e no enfrentamento das lides e casos concretos ansiando por prestações de saúde.

Rawls (1997, p. 7-8) considera como objeto primário da justiça a estrutura básica da sociedade, ou seja, o modo como as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais e estabelecem a distribuição das vantagens decorrentes da cooperação social, sendo que as instituições mais importantes se relacionam a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais.

A instituição consiste em “um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc” (RAWLS, 1997, p. 58). Assim, para se atingir a justiça, nota-se que é preciso haver um sistema institucional bem sedimentado, no sentido de união social, cooperação e normas sólidas, motivo pelo qual diante do enfrentamento de conflitos gerados pela vida social sua solução advenha da prática social bem consolidada em instituições tal qual a Constituição, os princípios e principais regras vigentes.

Nessa toada: “A conduta dos indivíduos, guiadas por seus planos racionais, deve ser coordenada tanto quanto possível, para atingir resultados que, embora não pretendidos ou talvez nem mesmo previsto por eles, sejam mesmo assim os melhores do ponto de vista da justiça social” (RAWLS, 1997, p. 60).

Rawls defende e acredita na cooperação social para que sejam atingidas vantagens mútuas, por isso pode haver o conflito, entretanto, ainda que os indivíduos ajam racionalmente buscando alcançar seus objetivos, eles devem sempre buscar os resultados, sejam eles esperados ou não, que sejam os melhores no tocante à justiça social. Desta feita, esse exercício de buscar o melhor para si, perseguindo seus resultados, principalmente os que beneficiem a justiça social estimulam a solidariedade e a solidificação do que o povo considera como justiça social, via reflexa, a solidificação das instituições.

No âmbito do Poder Judiciário, o magistrado também tem deveres perante a lei e à Constituição, de forma que suas decisões devem buscar solucionar os casos da melhor maneira também sob o aspecto de justiça social, isto é, como nas prestações de saúde são muitas as demandas e as políticas públicas, seria interessante priorizar a prestação que não fosse apenas custeada pelo Poder Público, como também por ele fornecida, de outro lado, também incumbe ao Poder Executivo o aprimoramento das políticas públicas de prestação.

Por outro lado, a injustiça se manifesta quando se têm desigualdades que não beneficiam a todos (RAWLS, 1997, p. 62). A ideia é que os direitos sejam iguais e distribuídos entre todos da mesma forma, caso existam desigualdades elas devem razoavelmente beneficiar a todos, se não se opera a injustiça.

Com efeito, um direito positivado constitucionalmente, assegurado mediante prestações a serem fornecidas pelo poder público quando, por meio de processos judiciais algumas pessoas recebam prestações de valores exorbitantes comparados ao orçamento público da saúde, obtém a procedência para conquistar a prestação passando na frente daqueles que estão esperando o procedimento sem a tutela jurisdicional, e, nos casos de pessoas que sequer sabem que podem solicitar o amparo judicial para obter prestações de saúde existem desproporções desiguais que culminam em injustiças.

Na medida do possível, então, a justiça como equidade analisa o sistema social a partir da posição de cidadania igual e dos vários níveis de renda e riqueza. Algumas vezes, entretanto, pode ser necessário que outras posições sejam levadas em consideração. Se, por exemplo, há direitos básicos desiguais fundados em características naturais físicas, essas desigualdades selecionarão posições relevantes. Uma vez que essas características não poderão ser mudadas, as posições definidas por elas contam como lugares de partida da estrutura básica. Distinções baseadas no sexo entram nessa categoria assim como as que dependam da raça e cultura. (...) Por outro lado, essas mesmas desigualdades raramente trazem, se é que chegam a trazer, vantagens para os menos favorecidos, e portanto em uma sociedade justa o menor número de posições relevantes seria em geral suficiente (RAWLS, 1997, p. 105).

O autor defende que a sociedade é mais equitativa quanto menos posições relevantes ela possui, isso porque em casos de justificada desigualdade, justamente para garantir a igualdade, as pessoas “desiguais” seriam postas em posições relevantes, as quais podem decorrer de direitos fundamentais e características naturais físicas, e tais características não podem ser mudadas.

A esse respeito é possível considerar as políticas e programas de inclusão social, existem pessoas que nascem ou adquirem patologias que implicam em mudanças drásticas na sua vida e no acesso a direitos, como, por exemplo, as pessoas que se tornam paraplégicas, perdem um membro do corpo, ou que nascem cegas, a essas pessoas é atribuída uma posição relevante para que elas concorram e convivam igualitariamente junto com os outros.

Se, cada vez mais, forem atribuídas posições relevantes a partir de processos judiciais, visto que neles é concedida uma parcela maior de acesso ou do

custo com a efetivação do direito à saúde, a sociedade se tornará cada vez mais desigual e injusta, eis que ao invés de promover o direito para todos, estará concedendo-o para alguns.

Cumprir salientar que: “O dever natural da justiça é a base primeira dos nossos vínculos políticos com um regime constitucional” (RAWLS, 1997, p. 417). De tal maneira que se a Constituição Brasileira de 1988 é tão repleta de direitos e obrigações, bem como de princípios a nortear a solidez da vida social e da própria atuação do Estado, em todos os momentos é preciso avaliar os desejos e limites dispostos na Constituição a fim de que o cumprimento de suas normas conduza a uma boa solução dos conflitos sociais.

Contudo, a união de fatores como a abertura interpretativa, a judicialização das escolhas políticas e a afirmação de um amplo espectro de controle por parte do Judiciário resulta na produção de uma nova seletividade que não depende de um critério legislativo formal estabelecido no sistema jurídico, e sim de quando o juiz perceber que não está mais limitado a uma racionalidade formal, ignorando a pessoa que está na posição central. Passa-se a evocar uma racionalidade material, fruto de um processo interno de leitura e interpretação de cada juiz, apto a superar todos os argumentos opostos ao que se acredita ser a concretização dos direitos fundamentais (VALLE, 2011, p. 202).

Não obstante a Constituição atuar como sustentáculo da justiça, dos direitos fundamentais e do próprio direito em âmbito interno, a interpretação dos casos sejam eles fáceis, difíceis ou trágicos deve seguir o raciocínio constitucional, no entanto sem margem para aberturas interpretativas e ampliações de sentido, caso contrário estar-se-á selecionando o que julgar, a forma como julgar e a favor de quem se julgar, razão pela qual ainda que a Constituição seja a norma suprema, existem outras leis estabelecendo limites que devem ser observadas, bem como as disposições constitucionais relativas à separação, independência e harmonia entre os poderes, os objetivos e fundamentos do Estado Brasileiro.

Desse modo, o juiz deve evitar buscar explicações e interpretações internas, aceitar a superioridade da Constituição, a possibilidade de sua abertura interpretativa, embora limitada a todo o arcabouço legal existente e as interpretações e limites também estabelecidos pelas Cortes Superiores, principalmente o Supremo Tribunal Federal.

A defesa é pela igualdade, que a saúde seja aliada com um dos princípios mais basilares da Constituição Federal, tendo em vista que quando existirem diferenciações com vistas a assegurar a igualdade ainda sim, todas elas estão estabelecidas, o processo judicial sendo utilizado como forma de romper a igualdade entre todos os cidadãos como usuários das prestações de serviços do Estado não

se coaduna com o projeto desenvolvido pela CF/88. Cabe ao magistrado, em seu ofício, ponderar também em favor da isonomia coletiva, uma vez que o estabelecimento de privilégios pelos processos nesse contexto de judicialização não contribui para a solidificação das relações sociais, para o cumprimento dos ditames constitucionais em busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

A sinalização constitucional a favor dos direitos fundamentais – especialmente sociais – não pode ser esvaziada a sua importância enquanto conquista coletiva, apesar das grandes dificuldades na sua efetivação nessa mesma perspectiva grupal. A solução, todavia, não estará numa seletividade opaca, que privilegia, no suposto da estar buscando a igualdade material. Assim, para a resposta à pergunta sobre até onde podem nos levar as asas de Ícaro, é de ter em conta que seu voo revelar-se-á tanto mais útil quanto mais ele contribua para a revelação dos caminhos possíveis da saída do labirinto – e não para um percurso solidário em direção a riscos que até mesmo o nobre destino da centralidade da pessoa revela.

A efetiva concretização dos direitos fundamentais – entendidos nas suas múltiplas dimensões e enquanto processo coletivo – exige a busca de critérios conhecidos e democraticamente construídos de superação de um quadro de desigualdade social que não é desejado pela Constituição. Não seja o Texto Fundamental, principal pilar da isonomia, o pretexto para a consagração – em seu nome – da prática judicial da igualdade (VALLE, 2011, p. 204-205).

Logo, a judicialização e o ativismo judicial são condutas que mascaram a seletividade a entrega de uma prestação baseada em direitos, o que contribui para uma realidade nacional de cada vez mais e maiores desigualdades. Via reflexa, a efetiva garantia de direitos fundamentais advém da isonomia na sua prestação e oferta consoante critérios pré-estabelecidos democraticamente (e não imaginados para uma demanda em questão), o que só será alcançado quando o Poder Judiciário começar a aplicar a igualdade.

Ademais, as lides podem ser classificadas como casos fáceis, difíceis e trágicos. Os casos trágicos são os que não possuem resposta certa, gerando nos juízes o problema de decidir não por existirem várias alternativas, mas sim que caminho tomar diante de um dilema (ATIENZA, 1997, p. 13).

Por sua vez, os casos difíceis são os que contrapõem princípios e valores, entendendo-se por valores as justificativas das normas contempladas como razões para ação. Eles deverão ser resolvidos perante uma operação de ponderação, na qual será realizado um sopesamento de todas as exigências a fim de

alcançar um ponto mínimo ou ótimo. Consequentemente, não se pode pensar que os casos fáceis são aqueles em que há uma mera subsunção do caso concreto as regras, sem qualquer tipo de deliberação por parte do magistrado. Na verdade, um caso fácil é aquele em que a subsunção dos fatos as regras não implica em contradição a luz do sistema de princípios adotado pelo ordenamento jurídico em questão (ATIENZA, 1997, p. 15-16).

A atribuição do magistrado exige muita responsabilidade, pois envolve vidas e o destino delas, seja no processo civil ou no processo penal. Ocorre que, em determinadas situações os casos concretos estão abrangidos pela lei, o que torna sua aplicação mais segura e cogente, todavia, ela não pode destoar da Constituição e dos valores constitucionais. De outro lado, os casos que envolvem direitos fundamentais são casos difíceis por carregarem um embate entre valores e princípios, exigindo mais dos juízes.

Por conseguinte, as soluções elencadas por Atienza (1997, p. 25-28) para a resolução de casos difíceis pelos juízes envolvem: a) ainda que para solucionar os casos difíceis possa se chegar a uma resposta correta, isso não autoriza que as decisões sejam tomadas além do controle racional. Deve-se buscar uma boa resposta na resolução da lide e o melhor nesses casos é o juiz optar pelo mal menor; b) Consequentemente, uma das dificuldades que o juiz encontra nos casos difíceis é ter que recorrer a critérios de razoabilidade, isto é, critérios de racionalidade estrita, composta pelo respeito à lógica formal, como os princípios da universalidade, coerência e outros, uma decisão razoável não é a que viole os critérios anteriores, pois se não seria uma decisão irracional, ainda que justa sob o ponto de vista de seu conteúdo; c) Os casos trágicos são produzidos devido a maior carga social e democrática dada ao Estado de Direito, a ampliação dos direitos e a invasão dos direitos com maior conteúdo social e econômico se traduziu na proliferação de diretrizes e regras com maior força normativa, e, portanto, com mais propensão a gerar contradições que as normas tradicionais ou condicionais de ação. Por outro lado, os órgãos judiciais estão configurados como instâncias que devem resolver os conflitos, sem buscar apenas solucionar os interesses que estão em jogo; e, d) Via reflexa, o aumento de casos frágeis não é necessariamente indicativo de maiores injustiças, assim a sensibilidade dos juízes para perceber e conviver com o trágico no Direito não deve ser tratada como um elemento perturbador ou disfuncional. O trágico pode gerar no magistrado atitudes de cidadania com o objetivo de resolver os problemas do mundo, como uma forma de diminuir o trágico no Direito, caso seja assim, não existem razões para dispensar a experiência do trágico no Direito.

Com efeito, o autor indica que o magistrado não pode se valer do processo para exercer sua função de cidadão procurando resolver os problemas enfren-

tados de forma tão ampliativa, é preciso lidar com os casos trágicos e difíceis no Direito com razoabilidade, seguindo critérios dos menores prejuízos e da proporcionalidade ou razoabilidade estrita.

Por conseguinte, verifica-se que a justiça como equidade se relaciona a assegurar o princípio da isonomia nas prestações de saúde, claro que o serviço deve ser prestado quantitativa e qualitativamente, mas os processos não podem ser vistos como forma de se resolver o serviço ou assegurar prestações que comprometam o acesso a prestações de saúde de outras pessoas e também o orçamento público.

CONCLUSÃO

O direito à saúde possui estrita ligação com a manutenção da vida e a dignidade humana, uma vez que assegurada uma boa condição de vida é possível manter e prezar por uma boa saúde. Contudo, a sociedade atual é marcada por excessos, excesso de consumo, de poluição, de desigualdade. Ainda, o Brasil não atingiu um ambiente no qual seja possível assegurar a boa saúde, porque existem lugares onde não há saneamento básico, a vacinação vem sendo popularmente rejeitada, são muitos os acidentes no trânsito, as tragédias naturais e as que o homem contribui, que tiram e prejudicam muitas vidas, além da mutação e do surgimento de novas patologias. Sendo assim, os riscos à saúde são iminentes e estão por todos os lados.

A proteção da saúde como direito está prevista expressamente na Constituição Brasileira de 1988 cuja atribuição incumbe ao poder público. De tal maneira, sua garantia se tornou ineficaz e ineficiente, vez que a quantidade de demanda não é suprida pela qualidade do serviço, caso ele exista. Por essa razão, invoca-se o Poder Judiciário em busca de uma solução que seja a prestação de um serviço de saúde.

Ocorre que as decisões judiciais interferem no orçamento público, no fornecimento do serviço, na gestão das políticas públicas de saúde, algumas decisões, inclusive, extrapolam na interpretação do caso concreto, nos limites constitucionais e solucionam as lides de maneira inexequível. Logo, instaura-se um caos na saúde pública, pois os serviços públicos prestados não funcionam, os processos aumentam potencialmente (evidencia-se uma clara desigualdade entre aquele que busca o serviço pelo processo judicial e o que espera o serviço sem ele), e os gastos aumentam, mas são limitados.

Conclui-se, então que a judicialização da saúde e o ativismo judicial dela decorrente não contribuem para melhorar ou minorar os problemas na saúde

pública, por outro lado, acabam por estabelecer mais desigualdades, problemas de gestão e gastos públicos. A alternativa vem da própria Constituição: a igualdade, que por sua vez implica na melhoria do serviço público em saúde, que deve ser mais disseminado, qualitativa e quantitativamente, atentando-se também aos desiguais no limite de suas desigualdades. Além disso, a justiça como equidade, que se manifesta em âmbito processual, na disseminação da solução na qual impere a razoabilidade entre o solicitado e o que pode ser realizado, o que precisa ser mais aplicado pelos juízes. Por fim, também é necessária a isonomia social, manifestada a partir da solidariedade e da fraternidade entre a população, motivo pelo qual estes ditames constitucionais precisam ser mais trabalhados e postos em prática.

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel et al. Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía*, v. 6, abril/1997.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de et al. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 457-483, ago. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200457&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 abr. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 fev. 2019.
- DE CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de sociologia e política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/download/3699/2949>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *ALCEU*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez 2004.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.
- DO VALLE, Vanice Lírio. Judicialização das Políticas Públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. *Themis: Revista de Direito*, Fortaleza, v. 11, n. 20, p. 185-210, 2011.
- FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and contemporary problems*, Durham, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002. Disponível em: www.jstor.org/stable/1192402. Acesso em: 19 out. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. *Revista da Faculdade de Direito*, Porto Alegre, v. 12, n. 12, 1996. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69181/39070>. Acesso em: 10 jan. 2019.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El papel del poder judicial en la transición a la democracia. *Isonomía*, Cidade do México, n. 18, p. 27-46, 2003. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100002&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 05 fev. 2019.

GRUSKIN, Sofia; DANIELS, Norman. Process is the point: justice and human rights: priority setting and fair deliberative process. *American Journal of Public Health*, Washington, v. 98, n. 9, p. 1573-1577, 2008. Disponível em: <https://ajph.aphapublications.org/doi/pdf/10.2105/AJPH.2007.123182>. Acesso em: 10 jan. 2019.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial de Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946*. 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: 04 abr. 2018.

RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Tradução de: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves.

SEGRE, Marco; CARVALHO, Ferraz Flávio. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, 1997. Disponível em: https://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S0034-89101997000600016&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 10 jan. 2019.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Os dilemas do Estado Constitucional: entre a democracia e o presidencialismo de coalizão. In: LAZARI, Rafael; BERNARDI, Renato. *Crise Constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 3-18.

TASSINARI, Clarissa. A Atuação do Judiciário em Tempos de Constitucionalismo Contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, 2012. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2019.

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA TRAVESTIS E MULHERES TRANSEXUAIS NO BRASIL: UM OBSTÁCULO PARA A CONSECUÇÃO DA META 5.2 DOS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

GENDER VIOLENCE AGAINST TRANSVEST AND TRANSEXUAL WOMEN IN BRAZIL: AN OBSTACLE FOR ACHIEVING GOAL 5.2 OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS

João Pedro Rodrigues Nascimento

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - PPGD/UFMS (2019). Especializando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes (2020). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (2018). Advogado. Possui experiência nas áreas de Direitos Sexuais, Gênero e Sexualidade, Execução Penal, Direitos Humanos e Direitos de Minorias.

Ynes da Silva Félix

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutora em Derechos Humanos sobre Las Generaciones de los Derechos Humanos y los Derechos Sociales na Universidade de Salamanca. Atualmente é professora titular da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e Diretora da Faculdade de Direito da UFMS. Professora permanente do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e Professora do Doutorado Interinstitucional em Direito da USP com a UFMS. Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos Sociais” vinculado à linha de pesquisa “Direitos humanos, Estado e Fronteiras”. Ministra aulas e desenvolve pesquisas em Direitos Humanos, com ênfase em Direitos Sociais, Direito do Trabalho, Direitos humanos sociais, Direito Internacional do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho; Negociação coletiva do trabalho; mediação e conciliação; migração e fronteira.

Submetido em: 11/08/2020

Aprovado em: 19/09/2020

Resumo: Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável buscam assegurar os direitos humanos e alcançar a igualdade de gênero, através das três dimensões do desenvolvimento sustentável: econômica, social e ambiental. A partir do reconhecimento de que a igualdade de gênero somente

será plenamente alcançada quando forem eliminados os elementos de preconceito, violência e estigmatização que recaem sobre as travestis e mulheres transexuais, a presente pesquisa questiona a intersecção entre a violência de gênero direcionada às travestis e transexuais e o direito ao desenvolvimento, partindo da hipótese de que a violência ocasionada pelo preconceito e estigmatização às diferentes identidades de gênero é um obstáculo à realização no Brasil da meta 5.2 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Para tanto, utiliza pesquisa de cunho hipotético-dedutivo, com os tipos de pesquisa bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Identidade de Gênero; LGBT; Igualdade de Gênero; Sustentabilidade.

Abstract: *The Sustainable Development Goals seek to ensure human rights and achieve gender equality, through the three dimensions of sustainable development: economic, social and environmental. Based on the recognition that gender equality only will be fully achieved when elements of prejudice, violence and stigmatization that fall on transvestites and transsexual women are eliminated, this research questions the intersection between gender violence directed at transvestites and transsexuals and the right to development, based on the hypothesis that violence caused by prejudice and stigmatization of different gender identities is an obstacle to the achievement of goal 5.2 of the Sustainable Development Goals in Brazil. For this purpose, it uses hypothetical-deductive research, with the types of bibliographic and documentary research.*

Keywords: *Gender Identity; LGBT; Gender Equality; Sustainability.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Direito ao Desenvolvimento e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. 1.2. A meta 5.2 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e a identidade de gênero no Brasil. 2. A (re)construção de uma identidade LGBT no Brasil. 3. A violência de gênero direcionada às travestis e transexuais: um obstáculo à plena realização da meta 5.2 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. 3.1. Reflexões acerca da Identidade de Gênero e a violência contra travestis e transexuais no Brasil. 3.2. O obstáculo à concretização da meta 5.2. dos ODS no Brasil frente à violência de identidade de gênero de travestis e transexuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Sexo, gênero e sexualidade são expressões conceituais dotadas de significado e de sentido próprios. Enquanto o sexo designa os sistemas reprodutivos biológicos com que cada ser humano nasce, a orientação sexual representa os modos de relacionamento emocional, afetivo e sexual entre os indivíduos. Por sua vez, o gênero é uma construção social, resultado das características que determinada sociedade entende pertencerem ao homem (tendências masculinas) e à mulher (tendências femininas).

Em sendo o gênero um conjunto de performances culturais de determinada sociedade em um dado período histórico, percebe-se que os aspectos valorativos do “ser homem” ou “ser mulher” não são características naturais e ínsitas de modo igualitário a todo ser humano. É nesse sentido que se assenta a célebre frase de Simone de Beauvoir, segundo a qual “ninguém nasce mulher; torna-se mulher” (BEAUVOIR, 2016).

Ao se delimitarem os diferentes campos do sexo e do gênero, vê-se que os cerceamentos de direitos infligidos às mulheres, em razão do patriarcado e da sociedade machista ocidental, que delimitam de forma muito clara os papéis sociais de cada gênero, não se aplicam unicamente àquelas que nasceram com o sexo feminino, mas também àquelas que, embora tenham nascido com o sexo masculino, se identificam com o gênero feminino.

Entende-se a identidade de gênero, conforme conceito definido nos Princípios de Yogyakarta (2006, p. 7), como a experiência individual que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode concordar, ou não, com o sexo que lhe é atribuído ao nascimento, incluindo o sentimento de corpo (com ou sem alteração cirúrgica), modos de falar, vestimentas e maneirismos, estando aqui incluídas as travestis e transexuais femininas.

As violências direcionadas às travestis e transexuais femininas, aquelas que, embora tenham nascido com o sexo masculino, se constroem a partir de características sociais e culturais do sexo oposto, têm por fundamentos centrais o preconceito e o estigma irracional ocasionados pela quebra nos padrões esperados de gênero.

Considerando que o respeito às diferentes identidades de gênero e orientações sexuais é essencial para assegurar a dignidade e a humanidade de cada pessoa, vê-se que o enfrentamento à violência de gênero contra travestis e transexuais é primordial para garantir o desenvolvimento humano.

Nesse sentido, ressalta-se que consta entre os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, da Organização das Nações Unidas, a promoção de medidas para alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, a partir da consideração de que a igualdade de gênero não é apenas um direito humano fundamental, mas a base necessária para a construção de um mundo pacífico, próspero e sustentável.

Para sua implementação, o ODS de nº 5 indica 9 metas, dentre as quais encontra-se a meta 5.2 que prevê a eliminação de todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico, a exploração sexual e outros tipos de violência.

No Brasil, quando da internalização dos ODS, entendeu-se que a proteção supramencionada perpassa pela interseccionalidade da identidade de gênero, sem a qual não se pode falar plenamente em erradicação da violência de gênero no país.

Deste modo, a questão central a ser discutida neste trabalho gravita em torno das interações entre a meta 5.2 do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável nº

5 e a identidade de gênero. Parte-se da hipótese de que as altas taxas de violência contra travestis e transexuais femininas no Brasil, aliadas às poucas políticas públicas sobre o tema, são um obstáculo para a concretização da referida meta no país.

Para tanto, a partir de pesquisa de cunho hipotético-dedutivo, com os tipos de pesquisa bibliográfico e documental, em um primeiro momento, o trabalho delimita os conceitos gerais, nacional e internacionalmente, acerca do direito ao desenvolvimento, do desenvolvimento sustentável, da Agenda 2030 e de seus 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Após, fixa alguns conceitos no campo teórico do gênero, analisando a construção de uma identidade LGBT no Brasil, por meio da gradual garantia de direitos. Ao fim, analisa os dados acerca da violência direcionada a travestis e transexuais e compara as políticas públicas já adotadas pelo governo brasileiro para prevenir e punir tais violações de direitos.

1. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e, mais tarde, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formou-se a base normativa estruturante do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estabelecendo-se os deveres dos Estados signatários de agirem de modo a proteger os direitos da pessoa humana sob qualquer hipótese e de se absterem de praticar violações a esses direitos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos fragilizados.

A nova concepção fundada na centralidade do indivíduo enquanto sujeito de direitos na esfera internacional foi o alicerce para a construção de novos paradigmas protetivos. Desse modo, a partir do avanço gradual da concepção de proteção a toda pessoa humana, o direito ao desenvolvimento surge nos diversos acordos e tratados internacionais que visam à garantia de um mínimo vital para a humanidade (SILVEIRA; NASPOLINI, 2013).

Assim é que os Estados-membros da Organização das Nações Unidas adotaram a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 4 de dezembro de 1986. O documento reconhece que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados, reconhecendo, ainda, a pessoa humana como sujeito central do desenvolvimento.

Além disso, ao tempo em que encoraja a observância da Carta Internacional de Direitos Humanos¹, a Declaração determina, em seu artigo 6º, que todos os Estados devem cooperar, com vistas a promover, encorajar e fortalecer o respeito universal à observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, independentemente de raça, sexo, gênero, língua, religião ou qualquer outra forma de discriminação.

Sobre a Declaração, Vladimir Oliveira da Silveira e Samyra Haidée Dal Farra Napolini ressaltam que “o principal responsável – ou seja, o sujeito passivo do direito ao desenvolvimento – é o Estado; isto é, é ele que tem o dever de criar as condições favoráveis ao desenvolvimento supranacional e interno dos povos e dos indivíduos” (2013, p. 127-128). Dessa forma, estabeleceu-se um dever estatal de promoção de políticas públicas voltadas à garantia dos direitos humanos e do desenvolvimento das pessoas.

Progressivamente, com o fim da guerra fria em 1990, houve o reconhecimento pela ONU da natureza multidimensional do desenvolvimento, que se revolve em torno de 5 pontos principais: a paz, o desenvolvimento econômico, a sustentabilidade ambiental, a justiça social e a democracia (CAMPELLO, LIMA, 2018).

Nesse sentido, a cooperação internacional, entendida como um princípio instrumental de efetivação de direitos a partir do reconhecimento de interesses comuns² (CAMPELLO, 2013), apresentou-se como um mecanismo fundamental para a consecução do desenvolvimento dos povos, pois, “ante a sua aplicabilidade em diversas áreas, possibilita a resolução de problemáticas entre países, como o enfrentamento dos desafios que advêm do desenvolvimento global por meio de um auxílio mútuo entre os atores internacionais” (CAMPELLO, LIMA, 2018, p. 349).

Inspirados nos princípios da cooperação internacional, os representantes dos Estados-membros da ONU, durante a Cúpula do Milênio das Nações Unidas, ocorrida em setembro de 2000, almejando fazer com que o mundo progredisse rapidamente rumo à eliminação da extrema pobreza e da fome do planeta, adotaram os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio.

Os 8 ODM abrangiam temas referentes ao combate à fome e à pobreza, promoção da educação global, igualdade de gênero, saneamento básico, estabelecendo-se um conjunto de 21 metas globais, que tinham por horizonte temporal o

¹ Conjunto básico de ordenamentos jurídicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, formado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (RAMOS, 2017).

² Ainda segundo a cooperação internacional, Campello (2013, p. 44) afirma: “os Estados procuram ajustar suas expectativas, realizando um acordo sobre as atividades de cooperação a serem realizadas, o que exige a aplicação de regras e a definição de uma agenda, para, enfim, realizarem-se as ações de cooperação concretamente”.

intervalo entre 1990 e 2015. Os ODM também continham medidas para o estabelecimento de uma parceria global para o desenvolvimento sustentável.

De fato, o aumento dos debates acerca da escassez dos recursos naturais e dos perigos da poluição, aliado às novas concepções acerca da cooperação internacional para a solução das demandas globais, causou uma evolução do conceito de desenvolvimento, surgindo, então, o paradigma do desenvolvimento sustentável.

Conforme o Relatório *Brundtland* (ou “Nosso Futuro Comum”), elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o desenvolvimento sustentável é definido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades” (1991, p. 46).

O documento dispõe, ainda, que satisfazer as necessidades e as aspirações humanas é o principal objetivo do desenvolvimento, sendo que o desenvolvimento sustentável “requer a promoção de valores que mantenham os padrões de consumo dentro do limite das possibilidades ecológicas a que todos podem, de modo razoável, aspirar” (1991, p. 47).

Segundo Elkington (2012), o desenvolvimento sustentável é baseado em três pilares direcionadores, quais sejam o desenvolvimento econômico, a responsabilidade social e a gestão ambiental, que representam o Tripé da Sustentabilidade (*Triple Bottom Line*).

Nessa perspectiva, em 2015, os representantes dos 193 Estados-membros da ONU, durante a Cúpula do Desenvolvimento Sustentável, ao tempo em que reconheceram a importância da implementação de ações para a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, sem olvidar do desenvolvimento econômico e da proteção ambiental, adotaram o documento intitulado “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”.

Segundo referido documento, a Agenda é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade. Com seus 17 Objetivos, e suas 169 metas, a Agenda 2030 aborda temas cruciais para permitir o desenvolvimento sustentável e para a garantia dos direitos humanos das presentes e futuras gerações. Os objetivos são integrados e indivisíveis, e mesclam, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.

Constam como Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) a erradicação da pobreza, a garantia de educação de qualidade a todas as pessoas, a promoção da igualdade de gênero e a redução das desigualdades, a adoção de ações contra a mudança global do clima e para a proteção da vida aquática e terrestre, dentre outros, a fim de garantir “uma sociedade mais justa, solidária e equitativa,

em que o bem-estar do meio ambiente, a sociedade e a economia se equilibrem na busca do desenvolvimento e da qualidade de vida para todos” (CAMPELLO, SILVEIRA, 2016, p. 559).

No Objetivo nº 5 da Agenda 2030, os Estados concordam em adotar medidas para alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, a partir da consideração de que a igualdade de gênero não é apenas um direito humano fundamental, mas a base necessária para a construção de um mundo pacífico, próspero e sustentável. Para sua implementação, o ODS indica 9 metas, dentre as quais encontra-se a meta 5.2 que prevê a eliminação de todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas pública e privada, incluindo o tráfico, a exploração sexual e outros tipos de violência.

1.1. A META 5.2 DOS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A IDENTIDADE DE GÊNERO NO BRASIL

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 elenca como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, prevendo, ainda, como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização social e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações de qualquer monta.

Por conseguinte, em que pese não haver menção expressa ao desenvolvimento sustentável em seu corpo, da interpretação conjunta das normas constitucionais, especialmente da alta carga valorativa e normativa dos direitos humanos, é inafastável a conclusão de que a promoção do desenvolvimento sustentável representa um dos escopos essenciais da Carta Cidadã.

Visando sua melhor implementação e capacidade de aferição de resultados, os Objetivos da Agenda 2030 foram adaptados ao contexto brasileiro, conforme documento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, com alterações pontuais que abarcam problemas-chave para o cenário nacional, sem descuidar de seu objetivo principal, qual seja a promoção de uma vida digna para todos, dentro dos limites do planeta.

Nesse sentido, a meta 5.2 foi readequada, buscando “dar visibilidade aos diversos fenômenos sociais que, ao se interseccionarem ao gênero no Brasil, conferem experiências de discriminação e desigualdade diferenciadas entre os mais variados grupos sociais” (MOSTAFA; REZENDE; FONTOURA, 2019).

Conforme redação constante do documento “Agenda 2030 - ODS – Metas nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”, elaborado pelo IPEA (2018, p. 139), consiste a meta 5.2 em:

Eliminar todas as formas de violência de gênero nas esferas pública e privada, destacando a violência sexual, o tráfico de pessoas e os homicídios, nas suas interseções com raça, etnia, idade, deficiência, *orientação sexual, identidade de gênero*, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas (grifo nosso).

Assim, pode-se perceber que a implementação e concretização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável no Brasil, e especialmente da meta 5.2, são influenciadas pelas interseccionalidades de orientação sexual e identidade de gênero, sem as quais não se pode falar em eliminação de todas as formas de violência de gênero no país.

Por essa razão, a afirmação de direitos e a construção de políticas públicas específicas para a população LGBT, notadamente as travestis e transexuais, é caminho inafastável para alcançar o desenvolvimento da sociedade e a prosperidade do Estado Democrático de Direito.

2. A (RE) CONSTRUÇÃO DE UMA IDENTIDADE LGBT NO BRASIL

Conforme os Princípios de Yogyakarta³, compreende-se o termo orientação sexual como a capacidade que cada pessoa possui de vivenciar a atração emocional, afetiva ou sexual, por indivíduos de gêneros diferentes, mesmo gênero ou mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

Ademais, segundo o mesmo documento, identidade de gênero pode ser entendida como a experiência individual que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode concordar, ou não, com o sexo que lhe é atribuído ao nascimento, incluindo o sentimento de corpo (com ou sem alteração cirúrgica), modos de falar, vestimentas e maneirismos.

Ou seja, há várias formas de compreender a sexualidade humana, seja em relação à identidade de gênero ou à orientação sexual. As inter-relações entre sexo biológico, papel de gênero, comportamento sexual e orientação sexual nada mais representam que convenções sociais e relações de poder aplicadas sobre os corpos individuais, que podem variar a partir da influência de elementos que não são diretamente ligados à sexualidade, como a raça e a classe social (FRY, 1982; FACCHINI, 2012).

³ Documento elaborado em 2007, em Yogyakarta/Indonésia, por um grupo de especialistas em Direitos Humanos, que reflete os princípios consolidados de Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

Pensar a sexualidade e o gênero induz à necessária reflexão sobre como as ideias e práticas a elas relacionadas são produzidas historicamente no interior de sociedades concretas em determinado período e de que forma são capazes de construir estigmas que diferenciam determinados indivíduos ou classes de indivíduos pelo compartilhamento de algum traço em comum (GOFFMAN, 2015; FOUCAULT, 2019).

Os modos de manutenção da dominação masculina direcionados às lésbicas⁴, gays⁵, bissexuais⁶, travestis⁷ e transexuais⁸ – hoje reunidos sob a sigla LGBT⁹ – perpassam a estigmatização, a patologização e a criminalização de condutas desviantes da lógica heteronormativa.

O processo de legitimação da violência heterossexista poderia ser decomposto em três núcleos de violência: a simbólica, através da construção de discursos sociais de inferiorização, a institucional, pela adoção de posturas de criminalização e patologização, e a interpessoal, através da violência física e/ou sexual (CARVALHO, 2012; PASSAMANI, 2009).

É nesse contexto que surgem os indivíduos abjetos/obscenos, que revelam aquilo que a sociedade não deseja ver e que, ao adentrar o espaço público, provocam repugnância e repúdio (MISKOLCI, 2012), sendo tanto mais afetados quanto afrontam a norma vigente definida pela equação masculinidade/heterossexualidade/virilidade.

Hoje, a partir de estudos elaborados por teóricos de gênero (BUTLER, 2018; LOURO, 2001; MISKOLCI, 2012; PEREIRA, 2012), é possível trabalhar as problematizações de direitos, gêneros e identidades dentro do arcabouço da chamada teoria *Queer*. Como afirma Pereira (2012, p.373), o movimento ensejado pela autodesignação *Queer* é compreendido como uma variação qualitativa no adjetivo:

⁴ Pessoa que se atrai afetivo-sexualmente por pessoas de gênero igual àquele com o qual se identifica (JESUS, 2012).

⁵ Pessoa que se atrai afetivo-sexualmente por pessoas de gênero igual àquele com o qual se identifica (JESUS, 2012).

⁶ Pessoa que se atrai afetivo-sexualmente por pessoas de qualquer gênero (JESUS, 2012).

⁷ Pessoa que vivencia papéis de gênero feminino, mas não se reconhece como homem ou mulher, entendendo-se como integrante de um terceiro gênero ou de um não-gênero (JESUS, 2012).

⁸ Pessoa que não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento.

⁹ Convencionou-se utilizar, neste trabalho, a sigla LGBT para designar a comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis, tão somente em razão de ser a denominação mais comum na doutrina jurídica e jurisprudência nacionais. Os autores não ignoram a visibilidade e a luta de Intersexuais, Queers, Assexuais, Pansexuais ou outras expressões de orientação sexual e/ou identidade de gênero.

A modificação é localizada numa transição de qualidade considerada negativa para uma positiva. Essa alteração anuncia e reitera os corpos *queer* como possibilidade, produzindo um abalo que introduz, no campo do possível, a diferença que não pode ser assimilada donde seu caráter eminentemente transgressor. Transgressão produzida por gesto político de afirmação das diferenças e de inscrição dos corpos estranhos nos cenários contemporâneos; gesto que confere visibilidade aos invisíveis, realçando os “estranhos internos à sociedade.”

Nessa perspectiva, os corpos *Queer*, neles incluídos os transexuais e travestis, se rebelam contra a própria construção de corpos normais/anormais, em uma subversão das normas de subjetivação vigentes (PEREIRA, 2012). Com isso quer se dizer que a Teoria *Queer* enaltece as identidades de indivíduos marcadamente diferentes na sociedade cisnormativa heterossexual para garantir a sua dignidade enquanto humanos.

Vê-se, então, que a diferença é percebida e ressignificada a partir do reconhecimento do “outro” como aquele/a portador/a de uma complexa teia de significados histórico-culturais responsáveis pela constituição de suas identidades. A identidade é construção cultural, relacional, provisória, marcada pela diferença por meio de símbolos e só adquire sentido por meio da linguagem e dos sistemas simbólicos pelos quais são representados (LOURO, 2008), dentre eles os direitos¹⁰ (BUTLER, 2018).

Em que pese a curiosidade epistemológica que ronda os férteis terrenos da Teoria *Queer*, não é objetivo deste trabalho investigá-la em profundidade, mas, sim, embeber-se de seus conceitos para analisar a lenta e gradual conquista de direitos para a comunidade LGBT no Brasil, especialmente após 1988.

Inicialmente, ressalta-se que o lugar ocupado pelas vivências LGBT na América Latina sempre foi o marginal. Desde a época da colonização, a regulação e vigilância dos corpos sexuados foi uma característica fundamental da distinção entre selvagens/civilizados. E mesmo após o fim da colonização, tais marcas ainda são latentes na comunidade civil/estatal. De fato, conforme destaca Passamani (2009), a grande influência cristã imposta aos países do “novo mundo” contribuiu para a formação de sociedades moralistas e conservadoras.

No Brasil, a repressão às práticas homoeróticas já se fazia presente durante a colonização, a partir da aplicação das Ordenações Portuguesas que puniam

¹⁰ Conforme observa Butler (2018), os sistemas jurídicos de poder produzem os sujeitos que subsequentemente passam a representar. Assim, em virtude de a elas estarem condicionados, os sujeitos regulados por tais estruturas são formados, definidos e reproduzidos de acordo com as exigências das normas jurídicas.

com a morte o “pecado nefando¹¹”. Não obstante a descriminalização no Código Penal do Império, de 1830, a punição aos atos homossexuais ou identidades de gênero desviantes perduraram nos Códigos Penais militares, somente ocorrendo a revogação implícita da norma penal incriminadora a partir da Constituição Federal de 1988 (RIOS, 2015).

A virada do século XIX para o século XX constituiu um momento de transformações estruturais para o Brasil, principalmente em razão da instauração do regime Republicano, em 1889. Nas primeiras décadas da República, a homossexualidade passou a ser encarada sob a perspectiva clínica¹². Com o gradual afastamento entre Estado e Igreja, substituiu-se a visão do “pecado nefando” pelo tratamento médico-legal – enquanto transtornos mentais – das diferentes orientações sexuais e identidades de gênero, visando a enfoques mais rigorosos e menos subjetivos. Abandonando os métodos da inquisição, adota-se nesse período o controle moral e sexual em nome da ciência, a qual supostamente teria uma aura de neutralidade (TREVISAN, 2018; FOUCAULT, 2019).

Dessa forma, médicos psiquiatras e juristas uniram-se para conferir perspectiva médica à homossexualidade, alegando “que esse assunto não era uma questão meramente moral, religiosa ou policial, mas algo que também requeria a ação de profissionais cujo objetivo era atentar para os riscos dessa ‘doença’ social e pessoal” (GREEN, 2003, p. 22). Assim, o Direito apropriou-se do discurso médico, a fim de, ao mesmo tempo, punir e “curar” aqueles que não respeitassem os comportamentos e práticas sexuais padronizados.

Na segunda metade do século XX, governos militares autoritários ascenderam ao poder em diversos países da América Latina e também no Brasil, a partir de 1964, contribuindo para a perseguição e ocultação da população LGBT. Dessa forma, novos arranjos voltados à estigmatização e segregação dos homossexuais foram articulados.

Embora não tenha ocorrido uma política de Estado formal voltada à eliminação de homossexuais, o regime autoritário adotou valores conservadores para a formulação da doutrina da segurança nacional, utilizando subterfúgios para a perseguição às sexualidades não-hegemônicas (GREEN, QUINALHA, 2019).

Nada obstante, é curioso notar que os primeiros passos de um movimento homossexual brasileiro organizado tenham sido dados justamente sob a vigência

¹¹ Nome utilizado para se referir às relações homossexuais, advinda do termo latino *nefandus*, ou “o que não pode ser dito” (VAINFAS, 2014).

¹² O termo “homossexual” foi lançado pela primeira vez em 1869, na Alemanha, pelo médico austro-húngaro Karl Maria Kertbeny, e desde então amplamente utilizado pela ciência, inclusive no Brasil (TREVISAN, 2018, p. 173).

de um regime autoritário ditatorial. Conforme expõe Renan Honório Quinalha (2017, p. 227):

Mesmo sob o fardo da marginalização e da estigmatização acentuadas pelo regime, os homossexuais começaram a se organizar no sentido de articular um discurso e uma prática de liberação não apenas deles próprios, mas também dos demais grupos vulneráveis que ficavam às margens do projeto de abertura política então em curso.

A lenta redemocratização iniciada a partir do final da década de 1970 possibilitou, aos poucos, a formação política do Movimento Homossexual Brasileiro. Com um auxílio decisivo de uma imprensa alternativa e de um circuito de arte “marginal”, o Movimento adotou uma retórica de “libertação sexual”, que conferiu a singularidade desse ator político no processo de redemocratização¹³ (QUINALHA, 2017).

Após a retomada democrática, e sob a perspectiva normativa, construiu-se um arcabouço jurídico que repudia a intolerância. De fato, a Constituição Federal de 1988 consagra como núcleo do sistema jurídico o respeito à dignidade humana e a busca pela igualdade e isonomia, proibindo a discriminação contra indivíduos LGBT e posturas homotransfóbicas (DIAS, 2010; RIOS, 2007). A garantia do livre exercício da sexualidade passou a ser entendida como integrante das “três gerações de direitos porque está relacionada com os postulados fundamentais da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana” (FACHIN *apud* DIAS, 2009, p. 100).

Não por outro motivo, a Carta Magna de 1988 constitui como um dos objetivos fundamentais da república (art. 3º, IV), a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, incluindo-se, aqui, aquela motivada por orientação sexual e/ou identidade de gênero, além de eleger como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Além do arcabouço jurídico-normativo de proteção às pessoas LGBT pós 1988, a jurisprudência nacional também avançou democraticamente no campo da sexualidade e das relações de poder entre os gêneros, tendo aportado aos tribunais brasileiros, a partir de meados dos anos 1990, os primeiros litígios judiciais desafiando a discriminação sexual (RIOS, 2015). É possível ser observada uma (r) evolução jurisprudencial em temas que o Poder Legislativo conduz a passos muito lentos, sobretudo no que diz respeito ao reconhecimento de direitos à

¹³ Sobre o assunto, ver: SOUZA, Rafael de. *Saindo do gueto: o Movimento Homossexual no Brasil da abertura, 1978-1982*. 2013. (Dissertação de Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2013.

comunidade LGBT no Brasil (RIOS; ÁVILA, 2016).

Nesse ponto, pode-se citar o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.277-DF), na qual restou consignada a tese de que os direitos sexuais, seja no plano da identidade de gênero, seja na orientação sexual, estariam incluídos na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, tendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, o Tribunal Constitucional reconheceu, de forma exemplar, ao final do julgamento da ADI nº 4275/DF, no ano de 2018, o direito à modificação do prenome e do gênero da pessoa no registro civil, independentemente de procedimentos de transgenitalização. A decisão é assim ementada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES.

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.
2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.
3. *A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.*
4. Ação direta julgada procedente. (grifo nosso).

Ainda, ressalta-se a recente decisão paradigmática exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, onde restou consignado que a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, enquadram-se nos tipos penais da Lei n. 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor.

Na decisão, concluiu-se que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social¹⁴, na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. Além disso, tais comportamentos caracterizam-se como atos de discriminação infundada e ofensa a direitos e liberdades fundamentais daquele grupo vulnerável.

No entanto, em que pesem as evoluções normativas e jurisprudenciais, e especialmente o caráter protetivo e garantidor da dignidade da pessoa humana expresso na Constituição Federal de 1988, ainda é latente o cenário de preconceito, discriminação e assalto moral infligido à comunidade LGBT no país.

3. A VIOLÊNCIA DE GÊNERO DIRECIONADA ÀS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS: UM OBSTÁCULO À PLENA REALIZAÇÃO DA META 5.2 DOS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Conforme já destacado, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável foram adequados à realidade nacional, visando à sua melhor implementação e concretização. Assim, a meta 5.2, que prevê, no âmbito da ONU, a eliminação de todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos, foi modificada para incluir as interseccionalidades com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade.

Nesse sentido, percebe-se que combater as altas taxas de violência de gênero de que são vítimas as travestis e mulheres transexuais no Brasil é essencial para a concretização do desenvolvimento sustentável no país.

3.1. REFLEXÕES ACERCA DA IDENTIDADE DE GÊNERO E A VIOLÊNCIA CONTRA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NO BRASIL

Conforme já discutido no capítulo anterior, a heteronormatividade e a cisnormatividade¹⁵ têm sido adotadas pelos grupos sociais dominantes como o modelo “ideal, natural e esperado” no campo da sexualidade humana, impondo um sistema binário de sexo (masculino/feminino) e gênero (homem/mulher).

¹⁴ Para mais, ver: STF, HC 82.424/RS (caso Ellwanger).

¹⁵ O prefixo “cis” representa a conformação de um indivíduo com sua identidade de gênero e o seu sexo biológico. Assim, por exemplo, um homem é cisgênero se seu sexo biológico e sua identidade de gênero forem masculinas, independentemente da orientação sexual que tenha. A cisnormatividade é a tendência social imposta pela classe dominante de que toda identidade de gênero adequa-se ao sexo biológico, promovendo o apagamento e estigmatização de pessoas transgênero (cuja identidade de gênero não se adequa ao sexo biológico).

Tal ordem sexual compulsória apresenta papéis bem definidos para cada gênero, punindo severamente aqueles indivíduos que ousam discordar de seus mandamentos.

Conforme expõe Facchini (2012, p. 24), é possível notar processos de classificação e de hierarquização que estabelecem um padrão “normal” da sexualidade, à custa da estigmatização e degradação da diversidade sexual. A violência direcionada a esses corpos diversificados encontra fundamento na necessidade de punir aqueles que, com suas identidades, expressões, comportamentos e corpos, teoricamente, divergem da binariedade tradicional do gênero e dos papéis sociais a cada um deles atribuídos.

Assim, conforme observado pelo Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes da ONU, as pessoas LGBT são vítimas em proporção excessiva a torturas e outros tratamentos cruéis porque não se adequam ao socialmente esperado de um ou outro sexo, tendo a discriminação por efeito a desumanização da vítima (ONU, 2013). Quem não corresponde a um dos gêneros binários estabelecidos é tido como “menos humano” pela sociedade e pelo próprio sistema jurídico, que está baseado nesse binarismo (RIOS; RESADORI, 2018).

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em relatório intitulado *Violência contra pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas* (2015), aponta que as violências são mais sentidas nas travestis e mulheres transexuais. Segundo o relatório:

A maioria das mulheres trans estão imersas num ciclo de violência, discriminação e criminalização que geralmente começa desde muito cedo, pela exclusão e violência sofrida em seus lares, comunidades e centros educacionais. Esta situação é agravada pela ausência, na maioria dos países da região, de disposições legais ou administrativas que reconheçam sua identidade de gênero. Além disso, segundo a informação recebida e os dados produzidos pela CIDH, a maioria das mulheres trans assassinadas tem menos de 35 anos de idade e são especialmente vulneráveis à violência perpetrada pelas forças de segurança do Estado, encarregadas de fazer cumprir a lei.

Vê-se que a violência infligida à comunidade trans, incluídas as travestis e transexuais, é mais fortemente vivenciada quando comparada às vividas por outras identidades da sigla LGBT. As agressões perpassam por diversos núcleos, atingindo desde discursos de patologização¹⁶ até violações psicológicas, físicas e sexuais.

¹⁶ O chamado “transtorno de identidade de gênero”, definição que considerava como doença mental a situação de pessoas transexuais, somente foi removida da Classificação Internacional de Doen-

Conforme aponta Jesus (2012, p. 113), as violações a pessoas travestis e transexuais têm em comum o fato de serem caracterizadas como crimes de ódio, motivados, em regra, por preconceito contra alguma característica da pessoa agredida que a identifique como pertencente a um grupo socialmente vulnerável. Outro ponto em comum é a hediondez, com a adoção de práticas humilhantes e exageradas, como espancamentos públicos, esfaqueamentos, apedrejamentos, dentre outros.

A triste título de exemplo, rememora-se o linchamento e homicídio da travesti Dandara Kettlyn de Velasques (Dandara dos Santos), em 15 de fevereiro de 2017, no Ceará. Em vídeo publicamente compartilhado na rede mundial de computadores, é possível ver um grupo de homens agredindo-a, em pleno dia, com chutes, socos, pedras e pedaços de madeira, posteriormente carregando a vítima, já desacordada, em um carrinho de mão, para então assassiná-la com tiros de revólver.

Em que pese a crueldade dos crimes motivados pela transfobia, é de se notar a falta da coleta e sistematização de dados oficiais da violência contra essa população específica por parte do Estado, denunciadas, quase que exclusivamente, pela mídia e por relatórios e dossiês realizados por organizações da sociedade civil. Dessa forma, é fácil concluir que os casos de homicídios de travestis e transexuais podem ser facilmente subnotificados, dificultando a formulação de políticas públicas específicas.

De fato, frequentemente são veiculados nas mídias jornalísticas casos de violência extrema direcionadas a travestis e transexuais, revelando a clara motivação de ódio pela transgressão do gênero que esses indivíduos representam.¹⁷

Além disso, conforme o Dossiê sobre os assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019, elaborado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil – ANTRA, foram confirmadas informações de 124 assassinatos de pessoas trans em 2019. O dossiê revela que, entre os anos

ças (CID-11), da Organização Mundial da Saúde, em 25 de maio de 2019. Para saber mais, ver: <https://nacoesunidas.org/oms-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁷ “Morre transexual que foi esfaqueada no centro de Aracaju” - <https://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2018/10/19/transexual-e-esfaqueada-no-centro-de-aracaju.html>. Acesso em 16 fev. 2020.

“Corpo de travesti é encontrado acorrentado em cachoeira no interior do Ceará” - <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2020/02/14/corpo-de-travesti-e-encontrado-acorrentada-em-cachoeira-no-interior-do-ceara.html>. Acesso em: 16 fev. 2020.

“Travesti encontrada morta com ferimento no pescoço tinha 30 anos” - <https://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/travesti-encontrada-morta-com-ferimento-no-pescocotinha-30-anos>. Acesso em: 16 fev. 2020.

de 2017 a 2019, 466 pessoas trans foram assassinadas em território nacional, sendo São Paulo, Bahia e Ceará os estados com maior número de casos.

Os crimes são praticados majoritariamente nas ruas de centros urbanos e em zonas de prostituição, o que é mais um reflexo da violência perpetrada contra essa comunidade, uma vez que lhes é comumente negado o acesso ao mercado formal de trabalho e à educação média e de nível superior. A idade das vítimas também é um fator de alerta; em 2019, a média de idade das vítimas era de 29,7 anos. O dossiê aponta que expectativa de vida das travestis e transexuais femininas seja de apenas 35 anos de idade, enquanto a dos demais brasileiros, segundo o IBGE, é de 76,3 anos.

Ademais, dados divulgados pela Rede Trans Brasil, organização social que monitora as informações acerca da violência contra pessoas transexuais, revelam que, entre os anos de 2018 e 2019, 255 pessoas travestis e transexuais foram assassinadas em território nacional (Rede TRANS, 2019). Ainda, a organização internacional Transgender Europe, destaca que o Brasil ocupa o primeiro lugar entre os países em que há mais mortes de pessoas transgêneros, tendo sido registrados 1238 casos em um período de 10 anos (2008-2018).

O que se pode concluir dos fatos supramencionados é que a comunidade LGBT, e, neste caso, especialmente as travestis e transexuais femininas, é vítima de continuadas violações de seus direitos humanos e de inaceitável tratamento preconceituoso e excludente, não só pela sociedade, mas também pelo Estado, que frequentemente se furta à construção de políticas públicas específicas para a proteção dessa população.

3.2. O OBSTÁCULO À CONCRETIZAÇÃO DA META 5.2. DOS ODS NO BRASIL FRENTE À VIOLÊNCIA DE IDENTIDADE DE GÊNERO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

Inicialmente, ressalta-se que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, que tem por um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, conforme insculpido na Constituição Federal de 1988. Assim, os Poderes da República – Legislativo, Executivo e Judiciário –, devem agir de forma harmoniosa e eficiente para a concretização dos direitos fundamentais a todos os brasileiros.

Por ter adotado um regime democrático, que tem por características elementares o pluralismo de ideias e a diversidade de visões de mundo, percebe-se que, na República Federativa do Brasil, não deve haver espaços de proteção propositalmente deficientes a determinados grupos sociais, justamente porque o objetivo principal de um Estado de Direito é a formação de uma comunidade inclusiva de cidadãos, que se sintam livres e protegidos para o desenvolvimento de suas potencialidades.

Nada obstante, no que toca à comunidade LGBT, constata-se flagrante ausência de políticas públicas específicas voltadas à proteção de seus integrantes contra as vicissitudes sociais causadas por sua orientação sexual e identidade de gênero divergentes. Malgrado o amplo cenário de violência física, moral e social a que estão sujeitas, conforme já apontado neste texto, não há medidas recentes, por parte do Estado, concretas e eficazes para reverter esse quadro de exclusão.

No âmbito do Poder Executivo Federal, foi criado em 2004 o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra LGBT, intitulado “Brasil Sem Homofobia”, voltado à promoção da cidadania de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais, a partir da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas. Foi o primeiro documento oficial voltado ao combate à violência contra indivíduos LGBT e à impunidade dos crimes de ódio praticados em razão da orientação sexual e da identidade de gênero.

Posteriormente, em outubro de 2009, foi criada a Coordenação-Geral de Promoção dos Direitos Humanos LGBT, no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos. Em 2010, instituiu-se o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT, por meio do Decreto n. 7.388/2010, cuja finalidade é a elaboração de diretrizes para a ação governamental nacional em matéria de direitos da população LGBT.

No entanto, conforme expõe Bruna Andrade Irineu (2014), a existência de planos e programas traduz o ineditismo das políticas públicas LGBT, porém a execução de forma efetiva destes está aquém da eficácia. Em que pesem as ações já desenvolvidas no passado, percebe-se uma carência de novas políticas públicas de âmbito nacional, voltadas à diminuição do preconceito contra orientações sexuais e identidades de gênero diversas e à promoção do direito à diversidade e outros direitos humanos LGBT.

Por outro lado, no âmbito do cumprimento dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), vê-se que a efetivação das metas voltadas à proteção de travestis e transexuais também caminha a passos muito lentos, com pouca efetividade real.

Em 2017, o governo brasileiro apresentou o primeiro Relatório Nacional Voluntário sobre os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, tendo por objetivo sistematizar e tornar transparente para a sociedade brasileira e para os demais países as ações que estavam sendo desenvolvidas pelo Brasil para o cumprimento da Agenda 2030. No entanto, o documento não fez menção, em nenhum momento, a aspectos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero.

No ano de 2018, a Comissão Nacional para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (CNODS)¹⁸, divulgou um relatório oficial retratando as atividades do

¹⁸ Por meio do Decreto n. 8.892/2016, foi constituída a Comissão Nacional para os Objetivos do

grupo no biênio 2017-2018 para a implementação da Agenda 2030. Ainda que o documento se voltasse a destacar as ações mais globais da CNODS, não se verificou quaisquer atividades específicas voltadas à redução do preconceito e estigmatização de mulheres travestis e transexuais.

Ainda, em consulta à página oficial dos ODS no Brasil, mantida pelo IBGE, onde constam os indicadores brasileiros para os ODS, não há dados referentes à concretização da meta 5.2., que visa eliminar todas as formas de violência de gênero nas esferas pública e privada, destacando a violência sexual, o tráfico de pessoas e os homicídios, nas suas intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas.

O governo nacional não apresentou dados oficiais referentes aos ODS no ano de 2019, recusando-se a lançar o Relatório Nacional Voluntário na ONU¹⁹. Diante disso, analisou-se o “III Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável”, elaborado pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, organização civil que atua na difusão, promoção e monitoramento da Agenda 2030 no país.

O relatório aponta a falta de atenção à temática de identidade de gênero pelo Governo Federal, destacando mudanças no Ministério da Saúde, que permitiriam que o Estado se desresponsabilizasse, gradualmente, de fornecer respostas efetivas ao combate do HIV/aids e outras Infecções Sexualmente Transmissíveis, que possuem grande abrangência na população LGBT, especialmente travestis e transexuais. Relata, ainda, a preocupante ascensão do projeto intitulado “Escola sem Partido”, que visa proibir a discussão de temas como a livre orientação sexual e identidade de gênero, questões chave para a consecução da meta 5.2., cuja abordagem exige foco em combate ao estigma e ao preconceito.

A implementação de políticas públicas de combate à homofobia e de promoção da cidadania da população LGBT esbarra em algumas problemáticas enunciadas por Melo et al. (2010, p. 6):

- a) *a inexistência de legislação federal referente à população LGBT*, que assegure direitos civis (como os relativos à conjugalidade e à parentalidade e à alteração de nome e sexo nos documentos de registro de pessoas

Desenvolvimento Sustentável (CNODS), que tem como propósito atuar no processo de articulação entre os entes federativos e a sociedade civil para a implementação dos ODS no país. Para isso, conta com a participação de representantes dos três níveis de governo e de diversos setores da sociedade civil.

¹⁹ Para mais, ver: <https://jamilchade.blogosfera.uol.com.br/2019/05/16/governo-se-retira-de-sabatina-na-onu-sobre-sua-politica-social/>. Acesso em: 17 fev. 2020.

travestis e transexuais) e a constatação de que *os poucos atos normativos, em nível federal, assumem a forma de decretos, portarias, regulamentos, recomendações, instruções* (atos normativos secundários, oriundos do Poder Executivo), dotados de menor “força” normativa, quando comparados a leis;

b) *a grande quantidade de projetos de lei, especialmente em nível federal, que se perde no meio do processo legislativo e quase nunca vai à discussão e votação* – geralmente em face da atuação de parlamentares e de grupos da sociedade civil vinculados a ideologias religiosas fundamentalistas e homofóbicas, que insistem em negar a legitimidade das demandas da população LGBT – e, até hoje, nunca chegaram a virar leis e ter existência concreta no mundo jurídico; e

c) *a dificuldade de se assegurar validade e eficácia aos atos secundários* – portarias, instruções, regulamentos etc. - quando o assunto é a garantia de direitos à população LGBT, devido à sua hierarquização inferior diante das leis. Grifou-se.

De fato, no âmbito do Poder Legislativo, percebe-se que o andamento de Projetos de Lei que prevejam a garantia de direitos à comunidade LGBT é constantemente obstado por parlamentares conservadores, tornando extremamente lenta a discussão sobre as temáticas de orientação sexual e identidade de gênero.

Não por outro motivo, conforme fundamentação do voto do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF), já comentada neste texto, o Congresso Nacional, decorridos mais de 30 anos da promulgação da Carta Política de 1988, se absteve de editar ato legislativo tendente a criminalizar comportamentos de discriminação em razão da orientação sexual e/ou identidade de gênero, adotando inúmeras manobras regimentais para impedir a tramitação de projetos dessa natureza.

Por todo o exposto, a partir do paralelo entre os altos índices de violência contra mulheres travestis e transexuais e as poucas, e por vezes inefetivas, ações do Poder Público direcionadas à proteção da comunidade LGBT, pode-se concluir que, no atual estágio de (não) desenvolvimento de políticas públicas específicas, a concretização da meta 5.2 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável não se mostra factível.

CONCLUSÃO

O pensamento naturalizado quando se reflete sobre a sexualidade é que gênero, sexo biológico e orientação sexual estão irremediavelmente ligados.

Assim, reconhece-se como natural e normal que um indivíduo que possua um órgão genital masculino adote as posturas sociais relacionadas ao homem e sinta atração afetiva pelo sexo oposto àquele designado por seu órgão genital, por exemplo. No entanto, apesar das expectativas, no campo da sexualidade, convive-se com uma grande diversidade.

Considerando o advento dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, especialmente o de n. 5, que prevê o alcance da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, bem como a adaptação dos ODS ao cenário nacional, questionou-se no presente trabalho se a violência de gênero direcionada às travestis e transexuais femininas é um obstáculo à realização no Brasil da meta 5.2 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Demonstrou-se, em um primeiro momento, que o pleno desenvolvimento sustentável somente será realizado se a igualdade de gênero entre homens e mulheres for alcançada, objetivo que deve perpassar pelas interseccionalidades de identidade de gênero para que possa ser inteiramente efetivado.

No Brasil, o reconhecimento da identidade LGBT e a garantia de direitos a essa comunidade de indivíduos marginalizados ainda é muito recente, tendo os movimentos sociais começado a se organizar a partir de 1980. Após o advento da Constituição Federal de 1988 reconhece-se que a livre orientação sexual e identidade de gênero são direitos fundamentais de todos os indivíduos, derivados diretamente da dignidade da pessoa humana.

No entanto, ainda é alarmante o cenário de violência a que são acometidas a população LGBT, tendo nas travestis e transexuais a sua face mais vulnerável. Além das dificuldades de acesso à educação e de entrada no mercado de trabalho formal, a comunidade trans é massivamente assassinada no país, em crimes brutais que revelam o ódio pela diferença.

Em que pese tal cenário, os Poderes Executivo e Legislativo federais não atendem de forma satisfatória à obrigação de proteção dos direitos fundamentais da população transexual, considerando as poucas, e por vezes inefetivas, políticas públicas, bem como projetos de lei repetidamente obstados. Não há sequer mecanismos oficiais para contabilizar os casos de violência sofridos pela população Trans, o que dificulta sobremaneira a construção de políticas públicas específicas. A exceção tem ficado, por vezes, no Poder Judiciário, que vem adotando posições favoráveis à garantia dos direitos da comunidade LGBT no Brasil.

Dessa forma, em atenção às metas do Objetivo n. 5 do Desenvolvimento Sustentável, notadamente a meta 5.2, é inevitável a conclusão de que as altas taxas de violência baseada no gênero de que são vítimas as travestis e transexuais

brasileiras, aliadas às poucas ações governamentais para impedir tais agressões, configuram um obstáculo para a completa efetivação do desenvolvimento sustentável no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ANTRA. *Dossiê assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019*. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2020, 80p.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*, volume 1: fatos e mitos. Rio de Janeiro Editora Nova Fronteira, 2016.
- BRASIL. *Relatório Nacional Voluntário sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Brasil 2017*. Secretaria de Governo da Presidência da República, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. – Brasília: Presidência da República, 2017.
- BRASIL. *Agenda 2010 – ODS – Metas Nacionais dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável*. Brasília: Ipea, 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2018.
- CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. *Mecanismos de controle e promoção do cumprimento dos tratados ambientais no marco da solidariedade internacional*. 2013. (Tese de doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.
- CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. Educação para o desenvolvimento sustentável (EDS) e o greening das universidades. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 549-572, mai./ago. 2016.
- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia Queer. *Sistema Penal e Violência* – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul./dez. 2012.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Violência contra pessoas lésbicas, bissexuais, trans e Intersexo nas Américas*. 2015.
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Princípios de Yogyakarta* – Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, 2006.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Relatório Brundtland*. 1987.
- CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. *Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- ELKINGTON, John. *Sustentabilidade: canibais com garfo e faca*. São Paulo: M.Books do Brasil Editora, 2012.
- FACHIN, Luís Edson. Elementos Críticos do direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. In: DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACCHINI, Regina. Sexualidade, sociedade e diferenças: refletindo sobre a discriminação e a violência contra LGBT no Brasil. In: PASSAMANI, G. R. *(Contra) Pontos: ensaios de gênero, sexualidade e diversidade sexual. O combate à homofobia*. Campo Grande: Editora UFMS, 2012. v. 1. 176p.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2019

FRY, Peter. Da hierarquia à igualdade: a construção histórica da homossexualidade no Brasil. In: FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 87-115.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

GREEN, James. A luta pela igualdade: desejos, homossexualidades e a esquerda na América Latina. *Arquivo Edgard Leuenroth – Centro de Pesquisa e Documentação Social*, Campinas, v. 18, p. 13-39, 2003.

GREEN, James; Quinalha, Renan Onório. *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: Editora UFSCAR, 2019.

GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. *III Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2019/08/relatorio_luz_portugues_19_download_v3.pdf. Acesso em 10/02/2020.

IRINEU, Bruna Andrade. 10 anos do programa Brasil sem Homofobia: notas críticas. *Revista Temporais*, Brasília, v. 14, n. 28, p. 193-220, jul./dez. 2014.

JESUS, Jaqueline Gomes. Transfobia e crimes de ódio: assassinatos de pessoas transgênero como genocídio. *Revista História Agora*, [S. l.], v. 16, p. 101-123, 2014.

LIMA, Rafaela de Deus. CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. O Princípio da Cooperação Internacional em face às fronteiras planetárias. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n. 2, p. 331-356, mai./ago. 2018.

LOURO, Guacira Lopes. Teoria Queer: uma política pós-identitária para a educação. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 2, p. 541-553, 2001.

LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2008, 90p.

Mello, Luiz; MAROJA, Daniela; BRITO, Walderes. Políticas Públicas para população LGBT no Brasil: um mapeamento crítico preliminar. In: FAZENDO GÊNERO – Diásporas, Diversidades, Deslocamentos, 9., 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: UFSC, 2010.

MISKOLCI, Richard. *Teoria queer: um aprendizado pelas diferenças*. 2. ed. São Paulo: Editora Autêntica, 2012.

MOSTAFA, Joana; REZENDE, Marcela; FONTOURA, Natália. *Cadernos ODS - ODS 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas: o que mostra o retrato do Brasil?* Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2019.

ONU. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf. Acesso em 14/02/2020.

ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*, 1986.

ONU. *Relatório do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de fevereiro de 2013, p. 79.

PASSAMANI, Guilherme Rodrigues. *O arco-íris (des) coberto*. Santa Maria: Editora UFSM, 2009.

PEREIRA, Pedro Paulo Gomes. Queer nos trópicos. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCAR*, São Carlos, v. 2, n. 2, p. 371-394, jul./dez. 2012.

QUINALHA, Renan Honório. *Contra a moral e os bons costumes: a política sexual da ditadura brasileira (1964 - 1988)*. 2017. (Tese de Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

REDE NACIONAL DE PESSOAS TRANS DO BRASIL (REDE TRANS BRASIL). *A Exclusão das Identidades e das Existências de Pessoas Trans – da Morte Social à Morte Física – Monitoramento: Assassinatos e Violação de Direitos Humanos de Pessoas Trans no Brasil – Dossiê*, 2019.

RIOS, Roger Raupp. *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIOS, Roger Raupp. Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos direitos sexuais no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, p. 331-353, 2015.

RIOS, Roger Raupp; ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Mutação constitucional e proibic o de discriminação por motivo de sexo. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 21-47, 2016.

RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. Autodeclaração e proibic o de discriminação: identidades sexuais e de gênero. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4  Região*, Porto Alegre, v. 9, p. 107-123, 2018.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra. Direito e Desenvolvimento no Brasil do século XXI: uma análise da normatização internacional e da constituição brasileira. In: SILVEIRA, V. O.; NASPOLINI SANCHES, S.; COUTO, M. B. (Org.). *Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: IPEA/CONPEDI, 2013. v. 1. p. 123-150.

STF, Tribunal Pleno, *ADI 4277/DF*, Relator Min. Ayres Britto, Julgamento: 05.05.2011, DJe: 01/12/2014.

STF, Tribunal Pleno, *ADI 4275/DF*, Relator Min. Marco Aurélio, Julgamento: 01.03.2018, DJe: 07.03.2019.

STF, Tribunal Pleno, *ADIN 26/DF*, Relator Min. Celso de Mello, Julgamento: 13.06.2019.

TRANSGENDER EUROPE. *Trans Murder Monitoring*. 2018. Disponível em: https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/11/TvT_TMM_TDoR2018_Tables_EN.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da col nia   atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2018

VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

RACISMO, LUTA ANTIRRACISTA E OS MOVIMENTOS SOCIAIS NEGROS: O CRIME DE RACISMO EM DEBATE

RACISM, ANTI-RACIST FIGHT AND THE BLACK MOVEMENTS: THE CRIME OF RACISM IN DISCUSSION

Cristiane Westrupp

Graduada em Administração pela Escola Superior de Criciúma (ESUCRI), Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), integrante do Núcleo de Estudos de Gênero e Raça (NEGRA/UNESC), e bolsista PIBIC CNPq/UNESC.

Fernanda da Silva Lima

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesc (Mestrado em Direito). Professora titular da disciplina de Direitos Humanos na UNESC. Vice-líder do Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Relações Raciais e Feminismo[s]. Integrante do NEAB/UNESC (Núcleo Núcleo de Estudos Étnico-Raciais, Afrobrasileiros, Indígenas e Minorias). Pesquisadora na área de Direito Público com linha de pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e novos direitos com interesse nos seguintes temas: relações raciais, feminismo negro, reconhecimento e decolonialidade.

Submetido em: 08/07/2020

Aprovado em: 19/09/2020

Resumo: Este artigo tem como objetivo compreender a luta antirracista e situar o debate sobre o crime de racismo a partir da trajetória de luta dos movimentos sociais negros. A definição de raça trazida no texto guarda referência com o colonialismo, o projeto de expansão e dominação europeia sobre os demais povos colonizados. O racismo é compreendido como uma estrutura de poder, estruturado e institucionalizado no âmago da sociedade brasileira desde o período colonial e escravocrata, sendo também modelado e legitimado pelo Direito e pelas instituições jurídicas durante e no pós-abolição. O texto apresenta como problemática: Verificar como o Coletivo Chega de Racismo de Criciúma/SC atua nos casos de crimes de racismo e qual a percepção dos seus membros sobre o tema na luta antirracista? Para responder ao problema de pesquisa o texto está estruturado em três partes: a) estudar o racismo a partir das teorias raciais estabelecidas no Brasil, o conceito de raça como fator sociológico de descrição e análise das relações raciais; b) compreender o sistema penal e o crime de racismo a partir do campo da Criminologia Crítica, reconhecendo

os mecanismos de seletividade penal que atuam sobre os corpos negros e a operacionalidade do sistema penal brasileiro; e c) analisar a atuação do Coletivo Chega de Racismo do município de Criciúma e sua contribuição para que os direitos da população negra sejam assegurados na ocorrência das denúncias dos crimes de racismo e que atuam. O trabalho possui método dedutivo, procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica, documental e entrevista semi-estruturada.

Palavras-chave: Crime de racismo; Luta antirracista; Movimento Negro; Racismo.

Abstract: *This article aims to understand the anti-racist struggle and the discussion about the crime of racism from the struggle trajectory of black social movements. The definition of race brought in the text has reference to colonialism, the project of expansion and European domination over the other colonized peoples. Racism is understood as a power structure, structured and institutionalized in Brazilian society since the colonial and slavery period, it is also modeled and legitimized by law and legal institutions during and after the abolition of slavery. The text presents as problematic: To verify how the Collective Enough of Racism (Coletivo Chega de Racismo in portuguese) de Criciúma / SC acts in cases of racism crimes and what is the perception of its members on the theme in the anti-racist struggle? To answer the research problem, the text is structured in three parts: a) to study racism from racial theories in Brazil, the concept of race as a sociological factor of description and analysis of race relations; b) understand the penal system and the crime of racism from the field of Critical Criminology, recognizing the mechanisms of criminal selectivity that act on black people and the operation of the Brazilian penal system; c) to analyze the Collective Enough of Racism in the municipality of Criciúma and its contribution so that the rights of black people are ensured in the occurrence of complaints of crimes of racism and that they act. The work has a deductive method, monographic procedure and bibliographic and documentary research technique and semi-structured interview.*

Keywords: Racism crime; Anti-racist struggle; Black Movement; Racism.

SUMÁRIO: Introdução. 1. As relações raciais no Brasil e a compreensão do racismo estrutural; 1.1. Os movimentos sociais negros e a luta antirracista. 2. O racismo e a sua tipificação penal: racismo é crime e agora? 3. A atuação do Coletivo Chega de Racismo na luta antirracista; Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O racismo é elemento estruturante da construção de subjetividades na sociedade brasileira marcada pela ideia da superioridade das pessoas brancas em relação às pessoas negras. Atualmente segue forjado pela difusão do mito da democracia racial. No Brasil a lógica da Casagrande & Senzala ainda não foi superada e a abolição formal da escravidão não se converteu materialmente em humanização e cidadania para a população negra, muito pelo contrário. Segue a população negra sendo colocada à margem, excluída e estigmatizada socialmente, dificultando assim o direito à cidadania plena.

Nesse sentido, o conceito de raça, embora desconstruído sobre o prisma biológico, ainda é um conceito descritivo e analítico das relações sociais. Importante ressaltar que na construção da subjetividade, pessoas brancas são consideradas universais e desracializadas, afirmadas como norma ao passo que

pessoas negras são a sua antítese: o diferente, o outro, a exceção. Diferença esta transformada em desigualdade, desumanização e exclusão. O racismo, sistematizado nos múltiplos arranjos sociais, não permite reconhecer as pessoas negras como sujeitos(as) de direitos.

Este artigo tem como objetivo compreender a luta antirracista e situar o debate sobre o crime de racismo a partir da trajetória de luta dos movimentos sociais negros. Apresenta como problemática: Verificar como o Coletivo Chega de Racismo de Criciúma/SC atua nos casos de crimes de racismo e qual a percepção dos seus membros sobre o tema na luta antirracista?

Para responder ao problema de pesquisa o texto está estruturado em três partes: a) estudar o racismo a partir das teorias raciais estabelecidas no Brasil, o conceito de raça como fator sociológico de descrição e análise das relações raciais; b) compreender o sistema penal e o crime de racismo a partir do campo da Criminologia Crítica, reconhecendo os mecanismos de seletividade penal que atuam sobre os corpos negros e a operacionalidade do sistema penal brasileiro; e c) analisar a atuação do Coletivo Chega de Racismo do município de Criciúma e sua contribuição para que os direitos da população negra sejam assegurados na ocorrência das denúncias dos crimes de racismo em que atuam.

A relevância social deste estudo incide no reconhecimento das pessoas negras como sujeitos de direitos, tendo o pleno acesso à cidadania para o rompimento do racismo, fenômeno estrutural, construído historicamente para que haja uma sociedade mais igualitária não somente no plano formal, como também no âmbito material.

O trabalho possui método dedutivo, procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica, documental e entrevista semi-estruturada. A pesquisa bibliográfica recaiu sobre os livros, artigos, teses e dissertações escritas sobre o tema. A pesquisa documental foi realizada a partir dos documentos cedidos pelo Coletivo Chega de Racismo (CCR) e a entrevista semi-estruturada ocorreu com duas integrantes do coletivo. A pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa da universidade na qual as autoras possuem vínculo.

1. AS RELAÇÕES RACIAIS NO BRASIL E A COMPREENSÃO DO RACISMO ESTRUTURAL

A definição de raça como termo e as hierarquias raciais foram estabelecidas historicamente a partir do século XVI numa conjuntura de diferenciação e classificação de seres humanos, vinculados ao projeto de expansão europeia que tiveram no colonialismo o estabelecimento de um padrão de poder mundial de

dominação ancorado na noção de raça e atendendo à lógica do capital. Sobre a perspectiva da construção deste mundo colonial Fanon (1968, p. 30-31) anuncia que:

A discussão do mundo colonial pelo colonizado não é um confronto racional de pontos de vista. Não é um discurso sobre o universal, mas a afirmação desenfreada de uma singularidade admitida como absoluta. O mundo colonial é um mundo maniqueísta. Não basta ao colono limitar fisicamente, com o auxílio de sua polícia e de sua gendarmaria, o espaço do colonizado. Como que para ilustrar o caráter totalitário da exploração colonial, o colono faz do colonizado uma espécie de quintessência do mal. A sociedade colonizada não é apenas descrita como uma sociedade sem valores. Não basta ao colono afirmar que os valores desertaram, ou melhor, jamais habitaram o mundo colonizado.

A partir desse marco, a Europa se coloca como centro universal da história e do conhecimento, desprezando os demais saberes e histórias dos povos não europeus, classificados como inferiores e primitivos. O conceito de raça foi instituído como uma forma de inferiorização dos negros e outros povos colonizados. As matrizes teóricas raciais têm sua origem nas práticas e discursos derivados da experiência eurocêntrica: o Colonialismo¹.

A instituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado, edificou-se um novo modelo de poder mundial. A principal base desse poder foi a classificação da população mundial a partir da raça como expressão da experiência da dominação colonial (QUIJANO, 2005, p. 117).

O espaço habitado pelos colonizados não é integrado ao ambiente em que vive o colonizador. Estes habitam a zona do ser enquanto aqueles habitam a zona do não ser. Estes dois espaços são contrários, obedecendo a uma mútua exclusão. A cidade do colonizador é estruturada, iluminada, asfaltada, com ruas limpas, recinto de abundância. É uma cidade composta de pessoas brancas, de estrangeiros europeus – aqueles que são bem vindos. A cidade do colonizado, onde habitam os indígenas e os negros é um lugar miserável, “sem identidade”, uma aglomeração de pessoas desordenadas. A cidade da fome, da penúria. Um mundo compartimentado, dividido em dois, povoado por castas diferentes. Analisando a conjuntura colonial se chegará à conclusão de que o que divide o mundo é a circunstância do pertencimento ou não a uma determinada raça (FANON, 1968, p. 28-30).

Através de dois processos históricos associados se construiu o projeto de modernidade europeia. O primeiro processo consistiu na identificação das diferenças entre colonizador e colonizado a partir da concepção de raça como distin-

ção das características fenotípicas, colocando em uma condição de inferioridade os últimos em relação aos primeiros, sendo o principal elemento característico das relações de dominação. O segundo processo, a conexão de todas as formas de controle do trabalho, seus recursos e produtos em benefício do capital (QUIJANO, 2005, p. 117).

Além de um sistema econômico atrelado à lógica do capital e trabalho, o sistema-mundo, foi organizado a partir de uma vasta estrutura de poder. Essa estrutura de poder seria representada pelo homem heterossexual, branco, patriarcal, cristão, militar, capitalista e europeu, assim denominada uma matriz de poder colonial. Ante a colonialidade do poder, a concepção de raça e do racismo torna-se a base das múltiplas hierarquias do sistema-mundo. A raça, a diferença sexual, a sexualidade, a espiritualidade e a epistemologia são partes constitutivas desse sistema-mundo patriarcal, capitalista, colonial, moderno, europeu (GROSGOUEL, 2009, p. 389-392).

A modernidade, como elemento discursivo, construiu a civilização ocidental solenizando suas conquistas e dissimulando sua expressão mais perversa, a colonialidade. A colonialidade é indissociável da modernidade, logo inexistente sem colonialidade, são, portanto, faces da mesma moeda. (MIGNOLO, 2017, p. 2-3)

A raça abarcava uma significação política no contexto da expansão genocida e a exploração do domínio europeu sobre os povos colonizados, sobretudo na desumanização dos africanos, sob a eficácia da funcionalidade de um controle social na medida em que essa diferenciação se diluía no senso comum dos países centrais, legitimando as hierarquias raciais instituídas (GÓES, 2016, p. 77).

A definição de raça entendida como um referencial a distintas categorias de pessoas surge como um conceito da modernidade no século XVI atrelada a circunstâncias históricas e na construção da identidade do homem moderno. Representando assim, o principal fundamento para que o colonialismo e a escravidão atuassem como uma estrutura de poder permanente na sociedade. (ALMEIDA, 2018, p. 19-22).

No Brasil, dado o racismo como estrutural e condicionante, a questão racial no fim do século XIX e início do século XX se encontrava em evidência em meio à elite nacional, pois o futuro da nação e o rompimento com o passado escravocrata estavam intimamente correlacionados a ela, adotando as diversas teorias raciais científicas, os cientistas sociais do período buscariam respostas para validar e garantir incólume a estrutura racialmente constituída (GÓES, 2016, p. 144).

As teorias raciais (pós século XIX) validavam a construção da inferioridade do negro, encontraram-se os meios de controle e exclusão dessas populações num período pós-abolição, onde a elite hegemônica garantiria a continuação do exercício do poder e a manutenção dos privilégios historicamente concebidos.

O movimento abolicionista se intensificou nas últimas décadas do século XIX, ao mesmo tempo em que as teorias raciais foram introduzidas no país, reforçando a tese do branqueamento. Ficava cada vez mais exposto a não integração do negro na sociedade, nem no período da escravidão, assim como não ocorreu no período da pós-abolição. Não havia interesse da elite dominante na inserção da população negra para a convivência em sociedade. A Abolição foi planejada para garantir interesses político-econômicos das elites brasileiras. (LIMA; VERONESE, 2011, p. 72).

A abolição representou no campo jurídico a adoção de diversas medidas para o controle social da população negra, como internação em instituições como manicômios, prestação de serviços obrigatória, controle policial. Essas medidas resguardariam a exploração do trabalho negro, o negro se deslocaria de cativo para liberto, porém vigiado. Decretos e Leis foram elaborados neste sentido, a Lei de proibição do tráfico de escravos em 1811, a Lei da extinção do tráfico de escravos em 1850, Lei do africano livre, Decreto concedendo a alforria aos escravos que combatessem na guerra do Paraguai (política de extermínio do Império), Lei do nascituro (Lei do Ventre Livre de 1871), Lei dos sexagenários. A abolição para o liberto era convertida na prestação de seus serviços de maneira obrigatória (sendo desprezada a regularização da relação de trabalho), a internação em colônias de trabalho agrícola, o trabalho em obras públicas e a prisão (DUARTE, 2017, p. 179).

Nas últimas décadas do século XIX, a abolição que se aproximava mais por questões políticas e econômicas do que pela liberdade, as elites brasileiras para manter o *status quo* dominante, adotaram medidas para reprimir a população negra que logo ganharia a liberdade formal. Foram editadas Leis, que restringiam ou mesmo impossibilitavam o acesso à cidadania aos negros, que na pós-abolição mantiveram-se em condições de existência subalternizadas.

A questão racial no Brasil, explorada a termo pelas teorias raciais eurocêntricas do século XIX, que inauguraram o racismo científico, foram interpretadas e assimiladas pelas diversas instituições brasileiras. Cientistas, políticos, médicos, juristas, pesquisadores, acadêmicos e missionários, legitimaram a inferioridade dos povos colonizados e escravizados, na pós-abolição, justificando a exclusão, a marginalização e controle dessas populações para as quais a liberdade nunca se converteria em igualdade. A dimensão dessa inferioridade atribuída aos povos

não brancos se vincula ao racismo científico, que considerava a humanidade composta por uma hierarquia biológica em que brancos eram superiores na lógica dessa hierarquia.

As teorias raciais eurocêntricas adotadas no Brasil convalidaram a inferioridade dos negros e negras, elaboradas a partir do racismo científico do século XIX, que apregoavam a miscigenação, inicialmente, como uma degeneração da espécie humana. A raça nesse contexto se define como uma construção social e como uma forma eficaz de controle das populações dominadas e da exclusão dessas populações dentro de uma perspectiva pós-abolição, onde a sociedade hegemônica racista se sustentaria no poder, garantindo os privilégios constituídos historicamente (SILVEIRA; NARDI, 2014, p.16-17). E da mesma forma o governo e a sociedade estavam em uma posição de conforto em lançar a população negra recém-liberta em um novo panorama econômico, político e sociocultural de uma “escravidão livre” (NASCIMENTO, 2016, p. 81).

E foi assim que no Brasil se construiu uma narrativa hegemônica embasada na concepção de uma escravidão benfeitora, sem leis segregacionistas, dentro de um sistema escravagista constituído por senhores benevolentes e escravos obedientes, que apagaria um legado como se fosse possível suprimir um histórico de horror, exploração, violência e morte por quase quatrocentos anos de servidão (SCHWARCZ, 2012, p. 51). Nesta construção ideológica a política de branqueamento², embasada tanto no investimento da imigração de europeus, como mais tarde, no processo de assimilação cultural³ promovido pela miscigenação vai colocar o Brasil diante do cenário internacional como o paraíso tropical das raças.

E é a partir da terceira década do século XX que a mestiçagem se transformou em identidade nacional, símbolo de brasilidade, a comida, a dança, a música e elementos religiosos da cultura africana foram simbolicamente embranquecidos passando a pertencer culturalmente à nação brasileira (SCHWARCZ, 2012, p. 49-59).

A miscigenação entre as raças que compunha a população brasileira foi o marco fundante da ideia de democracia racial transformada em identidade nacional marcada pela figura do mestiço. A mestiçagem era apresentada como uma transição para o alcance de uma população cada vez mais branca (CARONE; BENTO, 2014, p. 14-15). A democracia racial foi construída a partir do entendimento de que no Brasil inexistiam desigualdades e diferenças raciais no país. Na definição da democracia racial inexistem conflitos, mas um extenso processo de acomodação e assimilação, uma ampliação do conceito de moreno que permitiria a absorção e a ascensão social da população miscigenada. A ideia declarada da eliminação do negro como categoria social fica substancializada no discurso,

suprimindo a questão racial do campo político e social (DUARTE, 2017, p. 77).

O Brasil estabeleceu historicamente uma espécie de racismo ardiloso, impreciso que é afirmado pela sua negação, estando solidificado na estrutura da sociedade. Sua principal característica é a invisibilidade (GOMES, 2018, p. 51). Ainda segundo a autora, essa contradição e invisibilidade:

Através da narrativa do mito, que é extremamente conservadora – porém transfigurada em discurso democrático -, a igualdade das raças é destacada. Trata-se, no entanto, de uma falsa igualdade, pois ela se baseia no apagamento e na homogeneização das diferenças. A democracia racial fala de uma diferença homogeneizadora e inferiorizante, vista como “cadinho racial”, como forma “híbrida” de cultura, como “fusão racial” que acaba por cristalizar, naturalizar e subalternizar as diferenças, os grupos étnico-raciais e a sua história. Um dos méritos do Movimento Negro ao longo dos tempos tem sido o fato de desvelar esse discurso e, ao fazê-lo, colocar a sociedade brasileira cara a cara com o seu racismo (GOMES, 2018, p. 51).

Nesse contexto a concepção de democracia racial deve ser entendida como uma simbologia perfeita para definir o racismo no Brasil. Não se manifesta tão explicitamente como nos Estados Unidos e também não está legalizado como foi o Apartheid ocorrido na África do Sul, mas é oficializado de maneira eficiente em todas as instituições governamentais, assim como diluído intensamente no aspecto social, psicológico, econômico, político e cultural da sociedade (NASCIMENTO, 2016 p. 111).

É por isso que falamos em mito da democracia racial, pois se trata de uma grande falácia e consubstancia-se num poderoso recurso ideológico que mascara o racismo existente na sociedade brasileira, consentindo todas as formas de exclusão, segregação, discriminação de indivíduos ou grupos de minorias étnico-raciais. O Apartheid velado se estabeleceu, tornando o racismo presente na sociedade brasileira instituído, estruturado, naturalizado em todas as suas formas e ao mesmo tempo inexistente. Algumas das teorias raciais aqui descritas tinham como principal objetivo o processo político e social da eliminação da população negra gradativamente, dada à suposta condição de inferioridade, as precárias condições de vida, a desumanização a que foram submetidas essas populações, pela miscigenação e pelo processo de assimilação cultural à sociedade branca.

1.1. OS MOVIMENTOS SOCIAIS NEGROS E A LUTA ANTIRRACISTA

Os movimentos sociais podem ser conceituados como ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que possibilitam diferentes modos de orga-

nização da população em busca da concretização de suas demandas. No caso em concreto, são utilizadas estratégias de reivindicações como as denúncias, mobilizações, marchas, passeatas, negociações entre outras. Os movimentos sociais estão em contato com a realidade social, o que permite uma importante análise na construção de propostas e ações coletivas como forma de resistência à exclusão social (GOHN, 2011, p. 335-336).

O Movimento Negro é compreendido nas diversas formas de organização e articulação das pessoas negras com posicionamento político na luta antirracista com objetivo da superação do racismo e da discriminação racial na sociedade. Atuam nessa luta os mais diversos segmentos, grupos políticos, acadêmicos, culturais, artísticos e religiosos, com ênfase na valorização e afirmação da história negra e da sua cultura no Brasil, assim como o rompimento dos obstáculos racistas que são impostos às populações negras de ocuparem espaços e lugares na sociedade (GOMES, 2018, p. 23-24).

Os movimentos sociais negros narram a trajetória da luta antirracista e as conquistas mais importantes dessa luta. Neste sentido, a imprensa negra teve grande contribuição na produção de saberes independentes sobre raça e condições de vida das pessoas negras. A imprensa negra representou um mecanismo de luta antirracista em oposição à sociedade hegemônica (GOMES, 2018, p. 29-30).

Jornalistas negros denunciavam a prática de racismo e a discriminação infligida a seu povo. A população negra se organizou em movimentos sociais na luta contra o racismo. Alguns desses movimentos sociais se consolidaram como marco histórico da luta antirracista. Dentre estes a Frente Negra Brasileira – FNB (1930); o Teatro Experimental do Negro – TEN (1940) e o Movimento Negro Unificado – MNU (1978) (LIMA; VERONESE, 2011, p. 102).

A Frente Negra Brasileira constituiu-se numa associação de cunho político, fundada em 1931 em São Paulo, tendo como meta o incentivo à educação, à diversão, a criação de escolas e cursos de alfabetização estimulando a inserção da população negra no convívio sócio-político e cultural. Chegando ao *status* de partido político, logo extinto em razão da ditadura varguista que extinguiu os partidos políticos, transformando em um sistema bipartidário no 1º Golpe da República (GOMES, 2018, p. 30).

O Teatro Experimental do Negro fundado em 1944 iniciou seu trabalho revolucionário, composto fundamentalmente por integrantes das categorias que mais sofrem discriminação, como favelados, as empregadas domésticas, operários sem qualificação, frequentadores de terreiros. O Teatro foi responsável pela formação dos primeiros intérpretes negros (atores e atrizes) do teatro brasileiro. A criação de uma linguagem com base na própria experiência, oportunizando

aos negros o protagonismo de sua história. Dentre as contribuições do Teatro Experimental do Negro na luta antirracista destaca-se a Convenção Nacional do Negro (1945-1946) e, o 1º Congresso do Negro Brasileiro, no Rio de Janeiro em 1950 (NASCIMENTO, 2016, p. 162).

A Assembleia Constituinte de 1946 vetou o projeto de emenda à Constituição de nº 1.089, que contemplava diversas reivindicações da população negra, principalmente pelo direito de igualdade e pelo fim da discriminação racial. A efetivação de uma lei contra a discriminação racial mostrou-se necessária, pois tais ocorrências colocavam em risco a “imagem da democracia racial” difundida no país, surgindo assim a Lei nº 1.390 de 1951, idealizada por Afonso Arinos de Melo Franco, denominada “Lei Afonso Arinos” mantendo-se em vigência por 38 anos, porém com ínfima aplicabilidade. Essa Lei embora considerada um avanço legislativo no horizonte da luta antirracista, era constantemente criticada pelas lideranças negras, pois, a discriminação e o preconceito racial eram tratados apenas como contravenção penal e não contemplava a criminalização do racismo (CAMPOS, 2016, p. 35-39).

O Golpe militar e a instauração da ditadura civil-militar desestabilizaram os movimentos negros em todo país, podendo retornar a cena política e pública apenas no final da década de 1970, com a ascensão dos movimentos sindicais e estudantis influenciando internamente e externamente, acompanhamos os protestos por direitos civis nos Estados Unidos, inspirados em lideranças como Martin Luther king, Malcon X, Panteras Negras e os movimentos pró-libertação dos países Africanos como Guiné, Moçambique e Angola. (DOMINGUES, 2007, p. 111-112).

O Movimento Negro Unificado, fundado em 1978 adotou como pautas a educação e o trabalho na luta antirracista, considerado o movimento protagonista pela formação de diversos intelectuais negros que se transformariam no referencial dos estudos acadêmicos sobre as relações raciais no Brasil (GOMES, 2018, p. 32). O MNU teve papel importante na elaboração da Constituição Federal de 1988. Parlamentares negros foram figuras fundamentais na construção de alianças políticas para o reconhecimento das demandas históricas, defendidas pela população negra. Dentre essas conquistas do Movimento Negro, podemos destacar a possibilidade de reconhecimento de terras quilombolas e a posterior criminalização do racismo são indicadores imprescindíveis da atuação desse movimento (GOMES; RODRIGUES, 2018, p. 930-931).

O protagonismo do Movimento Negro como movimento social foi responsável para que ações afirmativas se tornassem políticas públicas⁴ de combate às

⁴ As instituições atuam de forma vinculada a uma estrutura social pré-existente. O racismo também integra esta estrutura, sendo as instituições uma concretização da estrutura social e o

desigualdades raciais no país. Os movimentos sociais são produtores e fomentadores dos saberes oriundos de grupos não dominantes e de outros grupos não hegemônicos que buscam transformações e possibilidades para a construção de uma nova sociedade (GOMES, 2018, p. 16-18).

Os movimentos negros deram nova significação e consciência política para o conceito de raça numa dimensão emancipatória eliminando o juízo inferiorizante que instituíra sua concepção, questionando a história do país e da população negra estabelecendo novas teorias e análises de que o racismo atua na estrutura social do Estado como atinge diretamente o dia a dia das pessoas negras (GOMES, 2018, p. 21).

A Constituição Federal de 1988 representou o marco democrático, contextualizando o fim do período de supressão de direitos impostos pelo regime ditatorial. Elencou o racismo como crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, inciso XLII). No ano seguinte, em 1989 foi aprovada a Lei nº 7.716, intitulada como Lei de Combate ao Racismo ou Lei Carlos Alberto Caó de Oliveira (Lei Caó).⁵⁶

A Marcha Zumbi dos Palmares ocorrida no dia 20 de novembro do ano de 1995 em Brasília influenciou a criação de políticas afirmativas colocando em pauta a questão racial no governo de Fernando Henrique Cardoso. A Marcha mobilizou o movimento negro que em forma de protesto denunciou as condições de exclusão e discriminação racial da população negra. A partir desse marco, estados e municípios criaram órgãos que passaram a elaborar políticas públicas de combate à discriminação com foco na valorização da cultura negra brasileira (DUARTE, 2008, p. 67-68).

Em 1996 foi instituído pela Secretaria de Direitos Humanos o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH), com o propósito de desenvolvimento de ações afirmativas na promoção de profissionalização para a população negra através de cursos e do ingresso à universidade (MOEHLECKE, 2002, p. 207). No mesmo ano, os movimentos negros influenciaram a reforma educacional e asseguraram, em 2003, a aprovação da Lei 10.639 que modificou a Lei de Diretrizes

racismo um de seus componentes enraizados. Dessa forma se existem privilégios concedidos a determinados grupos sociais que integram as instituições, o racismo compõe a ordem social e será reproduzido por esta através de condutas racistas já normalizadas no meio social (ALMEIDA, 2018, p. 36-37).

⁵ Em suma, a Lei Caó (1989) em sua redação é a mesma Lei Afonso Arinos (1951), com o expresse entendimento sobre o racismo que deixou o status de contravenção penal para assumir o status de crime (RODRIGUES, 2012, p. 82).

⁶ Na Assembleia Constituinte, o deputado Carlos Alberto Caó de Oliveira expunha o posicionamento de setores conservadores e progressistas pelo apagamento da questão racial do processo constituinte (GOMES; RODRIGUES, 2018, p. 932).

e Bases da Educação Nacional para incluir a história e a cultura afro-brasileira e africana nos currículos escolares, contrapondo assim, as bases do modelo educacional eurocentrado vigente (GOMES; RODRIGUES, 2018, p. 931).

Em 2001 foi realizada na África do Sul a Conferência de Durban, tendo como tema: Terceira Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Dentre as recomendações instituídas durante a Conferência estava a efetivação de ações afirmativas e o valor imensurável dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. As implicações da Conferência culminaram não apenas do reconhecimento formal do racismo estrutural presente na sociedade brasileira, como previu a necessidade de construção de políticas públicas específicas que pudessem reverter o quadro de desigualdade racial, como é o caso das políticas de ações afirmativas.

Em 2003, sob o governo no então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o governo Federal, atendendo as reivindicações e a pressão exercida pelo Movimento Negro, implantou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR). Tal secretária, com *status* de ministério, foi responsável por colocar o racismo na ordem do dia e passou a reconhecer a viabilidade das questões raciais na agenda das políticas públicas do país. A implantação da SEPPIR também possibilitou a ampliação do debate na esfera pública e foi palco de mudanças legislativas importantes, tais como: a) Lei 10.639/2003 – implantação nos currículos escolares da história e cultura afro-brasileira e africana; b) Decreto nº 4.887/2003 – regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes de quilombos; c) Lei 11.096/2005 que institui o Programa Universidade Para Todos (PROUNI) e estabelece cotas para estudantes negros; d) Lei nº 12.288/2010 – institui o Estatuto da Igualdade Racial⁷; f) Lei nº 12.711/2012 – instituiu a política de cotas sociais e raciais para ingresso nas universidades federais e nas instituições federais; g) Lei nº 12.990/2014 – institui cotas raciais em concursos públicos no âmbito federal, entre outras.⁸

⁷ O projeto inicial para a elaboração do Estatuto da Igualdade Racial foi proposto pelo deputado Paulo Paim no Projeto de Lei nº 3.198/2000, tendo como principais demandas a proposta de implantação do sistema de cotas em diferentes campos de atuação, com destaque para a regularização das terras de quilombo, uma maior visibilidade do debate público sobre a questão racial, o direito a liberdade religiosa, entre outras ações afirmativas. O Estatuto percorreu um longo caminho com inúmeras modificações até ser finalmente aprovado em 2010, pela Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 (SILVA, 2012, p. 8-9).

⁸ Este conjunto legislativo demonstra a nova fase do processo de luta dos movimentos negros no Brasil, em que se percebe a transição do período da denúncia para o período de exigências e intervenção no Estado para a concretização de políticas públicas de igualdade racial, na efetivação de ações afirmativas, dentre estas o sistema de cotas raciais (GOMES, 2018, p. 50).

Os movimentos sociais contemporâneos se utilizam das redes sociais como uma plataforma de atuação. A internet neste sentido é um marcador desse modelo de comunicabilidade (GOHN, 2011, p. 335-336). Essas novas tecnologias da Informação e Comunicação são mecanismos de mobilização social, proporcionando aos movimentos sociais ferramentas para promover o ativismo ou o ciberativismo, este último compreendido como conjunto de ações ou estratégias difundidas através da internet (SILVA 2018, p. 1). E assim, na era digital, percebemos outros movimentos e coletivos negros se construindo e ampliando os espaços de discussão e reivindicação, e por consequência, fortalecendo a luta antirracista no Brasil.

2. O RACISMO E A SUA TIPIFICAÇÃO PENAL: RACISMO É CRIME E AGORA?

Como vimos, o racismo configura um conjunto de práticas discursivas que se consolida em situações reais, nas quais as atitudes individuais ou coletivas sintetizam um sistema reprodutor de discursos e práticas. Historicamente no Brasil, a formação das classes sociais instituiu-se a partir de grupos raciais diferenciados, onde as relações raciais de fundamentação racista constituem um espaço privilegiado de manutenção e reprodução das relações de poder (DUARTE, 2017, p. 81-82) e de desigualdades compreendidas atualmente para além da classe e que, portanto, geram exclusão em vários campos. Na área do direito, o campo discursivo dos direitos humanos tradicionais se constrói amparado na falsa ideia de universalidade e é forjada na igualdade formal que atesta, já no *caput* do artigo 5º que todos são iguais perante a lei. Nesse sentido, segundo Lima (2018, p. 40):

A escolha por uma igualdade não meramente formal, produto do que a lei diz que é igual, implica não aceitar mais determinadas desigualdades que visem afrontar os direitos básicos de qualquer ser humano ou até mesmo negar o valor da sua dignidade humana. Não mais é possível ignorar na análise do direito de igualdade o direito à diferença, pois ele envolve, nos casos dos grupos raciais negros, a necessidade de respeito e valorização da sua identidade étnico-cultural, razão pela qual se faz urgente transcender ao direito de igualdade meramente formal, porque a busca de uma igualdade racial efetiva está amparada em outros valores, os quais o mero legalismo ou a literalidade pura e simples da lei não permite que se alcancem.

O inciso XLII, do mesmo artigo (5º) afirma expressamente: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” (BRASIL, 1988) A lei em questão de que trata o inciso XLII foi criada em 1989, Lei nº 7.716, preceituando o racismo como crime, considerando

como discriminatórias atitudes racistas explicitadas em âmbito público. Outros atos praticados de cunho pessoal no âmbito privado mediante preconceito e discriminação não seriam imputáveis, somente quando comprovados por testemunhas (SCHWARCZ, 2012, p. 79).

A lei descreve com precisão os lugares admissíveis em que o racismo quando praticado deverá ser punido, mas a prisão só é possível em caso de “flagrante”, “testemunhas” que presenciaram o ocorrido e a confirmação do “incriminado”. Ou seja, a possibilidade de punição do racismo se resume a espaços públicos enquanto nada se menciona sobre a esfera privada, nas relações pessoais onde a discriminação ocorre (SCHWARCZ, 2012, p. 82). Assim:

Ao delinear os tipos penais da Lei 7.716/89, o legislador foi obrigado a ingressar no terreno incerto da aferição dos elementos normativos do tipo. Especificamente quando tratamos da questão racial como crime, verificamos que ela é pródiga em elementos normativos alheios ao direito penal. E, entre eles, a própria definição de ‘racismo’. Além desses, a lei traz outros, de fundamental importância para a sua compreensão, tais como “raça, cor, etnia, religião e procedência nacional”. Ou seja, diante de seu enfrentamento, o aplicador deverá através da interpretação devida, trazer de fora do Direito Penal os elementos compreensivos necessários e aptos a sua adequação diante da conduta típica (RODRIGUES, 2012, p. 81).

A questão que colocamos aqui, sem negar o efeito simbólico que a criminalização do racismo por si só representa, é: conhecendo a estrutura do sistema penal enquanto aparato estatal promover do controle social – de alguns corpos, em geral corpos negros e pobres – como este mesmo sistema opressor poderá colocar as pessoas negras na posição de vítimas? Se o sistema penal funciona a partir da escolha de um inimigo, quem é o inimigo do direito penal? Pode o sistema penal se constituir em instrumento de luta por direitos humanos, quando sabemos da sua potencialidade violadora?

Agora voltemos ao racismo. O racismo se encontra no cerne da história latino-americana, num contexto em que negros e indígenas são considerados a causa do atraso da civilização. Essa civilização se compreende como tal a partir do modelo eurocêntrico. Uma política de extermínio dos segmentos indesejáveis se torna possível, legitima-se o genocídio, prática adotada comumente pelo sistema penal (FLAUZINA, 2006, p. 32-33). A supressão da cidadania se converte em um aparelho para a construção do inimigo, o definido como inferior [...] os não cidadãos descritos como não humanos. Partindo de uma lei não declarada possibilitando a sustentação do poder por intermédio de um estado de exceção ininterrupto (D’ELIA FILHO, 2015, p. 212-215).

Podem os negros estar na condição de vítimas do sistema penal quando todo o imaginário social racista o retrata como criminoso? Retrato este, validado pelo discurso midiático que não se sustenta(ria) sem um sistema penal seletivo, sem a criminalização da pobreza e ideologia da guerra às drogas que, sabemos, contribuem para a perpetuação do estado policial de exceção e o genocídio contra à população negra. Se para a sociedade o negro é lido como suspeito, aparece na mídia como suspeito, pessoas negras também podem enxergar o negro como suspeito, como ocorre com policiais negros que integram as instituições de controle e repressão exercidas pelo Estado (ALMEIDA, 2018, p. 52-53).

O sistema de justiça criminal se ancora em práticas apresentadas como civilizatórias, racionais e burocráticas na instauração da verdade jurídica que torna possível um juízo de violência de acordo com o Direito, na constituição dessa violência caracterizada a partir das decisões de agentes públicos pela defesa da ordem jurídica. Neste sentido tem-se a evidência da existência de uma política pública contribuindo para os elevados indicadores de letalidade do sistema penal brasileiro (D'ELIA FILHO, 2015, p.23-24).

[...] o estado de exceção e a relação de inimizade tornaram-se a base normativa do direito de matar. Em tais instâncias, o poder (e não necessariamente o poder estatal) continuamente se refere e apela à exceção, emergência e a uma noção ficcional do inimigo. Ele também trabalha para produzir semelhantes: exceção, emergência e inimigo ficcional (MBEMBE, 2016, p. 128).

O uso legal da força pelo Estado através da polícia transforma-se de uma medida excepcional para uma prática governamental demonstrando como se torna possível a ocorrência de massacres com níveis de letalidade que superam os de uma guerra numa prática sistêmica consumada por agentes do Estado (D'ELIA FILHO, 2015, p. 137).

O racismo tem dois preceitos vinculados ao poder do Estado, o primeiro se refere à distinção biológica da espécie humana criando um conceito dualista em relação ao superior e o inferior, o bom e o mau, indivíduos que devem viver e indivíduos que podem e devem morrer. A morte neste sentido não é apenas a supressão da vida, é entendida como o perigo de morte, a morte política, a exclusão. O segundo preceito é a aceitação de forma favorável a morte do considerado como “o outro” visto como não humano e que deverá ser descartado (ALMEIDA, 2018, p. 87-89).

A garantia de direitos humanos e de cidadania são premissas basilares para uma política de segurança pública, onde a polícia deveria ser orientada sob esses elementos, uma instituição que deveria promover a proteção dos cidadãos. O que

temos é uma polícia treinada para a guerra, para o combate e eliminação do inimigo (FREIXO, 2015, p. 11).

A ocupação colonial do passado, na atualidade pode ser manifestada como um fenômeno da dominação política, incluindo os poderes reguladores da Biopolítica e da Necropolítica, instituídos dentro dos limites dos Estados como componentes das políticas de segurança pública. O inimigo a ser eliminado será construído a partir das políticas de segurança do Estado, pelos meios de comunicação em massa, onde o medo é difundido para justificar o monopólio da violência. O racismo banaliza a prática da violência sobre a qual populações são subordinadas, é naturalizada a morte de crianças pela força armada. Lugares periféricos, onde o saneamento a educação, a saúde são entendidos como necessidades primárias não chegam. Jovens negros são exterminados aos milhares todo ano, numa guerra não declarada (ALMEIDA, 2018, p. 94).

O biopoder opera sob uma separação entre indivíduos que devem viver e outros que devem morrer. Essa divisão classifica os seres humanos em grupos que se subdividem estabelecendo um recorte biológico entre estes. Na lógica do biopoder, o racismo funciona na disseminação da morte e torna possível o papel homicida do Estado (MBEMBE, 2016, p. 128).

O extermínio que recai sobre os corpos negros é legitimado pela operacionalidade do sistema penal e também uma política de morte perpetrada pelo Estado. As leis são respaldadas pela igualdade formal, mas tem sua aplicabilidade diferenciada ou suprimida, dando legitimidade à exceção, que é regra aos definidos com não cidadãos, mantendo-se como uma estrutura de poder racializada.

A simbologia do poder punitivo colonial representou mais do que a morte pública. Outros elementos como o pelourinho, o chicote, o tronco, as correntes, as senzalas foram práticas punitivas associadas à escravidão e aos povos não europeus. A escravidão foi reestruturada e fundamentada não a partir de condutas do escravizado, mas, por sua condição humana, ressignificando assim a pena de morte, passando fazer parte do disciplinamento, vigilância, repartição de corpos, apropriação, confinamento, a barbárie contra os povos colonizados. (DUARTE, 2017, p. 155-156).

A atuação dos sistemas penais marginais é pautada nas relações sociais de poder que permeiam a sociedade dominante e, na ação efetiva sobre os indivíduos que são seus destinatários. Neste sentido, o racismo é o pressuposto para validar a existência de um sistema penal que tem o genocídio como seu principal método de operacionalidade (FLAUZINA, 2006, p. 30). E aí voltamos a nossa contradição: se a lógica do sistema penal é esta e está instrumentalizada sob o racismo, poderá este mesmo sistema reconhecer negros e negras como vítimas?

Acreditamos que a resposta é não! Ao mesmo tempo, reconhecemos que a criminalização do racismo possa ter o seu efeito simbólico, pois no país que negou o racismo e se ancorou por quase um século na ideia da democracia racial, criminalizar o ato, põe a prova que a cordialidade que tentaram impor nos imaginários sociais nunca existiu de fato!

3. A ATUAÇÃO DO COLETIVO CHEGA DE RACISMO NA LUTA ANTIRRACISTA

A história oficial sobre o Município de Criciúma-SC revela uma história de exclusão e apagamento da população indígena e negra. Considera-se como marco de fundação da cidade a chegada dos imigrantes europeus, (as famílias italianas), assim como outros imigrantes de origem europeia. Nota-se que na história oficial, o período compreendido antes da chegada dos imigrantes, as terras eram desabitadas, ou seja, passaram a pertencer à civilização e à existência a partir deste período. Os negros já se encontravam aqui desde o período da escravidão e chegaram antes dos referidos imigrantes e a população indígena (Xokleng), habitavam toda a região e, mesmo assim foram suprimidos, apagados, violentamente silenciados e, no caso, dos indígenas, dizimados da história.

Os imigrantes europeus representados pelos italianos são a imagem do colonizador (raça superior) narrado pela história oficial do município de Criciúma como os desbravadores, vieram respaldados pelo poder público numa política migratória sistematizada, “acompanhados por soldados”, fixaram-se na região, nas terras previamente destinadas aos mesmos (os proprietários). A história oficial também relata que o “primeiro negro”, se estabeleceu em Criciúma somente em 1905, ou seja, a trajetória anterior do povo negro é ocultada, (a escravidão, os locais de resistência, a abolição), numa noção de que como povo subalternizado, vieram em busca de trabalho que empregava basicamente a força física, como era o caso das minas de carvão em abundância na região e na construção da estrada de ferro.

Estima-se que a cidade de Criciúma possui hoje uma população de praticamente 200 mil habitantes e a população negra está estimada em 13%, conforme o censo do IBGE de 2010. O município mantém em sua estrutura de governo a Coordenadoria de Promoção da Igualdade Racial de Criciúma (COPIRC) e o Conselho de Promoção da Igualdade Racial (COMPIRC). A Coordenadoria de Promoção da Igualdade Racial de Criciúma – COPIRC, instituída por Lei Complementar nº 69, de 12 de setembro de 2009, tem como objetivo principal a efetivação de políticas públicas e ações afirmativas para a redução da desigualdade racial no município de Criciúma (CRICIÚMA, 2019).

O Coletivo Chega de Racismo no Município de Criciúma foi escolhido como tema de pesquisa, pois desenvolve suas ações no enfrentamento das denúncias de

discriminação racial e racismo possuindo representatividade frente aos demais movimentos sociais negros existentes na cidade e região. Um coletivo com autonomia e não vinculado a nenhuma esfera do poder Público.

O coletivo foi criado no dia 14 de maio de 2013, na cidade de Criciúma. A criação do Coletivo, não por coincidência, foi efetivada no mesmo momento em que os direitos da população negra estavam em ameaça. Tratava-se da discussão sobre a política de cotas para negros e negras nos concursos públicos municipais ampararem legislação e que não queria ser respeitado pelo poder público municipal da época. (entrevistada 1: Maria) Sobre as reuniões e atividades do Coletivo, Maria diz:

[...] então as reuniões inicialmente uma vê por mês, dependendo da demanda né, às vezes mais, às vezes menos, as reuniões itinerantes porque a gente não tem uma sede física então geralmente é na casa dos integrantes do Coletivo, nós iniciamos com olha, eu acho que oito ou nove pessoas o máximo dez né, hoje a gente está em seis, atualmente somos em seis pessoas. (sic) (entrevistada Maria)

Quando questionado sobre o que Maria entendia sobre a importância e a atuação do Coletivo para sociedade, respondeu que:

[...] olha, o Coletivo a gente pode dizer que é um, foi um marco aqui em Criciúma, porque até o nosso surgimento dentro dessa questão da luta antirracista [...]. Tinha a atuação da COPIRC, muito voltada para a questão da escola né, mas em termos de movimento social, [...]. foi esta necessidade que a gente sentiu em tá organizando isso. (sic) (entrevistada Maria)

Maria também reafirma em outros momentos da entrevista o quanto a representatividade é importante e o quanto era necessário naquele momento histórico, criar um movimento de luta não institucionalizado e ao mesmo tempo um grupo de ação que pudesse ir para rua, conforme destacado neste pequeno trecho: “[...] um movimento que dissesse galera oh, nós precisamos ir pra rua, a gente precisa mostrar nossa indignação, num grupo de ação.” (sic) Esta fala posiciona a necessidade que o movimento sentiu de ampliar os espaços de discussão da temática no município e “ir pra rua” numa cidade como Criciúma também representa promover algumas desobediências quanto ao lugar que os corpos negros estão no imaginário social, como também em quais lugares estão autorizados a circular. Isso tudo é reflexo de um sistema de hierarquia social reforçado pela colonialidade do poder que segue hierarquizando as relações raciais também no aspecto geo-espacial-político da cidade (PANTA, 2018) (LIMA, EUFRAZIO, 2020). Ditando assim, quais lugares os negros podem ou não transitar

nas cidades. Segundo Rolnik (1994, p. 40) “é como se a cidade fosse um imenso quebra-cabeças, feito de peças diferenciadas, onde cada qual conhece seu lugar e se sente estrangeiro nos demais.” Sendo assim, para que se possa compreender a segregação é também preciso compreender os aspectos culturais e mentais que foram criados em torno da cidade. No caso da cidade de Criciúma, como vimos, ela foi construída sob forte influência de imigrantes italianos – que se entendem donos da cidade –, reproduzindo aqui toda a violência colonial europeia consubstanciada nos processos de desumanização dos corpos não brancos.

O Coletivo Chega de Racismo se constitui como movimento social na luta antirracista e também como grupo de defesa – incluindo assessoria jurídica – para a população negra vítima de racismo na cidade e região. Outra atuação importante é o trabalho de formação dos membros do Coletivo no debate sobre a consciência de classe, raça e gênero, demonstrando de acordo com Nilma Lino Gomes (2018), todo o potencial do movimento negro educador, como sujeito identitário, dando a raça uma significação emancipatória. O Coletivo também incentivou, junto com outros movimentos negros da região, a restauração do Clube União Operária, uma importante sede da cultura e resistência negra na cidade de Criciúma. (Maria)

Sobre a questão que envolveu conhecer as ações do Coletivo nos casos de racismo Maria respondeu que os casos que chegam até eles não são leves e que alguns casos acabaram chegando ao Poder Judiciário, sempre como injúria racial e nunca como crime de racismo. Sobre isso as entrevistadas comentaram:

[...] como falei o que chegou para a gente não é coisa leve, não foram situações leves, e que acabaram se transformando em ações judiciais e o atendimento às pessoas que chegam para fazer a denúncia, porque qual é o nosso, a nossa maior angústia, é que as pessoas chegam para nós como se nós tivéssemos o poder de solução como a polícia. (Maria)

[...] dou os primeiros encaminhamentos e aí tem gente que já se sente constrangida em saber que vai ter que ir à delegacia fazer o boletim de ocorrência, que acha uma situação degradante, humilhante ter que expor que passou por essa situação sabe. E até de chegar lá (na delegacia) e ser mal recepcionado. Então, não sei se mudou a postura atualmente, nos casos em que indiquei, ó pede para explicar que aconteceu [...], pede para enquadrar como injúria racial, os últimos que encaminhei os boletins de ocorrência vieram com o devido enquadramento, mas, já teve casos em que a pessoa chegou lá e o escrivão ou delegado enfim a pessoa que estava colhendo o depoimento tencionou para enquadrar, [...], vamos supor é um caso de racismo e pediu para enquadrar como injúria racial. (Carolina)

As denúncias que chegam ao Coletivo, são traumáticas, possuem uma carga emocional muito forte, o que demandaria atendimento psicológico. A maior angústia do Coletivo nesses atendimentos é que as pessoas chegam desamparadas e encontram amparo num primeiro momento ao efetuarem a denúncia. O Coletivo se identifica como uma ponte, numa tentativa de que as denúncias cheguem ao Poder Judiciário em busca de respostas. A maioria das pessoas não sabe como agir diante do racismo, ficam paralisadas, não é somente um crime, é uma agressão psicológica, uma agressão à integridade do corpo, do espaço, da existência.

Somado a isso, tem-se o fato de que os casos, quando chegam ao Poder Judiciário, não são tratados como crime de racismo, mas sim como crime de injúria racial. Aqui se entende a lacuna existente nas Leis, que definem as especificidades de um crime e de outro. O racismo como crime contra a coletividade e a injúria racial um crime cometido contra o indivíduo. Um imprescritível o outro prescreve em oito anos. O bem jurídico tutelado no crime de racismo é a dignidade humana, no crime de injúria racial é a honra subjetiva. Como se a prática da injúria racial não estivesse amparada numa conduta racista.

Ainda quanto a desqualificação de crime de racismo para injúria racial, as entrevistadas pontuaram que quando as pessoas procuram pelo Coletivo em situações que são vítimas, elas são acolhidas e a vítima é informada de que precisa comparecer em uma delegacia, para registrar o Boletim de Ocorrência. Esta etapa entre o primeiro acolhimento e a proposição de uma denúncia formalizada junto às Delegacias de Polícia é geralmente a mais difícil para as vítimas, pois quando aceitam formalizar a denúncia precisam não só relatar todo o caso de humilhação e constrangimento pelos quais passaram, como temem pelo tipo de tratamento que terão dos agentes públicos.

Questionadas sobre os casos em que atuaram Maria e Carolina responderam:

Até agora no nosso período de atuação eu tive, estou com dois casos que estavam no Judiciário, na esfera trabalhista que infelizmente a sentença foi julgada improcedente. Meu cliente tinha sido agredido por um rapaz branco no ambiente de trabalho. Ele é Haitiano e era atacado diariamente por esse rapaz com ofensas xenofóbicas e racistas até que culminou na agressão física e a empresa na época, foi acionado os movimentos e a COPIRC, enfim foi feita uma campanha bem intensa neste caso. Aí foi parar nos jornais e tudo porque aí a empresa deu um mínimo de atenção ao caso, porque até então não estava dando a devida atenção para o caso né, só porque a empresa resolveu optar por não se responsabilizar, achar que a culpa era exclusivamente do agressor né, onde nos batemos

na porta do Judiciário e aí infelizmente como a única testemunha do caso foi para o Judiciário mentir, a sentença veio improcedente. (Carolina)

Acho que tem um outro caso, assim que a gente atuou e que é marcante na cidade [...], é aquela questão do mercado negro em Criciúma. A questão ali do portal de classificados. Nossa, lembro que a denúncia chegou num domingo e aí entrei em contato com a imprensa porque tua abria e estava ali a venda famílias né, crianças, tipo pensa no extremo do extremo estava ali, mercado negro em Criciúma. Isso foi capa de jornal e a gente fez a representação, encaminhamos para a Polícia Federal, na época a RBS TV acompanhou também. Perdi as contas de quantas vezes a gente procurou respostas disso. (Maria)

O caso relatado por Carolina está inserido não só na dimensão racial, como também na opressão baseada na origem nacional, pois o jovem negro que aparece na narrativa é de nacionalidade haitiana. Logo seu corpo é marcado por outras opressões interseccionais – raça e nacionalidade. Há uma importante reflexão de o caso ter vindo à tona porque a vítima não só se socorreu no Coletivo, como também chegou ao conhecimento da COPIRC. Isso reforça a importância da organização de coletivos e dos movimentos negros enquanto espaços de luta e resistência que seguem educando e reeducando a sociedade brasileira em prol da luta antirracista. (GOMES, 2018)

O segundo caso também grave segue sem conclusão e sem o devido registro, sequer de Boletim de Ocorrência na delegacia, pois segundo Carolina, não há (houve) vontade em solucionar. Ainda que tenham tensionado junto à delegacia para que tomassem as providências cabíveis, receberam como resposta não apenas o descaso, mas a informação de que os crimes que acontecem no ambiente virtual são difíceis de solucionar.

As entrevistadas também acreditam que as instituições são racistas e que as barreiras iniciam já na delegacia, mas que no Poder Judiciário não é diferente. Elas tomam de exemplo o caso do jovem negro haitiano em que o caso chegou a ser processado, mas foi julgado improcedente. Sobre o caso Carolina comenta:

[...] neste caso do meu cliente, no caso que estávamos falando de agressão. Os ataques que o rapaz fazia ao meu cliente, dizia que estava louco para matar um negão, que ia derrubar ele da obra. Era para ele voltar para o país dele que ele era do Haiti e, outros verbetes de baixo calão, que ele usava diariamente para intimidar o colega de trabalho. O estopim foi que ele recebeu uma pedrada nas costas no ambiente de trabalho. Ele não iria denunciar, foi porque atendido por uma enfermeira negra, e ela acabou encaminhando para os movimentos. Teve uma repercussão, aí

chegou em audiência, a única pessoa que testemunhou a situação, as agressões, chegou lá e falou que tudo o que o agressor tinha falado para ele até então era em tom de brincadeira. E o juiz acatou mesmo tendo um depoimento da mesma testemunha na delegacia, e que contou história diversa na audiência e o depoimento pessoal da própria vítima, o juiz manteve a versão da testemunha dada em audiência e julgou a demanda improcedente. Enfim é decepcionante. (Carolina)

Sobre o crime de racismo, de forma geral, as entrevistadas afirmaram que são poucos os casos que chegam às delegacias e ao judiciário. Questionadas sobre o possível efeito da criminalização e responsabilização dos agressores, elas acreditam que a punição pode sim ser uma saída para a luta antirracista. Carolina afirmou que este poderia ser um começo e Maria disse que a resposta criminal poderia intimidar novas ações. Aqui, se confrontarmos com as teorias criminológicas críticas, podemos perceber que ainda neste contexto, há uma crença de que o sistema penal possa oferecer uma resposta adequada nos casos de crime de racismo – revelando-se a partir da sua função declarada – que é a de proteger bens jurídicos. No entanto, a resposta que a criminologia tem dado é a de que as funções declaradas do direito penal não são compatíveis com a sua efetiva aplicação. E isso porque existe um distanciamento entre o discurso jurídico-penal e a sua operacionalização concreta. (PRANDO, SANTOS, 2006)

Observa-se que a prática penal celebra-se por atuar tão-somente no controle e na repressão do crime. Esse controle, feito quase exclusivamente através da segregação dos apenados (as novas penas não são propriamente ‘alternativas’, mas complementares à segregação), não garante a efetivação e a proteção dos direitos fundamentais. A repressão é definida, inclusive, pelo caráter desigual de sua aplicação. Assim, aqueles alcançados pelo sistema penal, além de não se constituírem pela maioria dos que efetivamente cometem delitos, são ‘selecionados’, isto é, verdadeiramente escolhidos: não pela sua conduta, mas pelo seu *status* social. (PRANDO; SANTOS, 2006, p. 195)

Dito isto, voltemos ao questionamento que já fizemos anteriormente, se o crime de racismo é praticado por pessoas brancas, posicionadas e lidas socialmente como grupo social ‘superior’ na subjetividade das relações raciais, cuja presença, enquanto grupo social é hegemônica nos espaços institucionais de Delegacias, Ministério Público e Poder Judiciário, como reconhecer ao seu ‘igual’ o *status* social de ‘criminoso’? A resposta repousa nos estudos da criminologia crítica amparada sob os estudos das relações raciais no País. Logo, o crime de racismo tem, no máximo, um poder simbólico.

No que tange a luta antirracista, as entrevistadas também pontuaram a necessidade de instituir no município um programa, algo como “SOS Racismo” para prestar as vítimas não apenas o suporte necessário para eventuais demandas judiciais em situações de crime de racismo ou injúria racial, mas para atuar também em atendimentos de apoio psicológico às vítimas. Ambas reconheceram que a necessidade de pensar em uma estrutura mais ampla e especializada que pudesse amparar a população negra local. Enquanto a estrutura não chega, o Coletivo Chega de Racismo mantém-se firme na luta antirracista, atuando em situações que envolvem litígio, como também se mobilizando em campanhas e formações em prol da luta antirracista.

CONCLUSÃO

Sobre o tema proposto, embora a atuação do Coletivo seja um movimento social negro de ação de fundamental importância na luta antirracista no Município de Criciúma, as denúncias ocorridas sobre racismo, preconceito e discriminação racial, na maioria dos casos são negligenciadas e não solucionadas quando apresentadas ao Poder Público e suas Instituições.

As matrizes teóricas raciais tiveram sua origem no colonialismo. No Brasil, a questão racial ganha notoriedade no período pré-abolição com o colapso do regime escravocrata, e numa pós-abolição, as teorias raciais adotadas pelas instituições científicas de ensino e pesquisa, como forma de controle e de exclusão da população negra recém liberta. O controle e exclusão também foram instituídos pelo Direito a partir da legislação.

As teorias raciais disseminadas no país formaram uma construção ideológica que sustenta o racismo em todos os âmbitos da sociedade brasileira culminando no mito da democracia racial que se mantém de forma velada nas mais diversas instituições. Embora tenhamos leis antirracistas na esfera penal, o racismo seja considerado imprescritível e inafiançável pelo texto Constitucional, vê-se pouca efetividade na aplicação desta legislação e uma série de barreiras são impostas no cotidiano de quem quer denunciar uma prática racista.

Infelizmente, o abismo social que separa a população branca e negra no país ganha contornos inadmissíveis. Enquanto a população branca tem direito a uma plena cidadania, a população negra segue desumanizada, não alcançando sequer o *status* de sujeitos de direitos. E neste sentido, o poder punitivo do Estado age com eficiência, a partir da seletividade penal, de forma violenta contra a população negra – nunca percebida na posição de vítima no processo penal.

A história oficial do município de Criciúma oculta o legado do povo negro, invisibilizando sua história e cultura, assim como ignora os povos indígenas

retratados vulgarmente como “bugres”. Por outro lado, considera a colonização do município por imigrantes de origem europeia, exaltada e apresentada como marco fundante da cidade.

Por conta do atendimento que recebem dos órgãos públicos, a população negra vítima de racismo é desencorajada a dar prosseguimento às denúncias e os próprios agentes públicos relativizam a gravidade dessas denúncias. Isso demonstra que as políticas públicas de segurança existentes, assim como a Polícia e o Poder Judiciário asseguram os direitos da população branca racialmente privilegiada dentro de uma lógica racista, e não confere à população negra esses mesmos direitos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio de. *O Que É Racismo Estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- CAMPOS, Walter de Oliveira. *A Lei Afonso Arinos e sua repercussão nos jornais (1950-1952): entre a democracia racial e o racismo velado*. 2016. 157 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2016.
- CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida (Org.). *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. *Colonialidade e decolonialidade da (anthropos)logia jurídica: da uni-versalidade a pluri-versalidade epistêmica*. 2011. 292 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.
- D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Tempo*, [S.l.], v. 12, n. 23, p.100-122, mar. 2007.
- DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia e racismo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.
- DUARTE, Paulo César. Os afro-descendentes e as políticas de inclusão no Brasil: a marcha zumbi dos palmares e a lei 10639/03. *Mundo Contemporâneo em Revista*, Ampère, v. 1, n. 1, p.65-76, abr. 2008.
- FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. 145 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- FREIXO, Marcelo. Polícia e Direito Humanos. In: KUCINSKI, Bernardo et al. *Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 11.
- GÓES, Luciano. *A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, Campinas, v. 16, n. 47, p.333-361, maio 2011.

GOMES, Nilma Lino. Movimento negro e educação: ressignificando e politizando a raça. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 33, n. 120, p.727-744, jul. 2012.

GOMES, Nilma Lino. *O movimento negro educador: saberes construídos nas lutas por emancipação*. Petrópolis: Vozes, 2018.

GOMES, Nilma Lino; RODRIGUES, Tatiane Cosentino. Resistência democrática: a questão racial e a Constituição Federal de 1988. *Educação & Sociedade*, [S.l.], v. 39, n. 145, p. 928-945, dez. 2018.

GROSGOUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: ransmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

LIMA, Fernanda da Silva. *Racismo e antirracismo no Brasil: temas emergentes no cenário sócio jurídico*. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Mamãe África, cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob perspectiva da igualdade racial*. Florianópolis: Ed. UFSC, 2011.

LIMA, Fernanda da Silva. EUFRAZIO, Myrella Alves. *Onde vivem os Outros? Análise do Plano Diretor do Município de Criciúma frente ao Direito à Cidade constituída pela Lei nº 10.257/2001 para compreender a Política de Desenvolvimento Urbano pela ótica da População Negra*. Projeto de Iniciação Científica – Relatório/PIBIC-CNPq/UNESC, Criciúma: UNESC, 2020, (mimeo)

MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. *Arte e Ensaios*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 2, p.123-151, dez. 2016.

MIGNOLO, Walter D. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [S.l.], v. 32, n. 94, p.01-18, jun. 2017.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: História e debates no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 117, p.197-217, nov. 2002.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 3.ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

OLIVEIRA, Anderson José Machado de. Igreja e escravidão africana no Brasil Colonial. *Caderno de Ciências Humanas: Especiaria*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 18, p. 355-387, dez. 2007.

PANTA, Mariana Aparecida dos Santos. *Relações raciais e segregação Urbana: trajetórias negras na cidade*. 2018. 298 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Sociais, Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista (unesp), Marília, 2018.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello; SANTOS, Rogério Dultra dos. Por que estudar Criminologia Hoje? Apontamentos sobre um discurso contra-hegemônico à dogmática penal tradicional. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto. (orgs). *O ensino jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica*. Campinas/SP: Millennium Editora, 2006.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgar (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo nas ciências sociais - perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005.

RODRIGUES, Gustavo Távora. O racismo escondido sob o manto da Lei. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, p.70-91, dez. 2012.

ROLNIK, Raquel. *O que é Cidade?* 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. 84 p. (Coleção Primeiros Passos).

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira*. 1 ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

SILVA, Mona Lisa da. "*Dandaras Conectadas*": A Rede de Ciberativistas Negras-CE como estratégia de fortalecimento da Luta Antirracista. Disciplina de Relações Étnico-Raciais e Movimentos Sociais do Programa Associado de Pós-Graduação em Antropologia Social Universidade Federal do Ceará - UFC/UNILAB. 2018.

SILVA, Tatiana Dias. *O estatuto da igualdade racial*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Brasília, 2012.

SILVEIRA, R. S.; NARDI, H. C. Interseccionalidade gênero, raça e etnia e a lei Maria da Penha. *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, v. 26, n.spe, p.14-24, 2014.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS RISCOS DE RETROCESSO E POSSIBILIDADES DE AVANÇO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL

ENVIRONMENTAL LICENSING: A CRITICAL ANALYSIS OF THE RISKS OF SETBACK AND POSSIBILITIES FOR PROGRESS IN THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT IN BRAZIL

Marcela Souza Zarske de Mello

Graduanda em Direito pela Universidade de Vale do Itajaí. Graduada em Relações Internacionais pela Universidade do Vale do Itajaí(2013) e especialização em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo(2017).

Ricardo Stanziola Vieira

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1996), formação em Direitos Humanos- Instituto Internacional de Direitos Humanos, IIDH, França (1996); Diplomado pela Escola de Governo/Sp (1996); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina (2004). Pós-doutor no Centro de Pesquisa Interdisciplinar em Direito Ambiental, Urbanismo e gestão do território (Crideau, Universidade de Limoges - França, 2007-2008). Professor pesquisador temporário nas Universidades de Napoli (Itália); Alicante (Espanha); Oxford (Reino Unido); Sherbrooke (Quebec-Canadá); Ottawa (Canadá), Universidade de São Paulo (USP) e Universidade Estadual da Paraíba (Brasil). Docente nos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica e no Curso de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas - UNIVALI. Atua também em especializações envolvendo direito internacional ambiental e direito público. Tem experiência na área de Direito Público e Direito Ambiental; Governança e Relações Internacionais; Ética, Cidadania e Direitos Humanos; Ciência Política e Políticas Públicas. Atua principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental e Desenvolvimento Econômico; Teoria das Relações internacionais e Meio Ambiente; Direito Internacional Público; Socioambientalismo e Gestão Pública Democrática; Direitos Humanos e Segurança Pública. Membro da Academia de Direito Ambiental da IUCN. Pesquisador convidado do Centro de Pesquisa Interdisciplinar em Direito Ambiental, Urbanismo e gestão do território (Crideau, Universidade de Limoges - França), Membro diretor do Instituto "O Direito por um planeta verde", membro diretor da Associação de Professores de Direito Ambiental do Brasil - APRODAB; coordenador de Direitos Humanos e Políticas Públicas do Instituto de Estudos Direito e Cidadania - IEDC; Coordenador do projeto de pesquisa e extensão (Univali) - Laboratório de cidadania e sustentabilidade - Lacis.

Submetido em: 25/06/2020

Aprovado em: 19/09/2020

Resumo: A Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6938 de 1981, visa a preservação ambiental em consonância com o desenvolvimento econômico e social do país, estabelecendo, para tanto, as diretrizes e os instrumentos cabíveis. Figuram entre eles a avaliação de impacto ambiental e o licenciamento ambiental de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, que constituem um vínculo material entre a tutela do meio ambiente e os interesses econômicos pelo desenvolvimento. O conflito de interesses nesse contexto estimula o debate e acentua a necessidade de instituições fortes e eficientes, capazes de suprir a demanda dos diversos setores da sociedade. Sem esgotar a matéria, o presente artigo tem a finalidade de analisar a interação entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável a partir dos preceitos constitucionais e do instituto do licenciamento ambiental, considerando, também, os reflexos de tal interação no âmbito legislativo e as perspectivas de reforma do instrumento. Com base em pesquisa bibliográfica e legislativa, concluiu-se que, apesar da necessidade de reformas, a regulamentação do licenciamento ambiental não deve ser pautada pela sua flexibilização, especialmente observada a tendência de se utilizar a proteção do meio ambiente como moeda de troca em contextos políticos e econômicos. Ademais, destaca-se a ilegitimidade dos argumentos direcionados a sustentar um suposto antagonismo entre desenvolvimento e proteção ambiental.

Palavras-chave: Licenciamento ambiental; Desenvolvimento sustentável; Reforma legislativa.

Abstract: *The National Environment Policy, established by Law No. 6938 of 1981, aims at environmental preservation in line with the economic and social development of the country, establishing, therefore, the appropriate guidelines and instruments. These include environmental impact assessment and environmental licensing of effective or potentially polluting, which constitute a material link between the protection of the environment and economic interests through development. The conflict of interest in this context stimulates debate and accentuates the need for strong and efficient institutions capable of meeting the demand from the various sectors of society. Without exhausting the matter, this article aims to analyze the interaction between environmental protection and sustainable development based on constitutional precepts and the environmental licensing institute, also considering the reflections of such interaction in the legislative sphere and the prospects for reform of the instrument. Based on bibliographic and legislative research, it was concluded that, despite the need for reforms, the regulation of environmental licensing should not be guided by its flexibility, especially the tendency to use environmental protection as a bargaining chip in political and economic contexts. Moreover, we highlight the illegitimacy of the arguments directed to sustain a supposed antagonism between development and environmental protection.*

Keywords: *Environmental licensing; Sustainable development; Legislative reform.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Meio ambiente e desenvolvimento; 2. Licenciamento ambiental no Brasil; 3. Perspectivas para a reforma legislativa; Considerações Finais; Referências das fontes citadas.

INTRODUÇÃO

Historicamente pautado pela regulamentação das atividades econômicas e do aproveitamento dos recursos naturais em favor do desenvolvimento, o Direito Ambiental tem se aperfeiçoado no sentido de estabelecer uma perspectiva menos antropocêntrica, na qual a proteção do meio ambiente é necessária

por si só, e não mais apenas na medida em que é essencial para a manutenção da vida humana. Ainda assim, o desenvolvimento desenfreado que implica na exaustão dos recursos naturais é a norma universal, e a noção de proteção ao meio ambiente mantém um firme vínculo com o conceito de desenvolvimento e seu viés econômico.

Os processos de licenciamento ambiental e a obrigatoriedade de avaliações prévias de impacto ambiental para a concessão de licenças podem ser considerados avanços legislativos no intuito de instrumentalizar e dar efetividade para as normas que tutelam o meio ambiente. Da mesma maneira, existem como materialização da essência preventiva do Direito Ambiental, que visa orientar as atividades humanas no sentido de reduzir os riscos e evitar os danos ao invés de buscar repará-los, quando possível, ou de condenar a humanidade a conviver com os efeitos da degradação do meio ambiente.

No entanto, o licenciamento ambiental no Brasil é alvo de críticas e matéria de controvérsias legislativas. Por tratar de questões de interesse público, bem como de demandas dos setores produtivos, o licenciamento ambiental se encontra na fronteira entre o público e o privado, entre a copiosidade de normas e a falta de eficácia, entre a proteção do meio ambiente e o progresso.

Manifesta-se, então, um embate ideológico transportado para o domínio do Poder Legislativo, onde a flexibilização dos instrumentos de proteção ambiental é pauta recorrente. Nesse contexto, utilizando o método dedutivo e a partir de pesquisa bibliográfica e legislativa, a presente pesquisa buscou analisar a ideia de conflito entre o progresso e a manutenção de um meio ambiente saudável, considerando os preceitos constitucionais e os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Sem pretensão de esgotar o tema, foi feita também uma apreciação das propostas apresentadas para a regulamentação do licenciamento ambiental no Brasil.

Como objetivo geral buscou-se analisar as principais propostas de alteração legislativa no Congresso Nacional no que se refere à Avaliação de Impacto ambiental, com foco nos resultados e impactos gerados no âmbito do Direito Ambiental, até mesmo em relação à consolidada interpretação da Constituição Federal de 1988, bem como aos princípios fundamentais do Direito Ambiental.

Para melhor proceder a pesquisa foram estabelecidos alguns objetivos específicos assim enunciados: 1- Contextualizar e avaliar a implementação dos métodos de avaliações propostas nos Projetos de Lei em questão; 2- Verificar as variáveis e disposições dos Projetos de Lei, bem como sua “recepção” do ponto de vista principiológico; 3- Correlacionar Projetos de Lei e Emendas Constitucionais conexos com o tema, como os Projetos de Lei: 3.729/04, 4.996/13 que tra-

mita apensado ao 261/11 e a PEC 65/2012; 4- Identificar os reais interesses, se coletivos ou pessoais, que motivam a criação e aprovação dos Projetos de Lei supracitados; 5- Apresentar parecer após realizadas todas as etapas, com ênfase em suposta progressão ou regressão, se apresenta incongruência constitucional ou não.

Para coleta e análise de dados, o método utilizado foi o bibliográfico, incluindo pesquisa legislativa e jurisprudencial. Pautada pela perspectiva interdisciplinar no que se contextualiza do Direito Ambiental correlacionado ao desenvolvimento, a pesquisa foi realizada pelo método dedutivo, a partir dos princípios gerais do Direito Ambiental e dos preceitos constitucionais sobre a matéria e abordando a questão das propostas de reforma legislativa do licenciamento ambiental. Foram observados, também, casos da realidade concreta e da deliberação dos Projetos de Lei em questão, caracterizando a pesquisa como exploratória, qualitativa e aplicada.

1. MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO

A noção de antagonismo entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental tem se perpetuado na medida em que um é tido como obstáculo para o outro: enquanto o desenvolvimento implica em degradação ao meio ambiente, os esforços por maiores salvaguardas são vistos como barreiras para o progresso. Ainda que o conceito de desenvolvimento sustentável busque equilibrar os elementos sociais e econômicos em consonância com o ambiental, a própria ideia de repartição, de necessidade de se abordar os três fatores separadamente para que seja possível a apreciação do conjunto, representa por si só uma certa incompatibilidade entre as partes.

Logo, é fundamental exercer o questionamento quanto às consequências da manutenção de tal conflito na narrativa prevalente. Isso porque é a própria noção de incompatibilidade que colabora para perpetuar os argumentos utilizados quando da formulação de diretrizes e normas ambientais, especialmente no contexto de políticas pela sustentabilidade das atividades econômicas. Tanto no âmbito internacional quanto no legislativo brasileiro, a discordância a respeito do licenciamento ambiental surge de fontes representadas pelo discurso do “direito ao desenvolvimento”, este entrelaçado com interesses econômicos.

A Constituição Federal, no art. 170, VI, estabelece como um dos princípios gerais da atividade econômica, no cumprimento de sua finalidade de assegurar a todos uma existência digna, a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Previsto ainda em outros disposi-

tivos constitucionais, o princípio da proteção ao meio ambiente está consolidado principalmente pelo artigo 225, caracterizando a ordem econômica de maneira que, nas palavras de Eros Roberto Grau (2010, p. 256):

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de “retorno à barbárie”.

Nesse sentido, Cristiane Derani (2008) salienta a participação do fator natureza no que tange a utilização de recursos naturais no desenvolvimento de atividades econômicas, ainda que não haja uma quantificação monetária. A exploração da natureza é considerada tanto a base quanto a ruína da produção econômica, na medida em que a disponibilidade de recursos naturais é diminuída com sua utilização arbitrária. Um processo de desenvolvimento à custa do meio ambiente é, portanto, insustentável.

Definido pelo Relatório Brundtland como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades, o conceito de desenvolvimento sustentável implica, segundo Milaré (2014), na necessidade de um duplo ordenamento bem como de um duplo direito: o direito do ser humano se desenvolver, individual ou socialmente, e o direito de garantir que seus sucessores se desenvolvam nas mesmas condições favoráveis. Dessa maneira, há um compromisso recíproco no qual o direito de usufruir pressupõe o dever de cuidar.

Com a finalidade de consumir tal dever, dois dos princípios fundamentais do Direito Ambiental são especialmente relevantes. O princípio da precaução visa administrar o risco desconhecido, de modo que, nos termos da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a incerteza científica não seja utilizada como justificativa para adiar a adoção de medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (MILARÉ, 2014).

Por sua vez, o princípio da prevenção é aplicado quando o risco de dano é certo e conhecido, através de medidas anteriores à sua consumação. A prevenção é considerada elemento basilar do Direito Ambiental tanto pelo viés ecológico quanto pelo econômico, posto que reparar danos ambientais tende a ser trabalhoso e caro, quando não impossível. Devido à sua importância, o princípio da prevenção dá origem e respaldo a múltiplos instrumentos legais e administrativos para sua realização. Dentre eles, destaca-se a avaliação prévia de riscos, os processos de licenciamento e os incentivos em prol da utilização de tecnologias menos nocivas (SHELTON, 2005).

A adoção de práticas com o propósito de prever e reprimir atividades prejudiciais é, portanto, essencial para a manutenção de um meio ambiente saudável. A Avaliação de Impacto Ambiental – AIA surge, então, com a pretensão de se arquivar um processo informativo, capaz de identificar a possibilidade de danos e de evitar que ocorram, no que Derani (2008, p. 158) define como “âmbito de discussão e orientação da prática econômica”. Isso porque a AIA é considerada uma concretização da interação entre o direito econômico e a utilização sustentável dos recursos naturais, em favor de sua consonância e da promoção do direito ao desenvolvimento sustentável (DERANI, 2008).

2. LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO BRASIL

A Avaliação de Impacto Ambiental constitui um gênero, composto por espécies de instrumentos legais e infralegais de gestão, como o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), Relatório Ambiental Preliminar (RAP), entre outros (MILARÉ, 2014). A legislação introdutória do instrumento da Avaliação de Impacto Ambiental foi a Política Nacional do Meio Ambiente dos Estados Unidos (*National Environmental Policy Act – NEPA*), aprovada em 1969, que serviu de modelo para o estabelecimento de normas semelhantes em outros países, inclusive no Brasil e em acordos internacionais (SÁNCHEZ, 2013).

Precedendo e orientando a autorização da implantação de pólos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos e de instalações nucleares, os estudos de alternativas e de avaliações de impacto foram estabelecidos pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro em 1980, pela lei de zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição. O requisito se expandiu com a Lei nº 6938 de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e os instrumentos a serem implementados para a realização de seus objetivos (MILARÉ, 1988).

Dentre eles, a avaliação prévia de impactos ambientais, bem como o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (BRASIL, 1981). O Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) também foram instituídos na mesma ocasião.

A Política Nacional do Meio Ambiente é recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que contempla, ainda, a interdependência entre direitos e deveres em relação ao meio ambiente. Seu artigo 225 versa (BRASIL, 1988):

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dentre as incumbências do Poder Público inclui-se a exigência, na forma da lei, da realização e publicidade de estudo prévio de impacto ambiental “para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente” (BRASIL, 1988). Tal imposição é um exemplo da previsão legal do direcionamento preventivo do direito ao meio ambiente (MILARÉ, 2014), visto que estabelece mecanismos para a concretização dos deveres tanto do Estado quanto da coletividade, bem como do princípio da prevenção.

De acordo com Milaré (2014, p. 185), o Estudo de Impacto Ambiental tem como objetivo primário “evitar que um projeto (ou obra ou atividade), justificável sobre o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, revele-se posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente”. De modo geral, pretende-se orientar o processo decisório de execução de um projeto a partir do conhecimento obtido quanto aos seus possíveis impactos ambientais, considerando também as alternativas menos nocivas.

Os critérios e diretrizes gerais para o processo de licenciamento são de competência do CONAMA, convencionados a partir do conceito legal de impacto ambiental. Segundo o artigo 1º da Resolução 001/1986, considera-se impacto ambiental qualquer alteração ao meio ambiente resultante das atividades humanas que afete, de modo geral, o bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas e a saúde do meio ambiente (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 1986). Para que tais distúrbios sejam evitados, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente deve depender da elaboração de Estudo de Impacto Ambiental (EIA), bem como de um respectivo Relatório de Impacto no Meio Ambiente (RIMA), nos termos do artigo 2º da mesma Resolução.

A complementariedade entre o EIA e o RIMA é elucidada por Herman Benjamin (1992, p. 24), que diz:

O EIA é o todo: complexo, detalhado, muitas vezes com linguagem, dados e apresentação incompreensíveis para o leigo. O RIMA é a parte mais visível (ou compreensível) do procedimento, verdadeiro instrumento de comunicação do EIA ao administrador e ao público. Reflete “as conclusões do estudo de impacto ambiental”, contendo, entre outros aspectos, os objetivos, justificativas e descrição do projeto, de seus impactos, das medidas mitigadoras, uma síntese do diagnóstico ambiental da área, assim como indicação da alternativa mais favorável.

O RIMA constitui, portanto, a materialização da exigência de publicidade do EIA e do princípio da informação, facilitando a participação popular, inclusive no cumprimento da garantia de realização de audiências públicas como previsto pelo CONAMA (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 1986).

Por sua vez, o Licenciamento Ambiental é definido pela Resolução 237/97 do CONAMA como o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades que utilizem recursos ambientais, que sejam efetiva ou potencialmente poluidoras ou que possam de alguma maneira causar degradação ambiental. Nas palavras de Édís Milaré (2014, p. 789):

Como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico. Isto é, como prática do poder de polícia administrativa, não deve ser considerado um obstáculo teimoso ao desenvolvimento, como, infelizmente, muitos assim o enxergam.

É importante notar a distinção entre licenciamento ambiental e licença ambiental, que é o ato administrativo concluinte de cada etapa do processo de licenciamento. A licença “estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor”, podendo ser uma Licença Prévia (LP), Licença de Instalação (LI) ou Licença de Operação (LO). Admite-se a emissão de licenças de forma isolada ou sucessiva, tal como a possibilidade de licenciamento simplificado para atividades de pequeno potencial de impacto ambiental (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 1997).

Com a licença prévia, concedida na fase preliminar do empreendimento ou atividade, tem-se a aprovação de sua localização e concepção, bem como de sua viabilidade ambiental, e o estabelecimento de requisitos básicos e condicionantes a serem cumpridos nas próximas etapas de sua implementação. A licença de instalação outorga o estabelecimento de tal empreendimento ou atividade nos termos das especificações dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes. Finalmente, a licença de operação, condicionada à verificação do efetivo cumprimento do estipulado pelas licenças anteriores, autoriza o início da operação da atividade ou empreendimento (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 1997).

Originariamente, nos termos da Lei 6938/81, a competência para o licenciamento era outorgada aos órgãos estaduais e, em caráter supletivo, à União. Em consonância com os dispositivos constitucionais, a Resolução nº 237 do CONAMA e a Lei Complementar 140/2011 regulamentam, também, a competência dos municípios em matéria de licenciamento ambiental.

A definição do órgão licenciador segue critério múltiplo, que considera a amplitude dos impactos, a localização, a dominialidade, o porte, o potencial poluidor e a natureza da atividade ou empreendimento, direcionando o licenciamento a um único nível de competência (MILARÉ, 2014).

Segundo Leme Machado (2014, p. 274), a diferença entre o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) é que o Estudo é de maior abrangência que o relatório e o engloba em si mesmo. O EIA compreende o levantamento da literatura científica e legal pertinente, trabalhos de campo, análises de laboratório e a própria redação do relatório, enquanto o RIMA refletirá as conclusões do EIA, desse modo, o EIA precede o RIMA e é seu alicerce de natureza imprescindível.

Segundo Gavião Filho (2005, p. 98), a principal estratégia em direção à definição das hipóteses de configuração do direito ao procedimento de estudo de impacto ambiental está na normalização infraconstitucional da Resolução 1/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Importante colacionar:

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

- a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;
- b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;
- c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados).

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto Ambiental o órgão estadual competente; ou o IBAMA ou quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.

Artigo 9º - O relatório de impacto ambiental - RIMA refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental e conterá, no mínimo:

I - Os objetivos e justificativas do projeto, sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais;

II - A descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais, especificando para cada um deles, nas fases de construção e operação a área de influência, as matérias primas, e mão-de-obra, as fontes de energia, os processos e técnica operacionais, os prováveis efluentes, emissões, resíduos de energia, os empregos diretos e indiretos a serem gerados;

III - A síntese dos resultados dos estudos de diagnósticos ambiental da área de influência do projeto;

IV - A descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação e operação da atividade, considerando o projeto, suas alternativas, os horizontes de tempo de incidência dos impactos e indicando os métodos, técnicas e critérios adotados para sua identificação, quantificação e interpretação;

V - A caracterização da qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como com a hipótese de sua não realização;

VI - A descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras previstas em relação aos impactos negativos, mencionando aqueles que não puderam ser evitados, e o grau de alteração esperado;

VII - O programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos;

VIII - Recomendação quanto à alternativa mais favorável (conclusões e comentários de ordem geral).

Parágrafo único - O RIMA deve ser apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação.

Percebe-se que o detalhamento é muito maior do que em um licenciamento de empreendimento de menor potencial degradador. No final do procedimento administrativo a empresa empreendedora terá como resposta o deferimento ou não do pedido de licenciamento ambiental. De acordo com Gavião Filho, “se os elementos colhidos ao longo da instrução do procedimento são desfavoráveis ao deferimento do licenciamento, não resta outra alternativa ao órgão ambiental competente senão negar o pedido de licenciamento ambiental”. (GAVIAO FILHO, 2005, p 124)

Se a decisão administrativa se afastar disso estará sujeita à confrontação jurisdicional. Se, por outro lado, os requisitos forem preenchidos satisfatoriamente, o pedido de licenciamento será deferido.

Finalmente, podemos constatar que o direito ambiental, e o licenciamento em especial, ganhou destaque em decorrência dos desastres ocorridos em Mariana e Brumadinho, Minas Gerais, e que expôs situações de licenciamento ambiental ineficiente e mal feito. Essa tragédia trouxe à discussão a importância do EIA – Estudo de Impacto Ambiental e sua fiscalização pelos órgãos ambientais responsáveis.

Outro ponto a ser destacado no trabalho é a escolha de alguns parlamentares para “melhorar” o licenciamento ambiental brasileiro, através da proposta de emenda à Constituição nº 65/12. No seguimento, tem-se a parte conceitual dos principais instrumentos da PNMA – o EIA, RIMA e o LA. A análise constitucional desses instrumentos revela a importância deles para um meio ambiente equilibrado, entretanto, será que estão sendo efetivos?

O EIA é realizado quando um empreendimento, no caso, uma mineradora, pretende se instalar, com o objetivo de se avaliar os benefícios e os impactos negativos no meio ambiente e o quanto desses impactos podem ser tolerados e a seguir recuperados e de que maneira.

Quando se trata das mineradoras, já se sabe que a degradação é certa e os impactos ambientais serão significativos, desse modo os critérios do estudo de impacto ambiental devem ser cautelosamente verificados e obedecidos e em Mariana o EIA foi realizado os riscos detectados e simplesmente ignorados pela empresa, como aponta a denúncia do MPF. Nesse ponto, entende-se necessária a conceituação dos riscos e breve análise dos mesmos. Juntamente com a observação das resoluções do CONAMA.

O desastre em Mariana trouxe à discussão a importância do Estudo de Impacto Ambiental, e a necessidade do Licenciamento Ambiental, principalmente em áreas de atividades de risco. O LA é o instrumento mais importante da política nacional do meio ambiente. Apesar dos piores desastres ambientais

ocorridos no Brasil, o setor privado reclama da morosidade no licenciamento ambiental e atualmente há na Câmara dos Deputados mais de vinte novos projetos tramitando, todos prometendo agilizar, desburocratizar e simplificar os procedimentos do LA que são obrigatórios para alguns gêneros de empreendimentos, como os das mineradoras, por exemplo.

Essas novas regras para o licenciamento ambiental em nada colaboram com o meio ambiente, muito pelo contrário, causam um retrocesso ambiental e aumentam os riscos de novas tragédias. (TRIGUEIRO: 2017)

O principal objetivo do LA é impedir desastres como os de Mariana e Brumadinho, o LA é obrigatório para certos empreendimentos há 36 anos, desde sua implementação com a Lei 6.938/1981, que trata do licenciamento ambiental, entretanto, mesmo com a nova Lei Complementar 140/2011, a legislação não especifica como e de que modo isso deve acontecer. O LA precisa ter força de lei e ele ainda não tem.

Também é necessária a padronização da legislação em todos os estados, pois, de outro modo irão brigar entre si para pegarem os empreendimentos facilitados. Diante da inefetividade do LA alguns parlamentares estão buscando como solução afrouxar o LA com este novo projeto de lei, quando se necessita justamente do contrário, maior rigidez e fiscalização (TRIGUEIRO, 2017). No próximo item passa-se a tratar dessas propostas de alteração legislativa.

3. PERSPECTIVAS PARA A REFORMA LEGISLATIVA

Andrea Vulcanis apresenta um panorama geral dos problemas centrais do licenciamento ambiental no Brasil a partir de três aspectos: conteúdo, processos de condução e questões de forma e de racionalização do instrumento (VULCANIS). A ausência de um planejamento integrado de desenvolvimento entre o setor econômico e o ambiental representa um distúrbio elementar, segundo a autora, na medida em que todo o debate quanto à realização ou não de um empreendimento ou atividade é transferido para o âmbito do licenciamento ambiental.

Nesse contexto, uma solução proposta para alterar tal sistema é a adoção da Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) como um instrumento para decisão política anterior ao licenciamento ambiental de certos empreendimentos e atividades, de maneira a integrar a variável ambiental às políticas governamentais de desenvolvimento (VULCANIS). Ao contrário do licenciamento e das modalidades mais comuns de avaliação de impacto ambiental, que tratam de projetos individuais, a AAE tipicamente aborda a avaliação das consequências ambientais de políticas, planos e programas (PPPs) (SÁNCHEZ, 2013).

A Avaliação Ambiental Estratégica já foi adotada no Brasil para a elaboração de estudos referentes a projetos de grande impacto, como o do Gasoduto Bolívia-Brasil e os de geração de energia hidrelétrica nas bacias dos rios Tocantins e Tibagi. Além disso, o estado de São Paulo foi pioneiro na tentativa de institucionalizar tal instrumento (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2002). Apesar de ainda não haver obrigação legal, a AAE costuma estar inserida nos projetos de lei geral de licenciamento ambiental.

A necessidade de regulamentação do disposto no artigo 225 da Constituição Federal e de atualização dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente pode ser considerada um consenso entre diversos setores da sociedade. Em face disso, uma variedade de projetos foi proposta tanto no âmbito do Congresso Nacional quanto no do CONAMA, que também reconhece as insuficiências do sistema vigente (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2015). No entanto, a concordância relacionada à urgência de melhorias no processo de licenciamento não se traduz nas propostas apresentadas, que costumam ser pautadas por interesses econômicos e ideológicos.

A narrativa dos setores produtivos, com protagonismo da bancada ruralista e da Confederação Nacional da Indústria, é fundamentada na noção de segurança jurídica e na desburocratização do processo para reduzir os custos dos empreendedores, estimulando os investimentos em favor do desenvolvimento econômico e social do país. Para tanto, as diversas propostas apresentadas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal têm em comum a intenção de flexibilizar o licenciamento ambiental no país a partir de três alterações principais: i) transferência total de competência para os entes federados; ii) diminuição da influência das autoridades ambientais; iii) isenção de licenciamento para atividades específicas.

Uma das possíveis consequências de se permitir que estados e municípios tenham total controle quanto ao grau de rigor do licenciamento ambiental é a chamada *race to the bottom*, fenômeno ocorrido nos Estados Unidos (VIG; KRAFT, 2010) e já observado no Brasil em matéria fiscal. Quando há autonomia para que os entes federados estabeleçam seus próprios padrões, há também um estímulo para que os critérios sejam menos rígidos, como uma forma de estratégia de desenvolvimento econômico. Assim como há uma “guerra fiscal” em disputas pela instalação de empresas multinacionais no país, por exemplo, a delegação total de competência para os entes federados tem o potencial de induzir o país a uma disputa ambiental (BRASIL, 2017).

O Projeto de Lei 3729/2004 é notório por ter sido objeto de debate e de diversas alterações ao longo dos anos. Em nota referente ao PL, o Ministério Público Federal se manifestou contrário à aprovação de normas sem análise criteriosa da matéria, que carece de abordagem técnica multidisciplinar e tem sido

tratada em caráter de urgência, além de apontar a falta de amplo debate com a sociedade civil. Segundo o MPF, apesar das alterações, “o texto mantém dispositivos nitidamente inconstitucionais, promovendo um inaceitável e vedado retrocesso socioambiental” (BRASIL, 2017, p. 03).

Tal projeto é o de maior proeminência no presente, tendo passado por múltiplas tentativas de aprovação em um contexto que visa interesses econômicos e vantagens para o agronegócio. O projeto, que simplificaria o processo de obtenção de licenças ambientais, passou por melhorias desde sua gênese, mas ainda significaria um retrocesso em relação ao *status quo* e, principalmente, se comparado às exigências para licenciamento em outros países, por exemplo, ou à possibilidade de utilização da Avaliação Ambiental Estratégica, objeto do PL 4996/13.

No Senado Federal, o PLS 654/2015 propôs um licenciamento especial, em rito uno, para empreendimentos de infraestrutura considerados estratégicos e de interesse nacional (BRASIL, 2015). Já a Proposta de Emenda Constitucional 65, apresentada em 2012 e levada ao plenário em 2016, pretende acrescentar o §7º ao artigo 225 da Constituição, determinando que: “A apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente”.

Tal dispositivo, segundo o MPF, significaria uma descaracterização do processo de licenciamento e impediria qualquer controle posterior sobre o cumprimento das obrigações do empreendedor. Observa-se, também, violação dos princípios de obrigatoriedade, anterioridade e publicidade do EIA, bem como dos princípios da prevenção e de informação do Direito Ambiental (BRASIL, 2012).

A proposta mais recente apresentada no Senado Federal é o Projeto de Lei 168/2018, que traz aspectos de projetos anteriores e adiciona características próprias, como a isenção de licenciamento para qualquer obra de saneamento ou captação de água e a autorização sem licença para a pavimentação de rodovias.

Percebe-se, assim, que os elementos constantes nas diversas propostas desenvolvidas para suprir as insuficiências da lei costumam visar a flexibilização dos critérios para a concessão de licenças, objetivando a melhoria do processo de licenciamento por meio da relativização de sua natureza preventiva de gestão dos recursos.

CONCLUSÃO

Diante das críticas ao licenciamento ambiental da maneira que é instituído e aplicado no Brasil e considerando a multiplicidade de interesses envolvidos, a

batalha legislativa que se estabeleceu em torno de sua regulamentação pode ser vista como uma decorrência natural de sua importância, tanto para a tutela do meio ambiente quanto para a concretização do direito ao desenvolvimento. Se por um lado não se pode abdicar dos instrumentos de controle da utilização dos recursos naturais e de práticas potencialmente lesivas ao ambiente, também há de se assegurar a eficácia de tais mecanismos, seja por meio de leis, diretrizes, estudos e compartilhamento de informação e, principalmente, de instituições eficientes, preparadas para suprir as demandas da sociedade e dos setores produtivos.

Com relação à compatibilidade constitucional e principiológica das propostas de alteração legislativa sobre o licenciamento ambiental, foi possível observar clara assimetria entre as medidas previstas nos Projetos de Lei com relação aos objetivos vislumbrados pelo legislador, quando da elaboração da Carta Magna, e os princípios gerais do Direito Ambiental. Foi estabelecido que a Constituição brasileira consolidou a proteção ao meio ambiente, inclusive como princípio norteador da atividade econômica no país e impondo não apenas ao Poder Público, mas também à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

A partir da análise constitucional da matéria, o estudo do licenciamento ambiental foi direcionado sob o prisma dos princípios do direito ambiental especialmente relevantes nesse contexto: o da prevenção e o da precaução, aliados aos princípios de informação e de participação. Uma vez que a finalidade dos instrumentos legais e infralegais de gestão ambiental estudados é de promover o conhecimento e evitar medidas danosas ao meio ambiente, qualquer flexibilização de tais mecanismos, seja na precarização dos estudos de impacto, na isenção do licenciamento ou na diminuição da participação popular, é uma flagrante violação dos princípios do direito ambiental.

Concluiu-se, assim, que a flexibilização dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente não é a solução para os problemas identificados nesse contexto. Pelo contrário, a reforma ideal deve ser feita no sentido de fortalecer o sistema como um todo, incluindo medidas precisas e capazes de garantir a credibilidade dos Estudos de Impacto Ambiental, a efetiva informação e participação da sociedade e a probidade do processo de licenciamento. Sobretudo, o aproveitamento dos recursos naturais deve ser pautado pela proteção ao meio ambiente, ainda que esta se dê no contexto do desenvolvimento sustentável.

As tentativas de enfraquecimento dos padrões de proteção ambiental e de esvaziamento e sucateamento de seus instrumentos persistem, inclusive com a colocação em pauta de outros projetos de lei com potencial de consequências desastrosas para os biomas brasileiros, bem como para a população e, principal-

mente, para as futuras gerações. A título de exemplo, observou-se, nos últimos meses, a emergência da discussão acerca da regulamentação do uso de agrotóxicos no país, com a tentativa de aprovação do Projeto de Lei 6299/02.

Desta maneira, subsiste também a relevância do acompanhamento de tais propostas e debates, especialmente a partir do conceito de vedação ao retrocesso. Considerando a característica inerente ao Direito Ambiental de se garantir a manutenção de um ambiente saudável para as futuras gerações, é imperativo que o patamar de tutela jurídica não esteja sujeito à involução. Em particular, observado o contexto político e econômico do Brasil, é necessário prevenir que as reformas legislativas em matéria ambiental não sejam concretizadas em detrimento da coletividade para o benefício de interesses particulares ou vinculados ao capital estrangeiro. Como visto, uma vez reconhecida a interdependência entre homem e natureza, e entre desenvolvimento e preservação ambiental, não há retrocesso que se justifique.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. Os princípios do Estudo de Impacto Ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 317, 1992.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 3729/2004*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://livraria.senado.leg.br/ebook.constituicao>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 6938*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica – A PEC 65/2012 e as Cláusulas Pétreas*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-pec-65-2012/>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica sobre o Substitutivo ao Projeto de Lei Nº 3.729/2004 apresentado pelo Dep. Mauro Pereira (versão de setembro de 2017)*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT620174CCRGTEPL3729.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018

BRASIL. Ministério Público Federal. *Parecer Jurídico nº 4 Referente ao Projeto de Lei nº 654/2015*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pec-65-documentos/parecer-juridico-pls-654-2015>. Acesso em: 22 abr. 2018.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Édís. A importância dos estudos de impacto ambiental. *Justitia*, São Paulo, v. 50, n. 141, p. 16-30, jan./mar. 1988. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25770>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Avaliação Ambiental Estratégica*. Brasília: MMA/SQA, 2002, 92 p.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Minuta de Resolução CONAMA que dispõe sobre critérios e diretrizes gerais para o licenciamento ambiental*. 2015. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/1C237C1B/PropResol_Rev237e01_1oGT%20\(2\).pdf](http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/1C237C1B/PropResol_Rev237e01_1oGT%20(2).pdf). Acesso em: 28 abr. 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Resolução Conama nº 001*, de 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 7 abr. 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Resolução Conama nº 237*, de 1997. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de Impacto Ambiental: conceitos e métodos*. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

SHELTON, Dinah; KISS, Shelton. *Judicial handbook on environmental law*, United Nations Environment Programme, 2005.

TRIGUEIRO, André. *Tragédia ambiental em Mariana (MG) completa um ano*. Cidades e Soluções. Disponível em: <http://g1.globo.com/globo-news/cidades-e-solucoes/videos/t/cidades-e-solucoes/v/cidades-e-solucoes-tragedia-ambiental-em-mariana-mg-completa-um-ano-o-que-foi-feito/5417471/>. Acesso em: 12 mai. 2017.

VIG, N.; KRAFT, M. (Ed.) *Environmental policy: new directions for the twenty-first century*. 5. ed. Washington, DC: CQ Press, 2010.

VULCANIS, Andrea. *Os problemas do licenciamento ambiental e a reforma do instrumento*. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131031141015_4012.pdf. Acesso em: 20 abr. 2018.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO NO BRASIL

POLICIES FOR THE ERADICATION OF DOMESTIC CHILD LABOR IN BRAZIL

André Viana Custódio

Professor e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado pela Universidade de Sevilha/Espanha, Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

Fernanda Martins Ramos

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, e em Direito da União Europeia da Universidade do Minho em Braga-Portugal, integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPPG/UNISC.

Submetido em: 09/06/2020

Aprovado em: 19/09/2020

Resumo: O presente artigo discute sobre as diretrizes para as políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil doméstico no Brasil e busca entender quais as medidas necessárias para que o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil possa alcançar a prevenção e a erradicação do trabalho infantil doméstico no Brasil. O objetivo geral deste artigo é formular diretrizes que articulem as estratégias do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil para a prevenção e erradicação do trabalho infantil doméstico no Brasil, e seus objetivos específicos é contextualizar o trabalho infantil doméstico no Brasil, sistematizar a legislação de proteção contra a exploração do trabalho infantil doméstico e propor diretrizes para prevenção e erradicação do trabalho infantil doméstico considerando as ações estratégicas do PETI e os indicadores de aprimoramento da política. Ainda é necessário aprimorar os de atuação nas ações estratégicas para que o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil possa atingir seus objetivos e finalidades em torno da prevenção e erradicação do trabalho infantil doméstico, principalmente no eixo da identificação mediante o envolvimento dos profissionais de ponta da rede de atendimento, tais como agentes comunitários de saúde, profissionais do CRAS e da rede de educação.

Palavras-chave: Criança; Adolescente; Direitos Humanos; Trabalho Infantil Doméstico; Políticas Públicas.

Abstract: *This article discusses the guidelines for public policies to tackle domestic child labor in Brazil and seeks information on what measures should be adopted for the Child Labor Eradication Program, which can obtain assistance and eradicate domestic child labor in Brazil. The general objective of this article is to guide strategic guidelines as strategies of the Child Labor Eradication Program to prevent and eradicate domestic child labor in Brazil, and its defined objectives are to contextualize domestic child labor in Brazil, to systematize the protection legislation against exploitation domestic child labor and to propose rules for the prevention and eradication of child child labor, taking into account PETI's strategic actions and policy improvement indicators. It is still necessary to improve the performance of strategic actions for the Child Labor Eradication Program, which can achieve its objectives and purposes around the damage and eradication of domestic child labor, mainly in the identification axis of the use of cutting-edge professionals in the health network. services, such as community health agents, professionals from CRAS and the education network.*

Keywords: *Child; Adolescent; Human Rights; Domestic Child Labor; Policies.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Trabalho infantil doméstico no Brasil. 2. A proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil doméstico. 3. As políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil doméstico. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa as diretrizes para as políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil doméstico no Brasil. O objetivo geral é formular diretrizes que articulem as estratégias do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil para a prevenção e erradicação do trabalho infantil doméstico no Brasil, contextualizando o trabalho infantil doméstico no Brasil, sistematizando a legislação de proteção contra a exploração do trabalho infantil doméstico e propondo diretrizes para prevenção e erradicação do trabalho infantil doméstico considerando as ações estratégicas do PETI e os indicadores de aprimoramento da política.

A pesquisa sobre este tema é extremamente relevante, pois os estudos constantes sobre o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil ampliam a área de conhecimento, dessa forma se tem um melhor entendimento sobre o contexto do trabalho infantil doméstico, a proteção jurídica do trabalho infantil, e as ações estratégicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil que aprimoram as políticas públicas para crianças e adolescentes.

O problema do artigo busca compreender quais as medidas necessárias para que o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil possa alcançar a prevenção e a erradicação do trabalho infantil doméstico no Brasil.

A pesquisa tem como método de abordagem o dedutivo, analisando questões gerais fundamentais para compreender o tema e suas especificidades, desta

forma, permite um estudo explicativo sobre o trabalho infantil doméstico e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), contribuindo para elaboração das políticas públicas de crianças e adolescentes. Como técnicas de pesquisa foram utilizadas a documentação indireta bibliográfica e a documental.

Para que o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil possa atingir seus objetivos e finalidades em torno da prevenção e erradicação do trabalho infantil doméstico é necessário: a) formulação de diagnóstico rápido participativo específico do trabalho infantil doméstico, pois os dados gerais são insuficientes para o alcance desta modalidade, b) aprimorar as estratégias do eixo identificação mediante o envolvimento dos profissionais de ponta da rede de atendimento, tais como agentes comunitários de saúde, profissionais do CRAS e da rede de educação, c) ampliar as estratégias de atendimento prioritário no âmbito dos serviços de proteção social básica da assistência social em contraturno escolar, d) qualificar os serviços de contraturno escolar na rede de educação, cultura, esporte e lazer, e) pactuar fluxos específicos de encaminhamento do trabalho infantil doméstico entre a rede de atendimento e os órgãos do Sistema de Garantias de Direitos.

1. TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO NO BRASIL

Para classificar uma situação como trabalho infantil é necessário analisar a idade da criança ou do adolescente, o tipo de trabalho efetuado, a carga horária e as condições em que é executado.

O trabalho infantil doméstico é considerado no contexto como o mais abrangente da exploração do trabalho infantil, esta prática coloca a criança e o adolescente em uma situação de completa exploração que na maioria das vezes a própria vítima nem percebe, sendo desta forma, um trabalho invisível e esquecido, pois é realizado no espaço privado, ou seja, dentro de sua própria casa. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009)

Na década de 90, o assunto ganhou visibilidade no cenário nacional e na mídia. Entrou definitivamente na agenda de problemas brasileiros e na pauta de jornais e revistas. Uma face do problema, no entanto, continuou invisível até recentemente: o Trabalho Infantil Doméstico. Apesar de ser uma velha prática no Brasil, parte da nossa herança escravocrata, ele era até pouco tempo ignorado pela maioria das pesquisas e pela própria imprensa. Em 2002, graças a estudos feitos por entidades da sociedade civil e pela Organização Internacional do Trabalho, virou notícia. Tirá-lo do anonimato já é um avanço, mas, a exemplo do que acontece com a cobertura do Trabalho Infantil em geral, ainda é necessário ampliar o foco das matérias, discutir causas, consequências e possíveis soluções. (PERES, 2003, p. 14)

O trabalho infantil doméstico é considerado como um trabalho invisível e naturalizado, pois sua prática ocorre no interior de suas casas. Em pesquisa realizada pela FNPETI no ano de 2013, o Brasil tem 3,2 milhões de crianças e adolescentes trabalhando, e dentre elas 213.613 (6,7%) ocupam os serviços domésticos, sendo que o maior número se encontra na faixa etária de 14 e 15 anos de idade. (BRASIL, 2015a)

O trabalho infantil doméstico é na maior parte praticado por meninas, conforme mostra a pesquisa feita pelo FNPETI no ano de 2013, que identificou 94,2% do trabalho doméstico no Brasil era realizado por meninas. Quanto à cor/raça, em 2013 73,4% das crianças e adolescentes que estavam laborando nessa atividade eram crianças negras. (BRASIL, 2015a)

O trabalho feminino no espaço doméstico continua sendo considerado sem valor, sem finalidade econômica, ocultando a contribuição efetiva das mulheres na manutenção das condições básicas de existência do agrupamento familiar. É assim que o trabalho infantil doméstico recebe o título de ajuda, pois o processo de socialização das meninas ocorre via trabalho doméstico. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009)

O trabalho infantil doméstico tem em suas características todos os elementos das piores formas de trabalho infantil, tais como a insalubridade, a periculosidade e a penosidade. Além disso, a responsabilidade dos afazeres domésticos como cuidar dos irmãos, preparar o almoço e o jantar e utilizar produtos de limpeza agressivos, traz danos para a saúde infantil, privando-os de uma infância digna. Esta prática também priva as crianças da devida frequência escolar e da convivência social com outras crianças. (SILVEIRA, 2019)

Analisando as causas do trabalho infantil, pode-se destacar a pobreza; a baixa escolaridade dos pais das crianças e adolescentes atingidos; a estrutura familiar; o sexo da pessoa entendida como “chefe da família”; a idade em que os pais começaram a trabalhar; o local de residência; entre outros. (KASSOUF, 2007).

As causas do trabalho infantil são diversas, porém, as principais dizem respeito aos aspectos econômicos, culturais e políticos. De forma econômica, o trabalho infantil é incentivado como um auxílio para a manutenção da família que possui baixa renda, pois se considera como necessário a atuação de todo o grupo familiar para a luta pela sobrevivência. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009).

No Brasil, uma das principais causas da exploração do trabalho infantil é a condição de pobreza ou de extrema pobreza que atinge parcela significativa da população. O trabalho infantil perpetua ciclos intergeracionais da pobreza, pois ele impede o desenvolvimento educacional e a profis-

sionalização, o que acarreta privação de melhores oportunidades futuras (CABRAL; MOREIRA, 2018, p. 5).

Em se tratando das causas culturais, observa-se que a probabilidade de as crianças trabalharem aumenta se os seus pais tiverem trabalhado na infância, pois isso gera uma visão positiva deste ato, e desta forma o ciclo se reproduz.

Também influencia a quantidade de irmãos que trabalham, pois quanto maior o número de irmãos mais novos na casa, maior as chances dos mais velhos terem que trabalhar para que seja proporcionado aqueles a frequência escolar. “Importante salientar que tal situação se aplica especialmente a famílias pobres, já que as mais abastadas conseguem escolarizar todos os seus membros” (COSTA, 2019, p. 60).

Contudo, apesar de ser um dos mais importantes motivos, a pobreza não é a única, pois se deve considerar também os aspectos culturais e tradicionais do trabalho infantil, ou seja, o aspecto educativo ou moralizador, que “está arraigado nas tradições, nos comportamentos de diversos” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009).

Com relação a educação, tanto o ingresso quanto a frequência escolar podem ser vistos como causas do trabalho infantil. O trabalho, ao ser conciliado com o estudo, acaba por prejudicar o desempenho de crianças e adolescentes em atividades Escolares. A fadiga pode resultar no abandono ou na diminuição do rendimento escolar. É necessário que haja uma reconstrução no modo como trabalho infantil é enfrentado, através de políticas públicas educacionais que, além de serem eficazes no oferecimento e na manutenção de crianças e adolescentes na escola, capacite os profissionais de modo que possam compreender o contexto em que a exploração está inserida. Porém, não são somente políticas públicas educacionais que são deficientes. As políticas públicas que dão acesso à cultura, ao lazer e ao esporte também são de suma importância para o combate da exploração do trabalho infantil. Apesar de haver programas de incentivo, faltam políticas que atendam de modo universal, que envolvam a articulação dos setores e comprometam as unidades da Federação. É válido citar ainda, que também existem deficiências nas políticas socioassistenciais (COSTA, 2019).

Além de todos já mencionados, a desigualdade social é uma das principais causas do trabalho infantil doméstico, pois a família necessita da complementação de renda para a sua sobrevivência, direcionando a criança automaticamente para o trabalho infantil. “A pobreza é resultado de políticas econômicas que geram e produzem as condições de desigualdade e marginalização social, concentrando

a riqueza nos estratos elitizados da população” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 79). Por isso:

O que põe a necessária e urgente reflexão dos movimentos sociais defensores dos direitos infantis em preocupar-se com a problemática do trabalho infantil, para além do discurso universal e ideológico de “erradicação” disseminado pelos organismos internacionais, focando o problema a partir das suas determinações econômicas, políticas e culturais, que remetem à configuração particular do trabalho infantil e da realidade da infância dos países de economia periférica dependente, que, de longe, se apartam da realidade dos países centrais. O que exige, para além da luta isolada e localizada em cada país, sua ampliação e articulação mundial, buscando, sobretudo, a integração junto aos demais países de capitalismo periférico, visando a alterar a base que fundamenta e reproduz a exploração do trabalho infantil no continente: a dependência e a superexploração da força de trabalho (LIRA, 2016, p. 228).

Sendo os fatores econômicos determinantes do trabalho infantil doméstico deve ser levado em consideração o contexto da precarização das condições de trabalho, os altos índices de desemprego adulto, baixa remuneração dos trabalhadores e as condições gerais de pobreza. As causas culturais representam o baixo nível de informações sobre as consequências do trabalho infantil e a transmissão intergeracional do trabalho precário. Já entre as causas políticas estão a insuficiência de políticas públicas, a exclusão escolar, a redução do financiamento público para políticas sociais, a falta de capacitação dos profissionais da rede de atendimento e dos operadores do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente e a falta de estratégias específicas para identificação e atendimento do trabalho infantil doméstico.

Como principais consequências do trabalho infantil tem-se a frágil educação, a reprodução do ciclo intergeracional de pobreza e os impactos na saúde e desenvolvimento de crianças e adolescentes. A baixa escolaridade e desempenho escolar acabam por reduzir as oportunidades de emprego adulto, restando apenas os trabalhos os quais não exigem qualificação, sendo eles também de baixa remuneração, e é desta forma que o ciclo de pobreza se mantém (KASSOUF, 2007).

Além disso, é extremamente difícil a frequência e permanência da criança na escola, pois sua extensa jornada de trabalho dificulta o acesso à mesma, criando um baixo nível de rendimento escolar até finalmente impactar na exclusão educacional definitiva (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009).

Além de todas as discriminações e exclusões às quais esses sujeitos já estão expostos, essas crianças e adolescentes apresentavam-se com al-

tos níveis de defasagem escolar, sobretudo os que exerciam o TID remunerado, submetidos às longas jornadas de trabalho e pouco tempo para dedicarem-se aos estudos e lazer. Mesmo aqueles que desempenhavam o TID ajuda e TID socialização possuíam defasagem escolar, demonstrando que, seja qual for a forma de TID, há grandes chances de haver implicações negativas na vida das crianças e adolescentes que os executam (ALBERTO; et al, 2011).

O trabalho infantil doméstico reproduz o ciclo de pobreza, visto que não é possível a criança a possibilidade de outro estilo de vida, sendo esta forma de trabalho caracterizada “pela ausência de pagamento ou pela remuneração através de pequenos bens ou salários ínfimos.” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009).

Em consequência, crianças e adolescentes de famílias pobres que foram explorados em atividades de trabalho infantil tendem a continuar em situação de pobreza quando da vida adulta, o que decorre de ciclos intergeracionais que não são rompidos pelas ações de políticas públicas e pela reprodução de fatores culturais (CABRAL; MOREIRA, 2018, p. 5).

Outra consequência do trabalho infantil é os danos resultados na saúde da criança e do adolescente, visto que os diversos trabalhos enfrentados foram originalmente criados para os adultos, que podem ser em locais insalubres, e com ferramentas e equipamentos muitas vezes perigosos, além de jornadas de trabalho muito maiores que o adequado (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2014).

O trabalho infantil doméstico afeta o desenvolvimento físico e psicológico de crianças e adolescentes, sendo que aquelas vítimas de tal prática geralmente não possuem capacidade para avaliar as consequências que seu ato irá trazer. “Além disso, o trabalho precoce tem efeitos que podem ser avaliados unicamente, no longo prazo, como as condições de reprodução da própria força de trabalho” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 102).

O uso do trabalho da criança e do adolescente em serviços domésticos em casa de terceiros tende a precarizar as relações de trabalho, provocando o rebaixamento dos valores médios de pagamento para esse tipo de serviço. As meninas que exercem serviço doméstico e são remuneradas reforçam a dependência econômica da família pelo seu trabalho, substituindo a mão de obra adulta pela infantil, nas escassas oportunidades de trabalho adulto (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 96).

Assim, além de serem extremamente prejudiciais ao desenvolvimento físico de crianças e adolescentes, as consequências do trabalho infantil doméstico

alcançam também a integridade psicológica, pois o trabalho infantil os faz desistir de uma parte importante de sua infância em prol do exercício de atividades laborais prematuramente (CABRAL; MOREIRA, 2018).

Por sua vez, as consequências do trabalho infantil doméstico se resumem na reprodução do ciclo intergeracional de pobreza, na infrequência e na evasão escolar, na elevação dos custos das políticas públicas de caráter reparatório e nos danos físicos e psicológicos que afetam a saúde das crianças e adolescentes.

2. A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO

A definição da Organização Internacional do Trabalho sobre trabalho infantil considera como aquele que priva as crianças de sua infância, seu potencial e sua dignidade, prejudicando o seu desenvolvimento físico e mental, e interferindo na escolarização, de modo a impedir a frequência escolar, obrigando-as a abandoná-la prematuramente ou exigindo a conciliação dos estudos com um trabalho excessivamente longo e pesado (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2020).

A Convenção n. 138 da Organização Internacional do Trabalho foi aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra no ano de 1973, entrando em vigor no plano internacional em 19 de junho de 1976. No Brasil essa convenção teve aprovação do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 179, de 14 de dezembro de 1999, sendo ratificada em 28 de junho de 2001 e promulgada pelo Decreto n. 4.134, em 15 de fevereiro de 2002; para no fim entrar em vigor em 28 de junho de 2002 (BRASIL, 2002).

Apesar dessa convenção decretar a idade mínima 15 anos, o Brasil em seu próprio ordenamento já havia estipulado a idade de 16 anos, permanecendo então essa idade. Ela é considerada uma das formas mais eficazes de abolição do trabalho infantil, e seu objetivo é estipular a idade mínima em que os adolescentes podem ser empregados, dispondo que a idade eleve-se progressivamente a um nível em que seja possível o desenvolvimento físico e mental, nunca podendo ser inferior a quinze anos ou à idade de conclusão da escolaridade obrigatória (BRASIL, 2002).

Em 6 de junho de 1973, em sua 58ª reunião em Genebra do Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho, foi aprovada a Recomendação n. 146, de caráter suplementar à Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho, versando também sobre a idade mínima para admissão a emprego (BRASIL, 2002).

Essa recomendação decreta a necessidade de adoção de uma política nacional para garantir a efetiva erradicação do trabalho infantil, sendo necessário ser atribuída alta prioridade às necessidades das crianças e dos adolescentes e tendo como objetivo garantir as melhores condições à eles.

No que se refere ao trabalho infantil doméstico destaca-se a importância da Convenção n. 182, da Organização Internacional do Trabalho, que trata sobre as piores formas de trabalho infantil aprovada em Genebra pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho e sendo reunida em 1^a de junho de 1999, em sua 87^a Reunião. No Brasil a convenção teve aprovação pelo Decreto Legislativo n. 178 do Congresso Nacional na data de 14 de dezembro de 1999, sendo ratificada em 02 de fevereiro de 2000, promulgada pelo Decreto n. 3.597, de 12.09.2000 e por fim entrando em vigor em 02 de fevereiro de 2001 (BRASIL, 2000).

Em seu artigo 3º a convenção dispõe sobre quais as piores formas de trabalho infantil, estando entre elas a escravidão, o tráfico de crianças a exploração sexual comercial e outras atividades pornográficas, e qualquer outro trabalho que prejudique sua saúde, segurança ou moral:

Artigo 3º Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas; c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes; d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança. (BRASIL, 2000).

No mesmo ano a Organização Internacional do Trabalho editou a Recomendação n. 190, que trata sobre a proibição e as ações imediatas para a erradicação das piores formas de trabalho infantil, complementando a Convenção 182, e contendo diretrizes gerais dos programas de ação para a eliminação do trabalho infantil (SOUZA, I. 2016).

A convenção n. 182 estabelece que os países membros devam elaborar uma lista indicando as atividades classificadas como piores formas de trabalho infantil atualizando a mesma periodicamente. No Brasil, o Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008, estabeleceu a lista das piores formas de trabalho infantil e incluiu

o trabalho infantil doméstico entre essas formas. A partir daí, o trabalho infantil doméstico passa a ser caracterizado como uma das piores formas de trabalho infantil e, portanto, proibido antes dos 18 anos de idade.

A legislação brasileira pode ser considerada uma das mais avançadas no que tange a proteção de crianças e adolescentes, visto que ela está em conformidade com as legislações internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, que trata sobre a proteção integral e a prioridade aos direitos da infância (CUSTÓDIO, 2009), a Convenção 138 e a Recomendação 146 da Organização Internacional do Trabalho, que estipulam a idade mínima para admissão ao trabalho e a Convenção 182 sobre as piores formas de trabalho infantil (PERES, 2003).

Trabalho infantil é toda a forma de trabalho realizada abaixo dos limites de idade mínima conferido pelas normas brasileiras. No Brasil é disposto pela Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXXIII sobre a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (CF, 1988).

Desta forma, entende-se que o trabalho realizado a partir dos quatorze anos de idade deverá ser na condição de aprendiz, contudo além de não estar expressamente encontrado nesse artigo o trabalho infantil doméstico, a prática deste não é possível na condição de aprendiz, nem na condição de um trabalhador comum, pois as características típicas de insalubridade e periculosidade o classificam como uma das piores formas de trabalho infantil, sendo utilizado o limite de idade mínima superior que é 18 anos, conforme regulamentado posteriormente pela lista das piores formas de trabalho infantil.

Em sintonia com o art. 7º, XXXIII da Constituição está o art. 227 que instituiu os direitos fundamentais da criança e do adolescente com base nos princípios jurídicos da proteção integral, tríplice responsabilidade compartilhada, prioridade absoluta e proteção especial contra qualquer tipo de exploração, nos seguintes termos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, 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 (BRASIL, 1988).

Desta forma, conforme o inciso I, § 3º do artigo 227 que dispõe sobre a idade mínima e conforme o artigo 7º, XXXIII, o trabalho infantil doméstico será amparado pela proteção integral da criança e do adolescente, “independentemente do tipo de trabalho que venha a ser realizado” (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 126).

Em 13 de julho de 1990 foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura a todas as crianças e adolescentes a regulamentação dos seus direitos fundamentais. No Estatuto foi incorporada a proteção integral da criança e do adolescente encontrada no artigo 227 da Constituição de Federal de 1988.

Com base na legislação internacional, o Congresso Nacional aprovou a Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e com 267 artigos ele se tornou o principal instrumento para a proteção das crianças e dos adolescentes no país.

A legislação internacional foi o esteio para que, depois de uma longa discussão com a participação da sociedade civil organizada, o Congresso Nacional aprovasse a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ainda que relativamente pouco conhecido em profundidade pela sociedade brasileira, o ECA, com seus 267 artigos, é o principal instrumento legal que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente (PERES, 2003, p. 26).

Utilizando-se da teoria de proteção integral da criança que trata sobre seu relacionamento com a sociedade, com a família e com o poder público, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, com o objetivo de assegurar e proteger os direitos de crianças e adolescentes (STEPHAN, 2002).

Ainda, assim como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente também dispõe sobre a proibição no Brasil da prática de trabalhos considerados insalubres ou perigosos por crianças e adolescentes. Tal proibição foi reiterada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente em seu artigo 67, inciso II, acrescentando ainda a vedação ao trabalho penoso (MINHARRO, 2003).

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho: I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; II - perigoso, insalubre ou penoso; III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social; IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola (BRASIL, 1990).

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente também veda todo e qualquer trabalho prejudicial ao desenvolvimento físico, psíquico e moral da criança ou do adolescente, e desta forma proíbe o trabalho noturno, ou seja, aquele entre às vinte e duas horas de um dia até às cinco horas do dia seguinte (BRASIL, 1990).

Desta forma, pode-se perceber que o Estatuto da Criança e do Adolescente é extremamente importante na luta dos direitos das crianças e dos adolescentes, pois complementa a Constituição brasileira na proteção contra o trabalho infantil doméstico, amparando sua regulamentação dos direitos fundamentais artigo 227 da Constituição Federal.

3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO AO TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO

Na sua origem o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) integrava a Política Nacional de Assistência Social e tinha como objetivo a transferência de renda e o trabalho social realizado com as famílias das crianças e adolescentes que se encontram em situação de trabalho infantil, além de ofertar serviços socioeducativos em atividades de contraturno escolar (BRASIL, 1993). Com a articulação e os avanços no campo da fiscalização foi notável a redução do trabalho infantil nos setores formalizados nas décadas de 1990 e 2010. No entanto, sendo as principais incidências de trabalho infantil encontrados em âmbito informal, como o da produção familiar, dos trabalhos domésticos, agricultura familiar e em atividades ilegais tornou-se necessário o reordenamento do PETI.

Com o redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil realizado em 2014 houve alguns avanços na medida em que foi reconhecido como uma política intersetorial para prevenção e erradicação do trabalho infantil. Embora, os avanços estruturais na política tenham sido importantes, alguns aspectos relativos ao cofinanciamento do programa e a prioridade para as chamadas área de alta incidência de trabalho infantil acabou por deixar descoberto das ações muitos municípios brasileiros.

Conforme o Ministério da Cidadania, o Redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, veio para solidificar as ações estratégicas, nesse sentido, ampliou o atendimento socioassistencial e familiar em ações territorializadas e intersetoriais. Tais ações têm como objetivo acelerar a erradicação do trabalho infantil com as parcerias de ações articuladas entre os Centros de Referência da Assistência Social – CRAS, os Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), que são integrados aos demais serviços socioassistenciais e à rede intersetorial (BRASIL, 2015b).

O Redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil veio para fortalecer o seu papel de gestão e de articulador da rede de proteção, por meio das Ações Estratégicas de combate ao trabalho infantil, sendo desta forma, importante destacar que a sua atualização aperfeiçoou as ações de transferência de renda e o trabalhos sociais com crianças, adolescentes e suas respectivas famílias (RODRIGUES, 2017).

O redesenho do PETI consiste na realização de ações estratégicas voltadas ao enfrentamento das novas incidências de trabalho infantil identificadas pelo Censo IBGE 2010 e no fortalecimento do Programa, com avanços da cobertura e da qualificação da rede de proteção social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Com o redesenho do PETI são aprimoradas as ações de transferência de renda e o trabalho social com crianças, adolescentes e suas famílias. Esse redesenho tem como objetivo potencializar os serviços da assistência social, bem como articular ações com outras políticas públicas, o que favorece a criação de uma agenda intersetorial de erradicação do trabalho infantil, que articule políticas, como saúde, educação, esporte, cultura, lazer, entre outras. Conselheiros tutelares, agentes de saúde, professores e outros profissionais devem estar envolvidos e qualificados para atuar nas estratégias integradas de enfrentamento às situações de trabalho infantil que permanecem invisíveis no Brasil ainda hoje (BRASIL, 2015b).

Com o redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, a sua gestão passou a ser extremamente necessário na articulação e no monitoramento de todas as ações e serviços, buscando principalmente a prevenção e a erradicação do trabalho infantil no âmbito do Sistema Único de Assistência Social e das políticas setoriais, e também mobilizando a política de assistência social como foco da rede intersetorial de prevenção e erradicação do trabalho infantil (BRASIL, 2015b).

As ações estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil se estruturam em cinco eixos de atuação. O primeiro deles é o de informação e de mobilização, que trata sobre a necessidade de criar ações sensibilização contra o trabalho infantil que estejam ao alcance de crianças, adolescentes, pais, professores, gestores públicos, empregadores e a sociedade, além de publicações, organização de palestras, entre outras ações (BRASIL, 2014).

Ainda se destaca o papel de articulação e mobilização exercido pela Agenda Intersetorial do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, desempenhado pelos Fóruns de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil. Este eixo busca combater a desinformação sobre danos ocorridos no trabalho infantil, e para isso é importante realizar audiências públicas e de articulações entre políticas seto-

riais diversas – tais como saúde, educação, cultura, trabalho, assistência social (SOUZA, 2016).

O segundo eixo de atuação é a identificação do trabalho infantil. Este eixo busca criar estratégias que identifiquem e considerem as características territoriais e alcancem situações que estejam invisibilizadas. Desta forma, são propostas estratégias de busca ativa, aproveitando as diversas atribuições e capacidades dos agentes da rede intersetorial, tais como os trabalhadores da assistência social, saúde, educação, conselheiros tutelares, líderes comunitários, entre outros. Nesse sentido, os sistemas e instrumentos de registro devem permitir os encaminhamentos necessários para a rede de atendimento, sendo eles o Cadastro Único, a Notificação Integrada, o Sistema de Informação do Serviço de Convivência - SISC e o Sistema de Condicionalidades do Programa Bolsa Família - SICON (BRASIL, 2014).

O terceiro eixo de atuação é a proteção social, que conforme as múltiplas vulnerabilidades do trabalho infantil visa incluir crianças, adolescentes, e também suas famílias, nos serviços e programas sociais, pois estes programas além de transformar suas realidades, torna-os o público prioritário para a transferência de renda e para o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos, além de programas de educação em tempo integral (BRASIL, 2014).

O quarto eixo de atuação são as ações de defesa e responsabilização que buscam a preservação dos direitos da criança, do adolescente e de suas famílias, sendo eles assegurados pelos órgãos do sistema de justiça, tais como o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Defensorias Públicas (BRASIL, 2014).

Por fim, o quinto e último eixo de atuação são as ações de monitoramento, que são responsáveis pelo monitoramento das ações estratégicas através das informações da gestão do Sistema Único de Assistência Social e de sistemas próprios das políticas, e desta forma é possível compreender a situação das crianças trabalhadoras e a articulação intersetorial do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. Desta forma, além de acompanhar o desenvolvimento de ações estratégicas em cada um dos territórios visa ainda aperfeiçoar as estratégias e a análise dos resultados das boas práticas de prevenção e erradicação do trabalho infantil (BRASIL, 2015b).

A responsabilidade de identificação do trabalho infantil doméstico é de toda rede de atendimento, pois sendo uma violação de direitos devem os profissionais ao tomar conhecimento de um caso, realizar o encaminhamento para a Centro de Referência Especializado de Assistência Social e notificar ao Conselho Tutelar. Além disso, a rede de atendimento poderá pactuar estratégias de busca ativa como forma de aprimorar a identificação do trabalho infantil doméstico

mediante a articulação entre CREAS, Conselho Tutelar e profissionais das redes de atendimento de educação, saúde e assistência social (BRASIL, 2015c).

Um dos principais desafios na estruturação das estratégias de identificação do trabalho infantil está relacionado à fragmentação dos bancos de dados e informações sobre violação de direitos. Destaca-se que a elaboração de formulário específico para notificação integrada do trabalho infantil poderia agilizar o fluxo de informações e atendimento de crianças, adolescentes e famílias. Tanto a notificação, quanto o encaminhamento do trabalho infantil requer a pactuação prévia dos fluxos de identificação e encaminhamento envolvendo os diversos atores da rede de atendimento e proteção aos direitos de crianças e adolescentes, em especial a gestão do Sistema Único de Assistência Social, a coordenação municipal do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e as equipes técnicas das áreas de saúde, educação e assistência social (BRASIL, 2019b).

Cabe ressaltar que como o trabalho infantil doméstico possui uma difícil identificação, sendo importante a comunicação dos casos realizada pela sociedade, “assim como a articulação do SGDCA pela mobilização da rede de proteção da criança e do adolescente” (SILVEIRA, 2019)

As informações de casos ou suspeitas de trabalho infantil serão registradas, para a devida notificação das ocorrências de violações de direitos e depois de notificada a ocorrência do trabalho infantil, deverão ser realizados os encaminhamentos necessários da criança ou adolescente para o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), e também o encaminhamento e o acompanhamento do grupo familiar da criança ou adolescente em situação de trabalho infantil para o acompanhamento e atendimento nos Centros de Referência da Assistência Social (PAIF/CRAS) e pelo Serviço de Proteção e Atendimento Especializado à Famílias e Indivíduos (PAEFI/CREAS) (BRASIL, 2015c). Nos municípios que não tiverem a unidade do CREAS instituído, a responsabilidade pelo atendimento será da equipe vinculada à gestão da assistência social.

Entre as estratégias de atendimento, é indispensável o registro no Cadastro Único (CADÚnico) de todas as famílias com situação de trabalho infantil independentemente da condição de renda. No entanto, as famílias que se enquadrarem nos critérios para transferência de renda terão acesso ao benefício socioassistencial. Já as crianças e adolescentes afastados do trabalho infantil doméstico serão encaminhadas para a escola e atividades de contraturno escolar como o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos ou outros serviços disponíveis no município, sendo considerado como público prioritário. Toda família identificada com uma situação de trabalho infantil deverá ser acompanhada pela equipe do CREAS pelo período mínimo de 03 meses (BRASIL, 2015c).

Por fim, destaca-se que a erradicação do trabalho infantil doméstico não se faz apenas com atividades de sensibilização e identificação, mas requer a estruturação de políticas públicas de atendimento que considerem a matricialidade sociofamiliar e a oferta de alternativas de atendimento para crianças e adolescentes de modo a substituir a situação de violação de direitos.

CONCLUSÃO

O presente artigo discorreu sobre as diretrizes para as políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil doméstico no Brasil entendendo as medidas instituídas pelo Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) para atingir a prevenção e a erradicação do trabalho infantil no Brasil.

Desta forma, apresentou-se o contexto, as causas e as consequências do trabalho infantil doméstico no Brasil, prática que comprometem o desenvolvimento físico, psicológico, cognitivo e moral das crianças e dos adolescentes, além de violar seus direitos fundamentais.

A exploração do trabalho infantil doméstico constitui fenômeno complexo e multifacetário, tendo como causas as questões culturais, econômicas e políticas, sendo a condição de pobreza e desigualdade o seu principal fator, que aliada as questões culturais reforçam o uso e a exploração de crianças e adolescentes brasileiros reproduzindo o ciclo intergeracional de pobreza.

No segundo capítulo destacou-se a legislação de proteção contra a exploração do trabalho infantil doméstico, analisando no âmbito internacional, a Convenção 138 e a Recomendação 146 a Convenção 182 e a Recomendação 190 que buscam a prevenção e a erradicação do trabalho infantil, e as normas nacionais da Constituição Federal e do Estatuto da Criança do Adolescente que objetivam a regulamentação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes amparados no artigo 227 da Constituição Federal.

Por fim, o terceiro capítulo descreveu algumas das diretrizes para prevenção e erradicação do trabalho infantil doméstico com base nas ações estratégicas do PETI e os indicadores de aprimoramento da política, discorrendo sobre os eixos de atuação e sobre o processo de identificação e encaminhamento do trabalho infantil doméstico.

Com a dificuldade de identificação do trabalho infantil doméstico, é necessário que as políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil criem estratégias específicas para essa prática, além de ampliar e aprimorar as já existentes como o eixo de identificação, para que desta forma sejam garantidos os direitos fundamentais de crianças e adolescentes pela rede de atendimento, de proteção e de justiça.

É necessário também, formular um diagnóstico rápido participativo específico do trabalho infantil doméstico, qualificar os serviços de contraturno escolar na rede de educação, cultura, esporte e lazer e pactuar os fluxos específicos de encaminhamento do trabalho infantil doméstico entre a rede de atendimento e os órgãos do Sistema de Garantias de Direitos.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Maria de Fátima Pereira et al. O trabalho infantil doméstico e o processo de escolarização. *Revista Psicologia e Sociedade*, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 293-302, ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822011000200010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Decreto 4.134, de 15 de fevereiro de 2002. Promulga a Convenção n. 138 e a Recomendação n. 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 fev. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Decreto 3.597, de 12 de setembro de 2000. Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil – FNPETI. *Trabalho Infantil e Trabalho Infantil Doméstico no Brasil: Avaliação a partir dos microdados da Pnad/IBGE (2012-2013)*. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: https://fnpeti.org.br/media/publicacoes/arquivo/Trabalho_Infantil_e_Trabalho_Infantil_Domestico_no_Brasil_2012_-_2013.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 nov. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI)*. Brasília, DF, 2015b. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 06 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI)*. Brasília, DF, 2015c.

Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/paefi>. Acesso em: 06 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania. *Perguntas e respostas: O Redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.assistenciasocial.al.gov.br/acervo>. Acesso em: 06 maio 2020.

CABRAL, Maria Eliza Leal; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A proteção internacional e nacional contra a exploração do trabalho infantil no marco da teoria da proteção integral. In: XV SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 15., 2018, Santa Cruz do Sul. *Anais*[...]. Santa Cruz do Sul, RS: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2018. p. 1-16. Acesso em: 07 maio 2020.

COSTA, Maria Carolina Dos Santos. *O programa de erradicação do trabalho infantil: diretrizes e estratégias de políticas públicas para crianças e adolescentes em Santa Catarina*. 2019. 163 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net>. Acesso em: 07 maio 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009.

KASSOUF, Ana Lúcia. O que conhecemos sobre o trabalho infantil? *Nova Economia – Revista do Departamento de Ciências Econômicas da UFMG*, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 323-350, 2007. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/490>. Acesso em: 15 jul. 2019.

LIRA, Terçália Suassuna Vaz. *O sentido do trabalho infantil doméstico: particularidades e contradições na esfera da reprodução social nas economias periféricas dependentes*. 2016. 244 f. Tese (Doutorado em Serviço Social), Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *O que é trabalho infantil*. 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/>. Acesso em: 07 maio 2020

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ABC del trabajo infantil*. Programa Internacional Para La Erradicación Del Trabajo Infantil (IPEC). México, D.F., 2014. Disponível em: <http://white.lim.ilo.org/ipcc/documentos/>. Acesso em: 07 maio 2020.

PERES, Andréia. *Crianças Invisíveis: O enfoque da imprensa sobre o trabalho infantil doméstico e outras formas de exploração*. São Paulo: Cortez, 2003.

RODRIGUES, Gabriela. *Conheça o PETI, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil*. 2017. Disponível em: <https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/>. Acesso em: 06 maio 2020.

SILVEIRA, Luciana. *Guia passo a passo: prevenção e erradicação do trabalho infantil na cidade de São Paulo*. 2019. Disponível em: <https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/>. Acesso em: 07 maio 2020

SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. 2016. 278 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

SOUZA, Ismael Francisco de; LEME, Luciana Rocha. *A proteção contra a exploração do trabalho infantil e seus reflexos no sistema único de assistência social (SUAS) no Brasil*. In: CUSTÓDIO, A. V.; DIAS, F. V.; REIS, S. S.; (Org.). *Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2014.

STEPHAN, Cláudia Coutinho. *Trabalhador Adolescente: em face das alterações da Emenda Constitucional n. 20/98*. São Paulo: LTr, 2002.

O DIREITO À DESCONEXÃO NO PERÍODO DE *HOME OFFICE*: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA QUARENTENA PELO COVID-19 NA SAÚDE DO TRABALHADOR

THE RIGHT TO DISCONNECT IN THE HOME OFFICE PERIOD: ANALYSIS OF THE IMPACTS OF QUARANTINE BY COVID-19 ON EMPLOYEE HEALTH

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento

Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Ius Gentium Conimbrigae (2014), Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (1993). Diretora Operacional do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, unidade de ensino de Lorena/SP. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito, Professora Assistente Doutora da Faculdade de Engenharia de Guaratinguetá (FEG/UNESP).

Raíssa Stegemann Rocha Creado

Advogada. Mestranda em Concretização dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (UNISAL - U.E Lorena). Estagiária docente da Universidade Estadual Paulista - FEG/UNESP (*Campus* Guaratinguetá).

Submetido em: 29/04/2020

Aprovado em: 19/09/2020

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a problemática do direito à desconexão no teletrabalho sob a ótica da saúde do trabalhador, mais especificamente no que tange ao trabalho a distância no atual contexto pandêmico (covid-19). Trata-se de tema relevante e atual, na medida em que considerável parcela de empregados e empregadores recorreu ao trabalho a distância como meio de dar continuidade às relações de emprego, face as bruscas mudanças trazidas pelo isolamento social. Para tanto, a pesquisa traça o instituto da jornada de trabalho e o direito à desconexão correlacionando-os ao trabalho em *home office*, posteriormente aduzindo a intensidade que a pandemia conferiu à modalidade de prestação de serviço e os impactos causados na saúde do trabalhador quando negligenciado o direito à desconexão do trabalho. Os métodos de pesquisa são analíticos e qualitativos, com estratégia bibliográfica e legislativa.

Palavras-chave: *Home office*; direito à desconexão; pandemia; saúde do empregado.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the problem of the right to disconnect in teleworking from the perspective of workers' health, more specifically with regard to distance work in the current pandemic context (covid-19). This is a relevant and current topic, as a considerable number of employees and employers resorted to distance work as a means of continuing employment relationships, in the face of the sudden changes brought by the social isolation. The research traces the institute of the workday and the right to disconnect correlating them to work at home office, subsequently arguing the intensity that the pandemic gave to this modality and the impacts caused to the worker's health when the right to disconnect from work is neglected. The research methods are analytical and qualitative, with a bibliographic and legislative strategy.*

Keywords: *Home office; right to disconnect; pandemic; employees health.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Jornada de trabalho e direito à desconexão. 2. Trabalho a distância: diferenças conceituais e normativas entre o empregado em domicílio e o teletrabalho. 3. O uso da tecnologia e dificuldades de desconexão do trabalho. 4. Quarentena, *home office* e saúde do trabalhador. 4.1. A Medida Provisória n. 927 de 22 de março de 2020. 4.2. Análise das consequências na saúde do trabalhador. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A crise mundial desencadeada pelo rápido avanço do vírus Sars-Cov-2, popularmente alcunhado 'Covid-19', tornou-se o maior desafio sanitário do atual século: a tríade composta pela alta capacidade de transmissão do vírus, o percentual de infectados que desenvolvem a doença em sua forma crítica e a falta de remédios e vacinas disponíveis levaram os sistemas de saúde globais ao limite, o que exigiu de autoridades governamentais a adoção de medidas drásticas no intento de evitar um colapso absoluto dos recursos humanos e tecnológicos hospitalares.

A despeito de várias medidas tomadas, a de maior destaque e endossada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) é a decretação de quarentena, ato que institui a proibição do deslocamento e aglomeração de pessoas através do isolamento social compulsório, que seja, determinar que os cidadãos em geral permaneçam em suas casas e só saiam em situações extremamente necessárias, ainda assim observados critérios de distanciamento e aparato de segurança como máscaras ou luvas.

Tal recomendação de paralisar as cadeias produtivas e manter apenas as atividades consideradas essenciais à manutenção social foi amplamente adotada por diversos países como forma de estabilizar a curva epidemiológica de contágio a níveis que o sistema de saúde possa suportar, restringindo a mobilidade em massa e modificando substancialmente as relações humanas e sociais, em especial, as empregatícias.

Isto porque as restrições de deslocamento impuseram a empregados e empregadores uma brusca necessidade de adaptação, no intento de que a prestação de serviços pudesse continuar mesmo diante da impossibilidade da presença física de ambos os polos da relação de emprego, o que acabou por destacar sobremaneira a modalidade do teletrabalho em razão da conectividade facilitada e do atendimento ao critério de quarentena social.

Assim, ressignificando o tempo e o espaço das relações de emprego, considerável parte da massa obreira continua exercendo suas atividades em seus lares, a partir de ferramentas tecnológicas e meios virtuais, cumprindo normalmente com a prestação de serviço que lhes cabe.

Ocorre, porém, que a solução encontrada traz implicação digna de atenção e estudo: a sistemática do teletrabalho, por não depender de presença física, acaba por sujeitar o empregado à uma disponibilidade exacerbada, que pode acarretar danos à sua saúde ao negligenciar o direito à desconexão das atividades laborais.

No vasto leque de aparatos tecnológicos disponíveis, como *smartphones*, *tablets* e *notebooks*, o empregador encontra um canal direto e praticamente instantâneo de acesso ao empregado, seja via e-mails, mensagens ou contatos telefônicos, que podem se dar a qualquer dia e em horários aleatórios, ainda que extrapolando a jornada contratualmente pactuada e ferindo os direitos à limitação de jornada e à desconexão para lazer, descanso e desfrute do empregado da sua vida pessoal, social e familiar.

No cenário atual, em que a adoção da prática do teletrabalho decorre de um caso fortuito e não de prévio acordo entre partes, inclusive com a edição da Medida Provisória n. 927/20 permitindo a modificação dos contratos de trabalho por ato unilateral do empregador, tais problemas podem se agravar, posto que este último necessitará ainda mais dos esforços dos empregados na tentativa de implementar as mudanças de inopino e normalizar o quanto antes as atividades dentro do espectro teletrabalhista.

Desse modo, elegendo a problemática do direito à desconexão no teletrabalho e tendo por objeto de pesquisa a saúde do trabalhador, o artigo ora apresentado perquire tal temática no escopo de estabelecer o liame entre as peculiaridades do teletrabalho, em especial no contexto pandêmico atual e os desdobramentos jurídicos decorrentes, e os impactos que estas causam na relação empregatícia e na saúde do trabalhador, física e psiquicamente.

Para tanto, a investigação inicia balizando conceitos relativos à jornada de trabalho e direito à desconexão, posteriormente diferencia o teletrabalho de outras modalidades correlatas e percorre os seus aspectos normativos, prosse-

gue discorrendo sobre o uso da tecnologia e problemas à saúde do trabalhador (em especial, a dificuldade de desconexão no *home office*) para, por fim, analisar a saúde do trabalhador sob a ótica do teletrabalho durante a quarentena atual. Por fim, metodologicamente classifica-se essa pesquisa como analítica e qualitativa, de estratégias bibliográfica e documental.

1. JORNADA DE TRABALHO E DIREITO À DESCONEXÃO

Embora o progresso da humanidade observe o labor humano em suas mais variadas fases, o emprego tal qual conhecemos hodiernamente, caracterizado pela prestação de serviço pessoal, habitual, eivada de onerosidade e cujo vínculo subordinativo tem caráter jurídico, é um fenômeno típico do século XIX.

As transformações culturais, jurídicas e sociopolíticas despontadas no século XVIII e maturadas a partir do século XIX, somadas posteriormente ao sistema econômico capitalista, estabeleceram como principal ligação do homem à cadeia produtiva o trabalho livre e juridicamente subordinado, distinto das formas anteriores em que a sujeição era pessoal e o trabalhador considerado “coisa” de um senhor – motivos pelos quais sequer pode-se falar em Direito do Trabalho nessas fases preambulares (DELGADO, 2018, p. 99).

No século XIX, com o advento da revolução industrial e a produção mecanizada em larga escala, vários movimentos operários emergiram no anseio de conquistar melhores condições de trabalho e coibir abusos recorrentes à época, como a exploração de mão-de-obra de grávidas e crianças, salários pífios, os diversos acidentes de trabalho, a falta de segurança na realização do labor, condições insalubres e, claro, as infundáveis e extenuantes jornadas de trabalho – que chegavam a durar 18 horas diárias, ocasionando mutilações e até mesmo a morte de vários operários (SASSE, 2014).

O problema das extensas e desumanas jornadas de trabalho era tamanho que se tornou a principal reivindicação dos movimentos sindicais e operários do final do século XIX, de modo que a primeira conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ocorrida em 1919, das seis convenções adotadas, dispôs logo na primeira delas uma regulamentação de jornadas na indústria: limitou-as ao máximo de 8 horas diárias e 48 horas semanais (OIT, 1919).

Ensina-nos o contexto histórico, portanto, que o nascimento e a regulação do instituto da jornada de trabalho aflorou visando proteger a saúde e a vida do trabalhador, que outrora era exposto a jornadas tão extensas e cansativas que afetavam não só seu desempenho e produtividade como também aumentava as chances de mortalidade.

Não obstante, o aperfeiçoamento das instituições e normas permitiu a evolução do Direito do Trabalho como área jurídica estruturante das relações empregatícias, reconhecendo o desequilíbrio de poder ali existente e a vulnerabilidade dos empregados, ao que conferiu uma abrangente tutela de direitos e garantias com vistas à preservação das boas condições de emprego e, em última instância, da própria dignidade da pessoa humana.

Na estrutura jurídica pátria, incontestemente que as discussões acerca de salário e jornada de trabalho sempre ocuparam posição de destaque e suscitaram entraves diversos, vez que tangem diretamente a questão do preço e da medida de trabalho que se coloca na relação empregatícia, respectivamente, para além das implicações na saúde do empregado (DELGADO, 2018, p. 1020).

O processo de industrialização no Brasil, a exemplo de outros países, provocou uma intensa e extensiva exploração da mão-de-obra que chegava a jornadas de 10 e 12 horas diárias – o único texto legal até então era o Decreto n. 313 de 1891, que apenas limitava o trabalho de menores de idade a jornadas de até 9 horas diárias e valia somente para o Distrito Federal (que, à época, era o Rio de Janeiro).

Somente em 1932 o tema avançou, quando o então presidente Getúlio Vargas sancionou o Decreto 21.364 estabelecendo a jornada máxima de 8 horas diárias e 48 horas semanais na indústria nacional.

Posteriormente, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) de 1943 aperfeiçoou o instituto da jornada, posto que limitou o período adicional de trabalho a duas horas-extras por dia, criou as férias no montante de 30 dias e estabeleceu o descanso semanal remunerado.

O ápice, contudo, viria com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que trouxe em seu bojo os direitos sociais, dentre os quais o Direito do Trabalho, cristalizando no mais importante diploma legal do país as normativas laborais e, mais importante, insculpindo no artigo 7º, inciso XIII, o direito dos trabalhadores rurais e urbanos à duração do trabalho não superior a 8 horas diárias e 44 horas semanais, facultado aos empregados compensarem seus horários ou reduzirem jornada por meio de acordo ou convenção coletiva.

A jornada de trabalho, neste sentido, não apenas tem por conceito ser o lapso temporal contratualmente firmado em que o empregado fica à disposição do empregado, como também é medida pela qual se afere a principal obrigação contratual do empregado que é justamente o tempo em que presta seu serviço ou está às ordens do poder diretivo do empregador.

Notório, portanto, que a compreensão do tempo e seus aspectos circundantes exercem grande papel nas relações sociais e de trabalho, pois sendo a jornada o elemento central do contrato trabalhista as regras que regem sua limitação são verdadeiras condições *sine qua non* para a vivência digna e equilibrada do ser humano (ALMEIDA; SEVERO, 2016, p. 19).

É uma concepção de tal forma imprescindível que qualquer alteração na jornada de trabalho tem por critério indispensável que siga à risca os comandos normativos ou pactuados em acordos e convenções, vez que a natureza das leis de jornada é imperativa e todos os princípios e regras cabíveis à regulação desta são obrigatórios – anulam qualquer renúncia que o empregado faça sobre vantagens ou situação que resulte das normas respeitantes da jornada, excetuados os que decorram do *jus variandi* empresarial, nos termos do art. 2, *caput*, da CLT (DELGADO, 2018, p. 1045).

Isto porque, como sabido, as atuais garantias conferidas à jornada de trabalho visam proteger os aspectos biológico, econômico, social e familiar porque, respectivamente, resguardam a saúde física e psíquica do empregado, a lucratividade do empregador que decorre da produtividade do empregado e está intimamente ligada ao descanso adequado deste e, ainda, conferem tempo livre para que o empregado vivencie suas relações interpessoais, sejam familiares ou sociais (BEZERRA LEITE, 2018, p. 542).

Por este motivo, o direito à desconexão tem se apresentado como uma importante ferramenta jurídica de resguardo dos interesses sociais e cidadãos nas relações de emprego.

Entendido como o direito do empregado trabalhar nos limites da jornada previamente estabelecida, literalmente se desconectando das atividades laborais quando finda a jornada, o direito à desconexão representa, ainda, o direito a descansar e não ultrapassar o tempo de prestação de serviço contratualmente determinado, de maneira a possibilitar que o empregado usufrua efetivamente suas horas de repouso e lazer (MONTEIRO, 2018).

Neste ponto, cumpra-se frisar com veemência que desfrutar efetivamente de seus períodos de descanso significa o empregado estar plenamente desvinculado do trabalho nos horários de descanso, não restando de sobreaviso, de guarda, à espera ou, simplesmente, à mercê de qualquer contato que o retire da condição de descanso e lazer – a exemplo, almoçar ou tirar férias com uma linha telefônica que, mesmo que não seja efetivamente acionada pelo empregador, gera no empregado a expectativa e ansiedade de poder ser contactado a qualquer momento (MAIOR, 2003, p. 17).

Embora a salvaguarda obreira reste mais evidenciada no direito à desconexão, este em verdade configura-se uma garantia tanto para ambos os polos da relação empregatícia quanto para a sociedade, afinal, além de preservar a saúde do empregado e render ao empregador maior produtividade de seus subordinados, permite que os cidadãos façam de suas vidas mais do que apenas trabalhar.

Assim sendo, o binômio da limitação do tempo de trabalho *versus* resguardo de interesses pessoais e sociais busca equilibrar a dinâmica em uma perspectiva que permita ao empregado conciliar suas atividades laborais (fonte de seus rendimentos e de realização profissional) com seus períodos de descanso, lazer, convivência social e familiar (fonte da realização pessoal):

longas jornadas de trabalho têm sido apontadas como fato gerador do estresse, porque resultam em um grande desgaste para o organismo. [...] Com relação ao fundamento de natureza econômica, tem-se que um empregado descansado é capaz de produzir mais e com melhor qualidade. Quanto ao fundamento de natureza social, sabe-se que o obreiro precisa dispor diariamente de tempo livre para realizar seus compromissos sociais e dar atenção à sua família. (TAVARES, 2016, p. 715)

Veza que ambos são imprescindíveis para uma vivência plena e digna, é fato que devem estar regulados e tutelados pela estrutura jurídica segundo suas valorações – mesmo porque o trabalho não deve ser uma força antagônica a uma vida digna e feliz, mas sim um dos meios para se alcançar esse fim.

2. TRABALHO A DISTÂNCIA: DIFERENÇAS CONCEITUAIS E NORMATIVAS ENTRE O EMPREGADO EM DOMICÍLIO E O TELETRABALHO

Com o avançar das novas tecnologias e as novas configurações sociopolíticas, o trabalho na sociedade moderna foi ressignificado ao abandonar o antigo paradigma do “onde se trabalha” pelo “o que se faz como trabalho”, em um movimento que tende a valorizar mais o quê e quanto o empregado pode agregar ao seu labor do que o local onde ele prestará esse serviço (LISTER; HARNISH, 2011).

Assim, a tradicional visão dos escritórios e salas formais com repartições cheias de empregados foram gradativamente cedendo espaço a novas modalidades de emprego que, impulsionadas pelo desponte tecnológico e virtual das últimas décadas, passaram a se distanciar fisicamente do local de trabalho.

Não é necessariamente uma novidade, já que o primeiro registro de trabalho praticado fora dos ambientes convencionais data de 1857, quando Edgard Thompson passou a usar o serviço privado de telégrafos da sua empresa para gerir equipes de trabalho remotas.

Em termos contemporâneos, o tema evoluiu perpassando concepções como a do norte-americano Jack Nilles a respeito da ‘telecomutação’ (substituir o deslocamento físico pelo deslocamento de informações via meios telemáticos), o empregado em domicílio e o próprio teletrabalho (OIT, 2019, p. 04 – 08).

Entretanto, embora o senso comum utilize tais vocábulos como sinônimos eles não o são, e o ponto inicial da análise de todas essas espécies deve ser o trabalho a distância, visto que este último é gênero amplo ao qual teletrabalho e trabalho domiciliar pertencem – em uma analogia, o trabalho a distância seria o tronco de onde emergem os galhos do teletrabalho e do trabalho em domicílio.

Assim, cumpre fixar inicialmente que o conceito de trabalho a distância é a prestação de serviço que se realiza fora do estabelecimento do empregador, sem o controle pessoal e deste, mas em seu benefício e presente os aspectos de admitir, assalariar e dirigir a prestação de serviço, pelo que efetiva seu poder empregatício e controla de algum modo o trabalho realizado, restando expresso no art. 6º da CLT.

Exemplos de trabalhadores a distância são carteiros, motoristas em geral e os vendedores viajantes ou praticistas, cujas atividades laborais são realizadas externamente ao estabelecimento do empregador e de modo incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Já dentre as espécies supracitadas, o trabalho no domicílio ocupa espaço social e empregatício há tempos em sua forma tradicional, tendo se revitalizado em um “novo” trabalho domiciliar com a expansão dos meios tecnológicos.

Tradicionalmente, o artigo 83 da CLT definiu o trabalhador em domicílio como a pessoa que executa seus serviços a partir de sua residência ou de oficina familiar, a mando de empregador que a remunera – os critérios de caracterização são poucos, sendo exemplos corriqueiros as costureiras e doceiras em geral.

Interessante notar, neste ponto, que a conceituação pátria do trabalho no domicílio difere da apregoada pela OIT na convenção número 177, denominada *Home Work Convention* e adotada em 1996 que, ressalte-se, não foi ratificada pelo Brasil e por outros 176 países (OIT, 1996).

Desta se extrai que trabalhador em domicílio é a pessoa que exerça suas atividades em casa ou local de sua escolha (porém, diverso do estabelecimento do empregador), percebendo remuneração e cuja atividade resulte em produto ou prestação de serviço conforme diretrizes do empregador, independente de quem forneça o equipamento e materiais necessários para tanto, a menos que essa pessoa tenha autonomia e de independência econômica bastantes para ser considerada trabalhadora autônoma em virtude da legislação nacional ou de decisões judiciais (OIT, 1996).

Já o ‘novo’ trabalho em domicílio é também conhecido por *home office*, preservando os quesitos anteriores com o diferencial de que é realizado através dos meios telemáticos e tecnologias de informação e comunicação, chamadas simplesmente de “TICs” (DELGADO, 2018, p. 1064).

A segunda espécie de trabalho do gênero “trabalho a distância”, o teletrabalho, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro há apenas 3 anos, por força da Lei 13.467/17 (a conhecida “Reforma Trabalhista”), que introduziu na CLT o capítulo II – A, “Do Teletrabalho”, do artigo 74 – A ou artigo 75 – E.

Trata-se da prestação de serviço que ocorre majoritariamente fora do local do empregador e por meio de TICs ou, nos termos do art. 75 – B da CLT, é o serviço preponderantemente prestado fora das dependências do empregador, empregando o uso de tecnologias de informação e comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Alguns aspectos importantes de se realçar quanto ao teletrabalho são que, primeiramente, eventuais idas do empregado ao estabelecimento do empregador para realizar atividades específicas que exijam sua presença não descaracterizam o teletrabalho (parágrafo único do art. 75 – B, CLT) e que a prestação de serviço nessa modalidade depende de previsão expressa no contrato empregatício ou em termo aditivo contratual (art. 75 – C, CLT).

Destaca-se positivamente a expressa incumbência ao empregador do dever de instruir ostensivamente os empregados quanto às precauções para evitar doenças e acidentes de trabalho (art. 75 – E, CLT), demarcando um caráter mais humanitário e dignitário ao voltar-se para a saúde do empregado.

Já em âmbito internacional a OIT vale-se do termo *telework* para designar o teletrabalho, mas sistematiza essa modalidade em categorias cujos critérios consideram as variáveis de local/espço de trabalho, horário/tempo de trabalho (se integral ou parcial), tipo de contrato (se assalariado ou independente) e as competências requeridas (o conteúdo do trabalho).

Dos conceitos aduzidos, é possível determinar que nem todo trabalho a distância pode ser considerado teletrabalho, já que existe também o trabalho em domicílio que também é feito a distância; também se afere que o trabalho em domicílio pode ser realizado por modo do teletrabalho, se empregar uso das TICs.

Destarte, respeitadas as diferenças conceituais e normativas do trabalho presencial e do trabalho a distância, ambos os tipos de atividades laborais são tratados com isonomia pela legislação, vide o artigo 6º da CLT, que dispõe que se presentes todos os pressupostos das relações de emprego prestadas, seja no

estabelecimento do empregador, no domicílio do empregado ou no realizado à distância, não se fará qualquer distinção entre eles.

Em linhas gerais, significa que a gama de garantias e proteções conferidas pela lei aos empregados não se altera em razão da modalidade em que se presta o serviço, sendo os direitos os mesmos para todos.

3. O USO DA TECNOLOGIA E DIFICULDADES DE DESCONEXÃO DO TRABALHO

O avanço da tecnologia contribuiu para dar maior agilidade às atividades a serem desenvolvidas pelos trabalhadores em geral – sem dúvidas, os diversos recursos tecnológicos aceleraram a comunicação e os processos, aproximando pessoas e empresas de diversas localidades do país e do mundo.

O grande desafio, porém, é utilizar os recursos tecnológicos respeitando os períodos de descanso do trabalhador, evitando que as tarefas sejam desenvolvidas em qualquer lugar e em qualquer horário, fazendo com que fique vinculado ao trabalho durante todo o tempo.

Em pesquisa realizada pela Global Mobile Consumer Survey, por exemplo, foi identificado que 80% dos brasileiros utilizam o WhatsApp pelo menos uma vez a cada hora, superando o uso do facebook, instagram e até e-mails.

O interessante, porém, é que a pesquisa aponta que “enquanto cerca de 44% das pessoas dizem se distrair com o celular durante o expediente, 90% delas afirmam usar o aparelho para fins profissionais fora do horário de trabalho” (PORTAL UOL, 2019).

Isso ocorre não apenas por impulso, mas também para o trabalhador se mostrar conectado à empresa em todos os momentos e obter uma boa imagem junto à empresa. Outras vezes, ainda, trata-se de exigência do próprio empregador.

Trata-se de uma lógica capitalista perversa, em que o capital humano é qualificado, mas não humanizado:

As pessoas que seguem empregadas, ouvem que é necessário um compromisso com a missão da empresa, serem felizes e fiéis, mesmo que tenham que ocupar funções aquém de suas qualificações ou com oferta de salários cada vez mais baixa [...] O mercado global é uma máquina que funciona no esquema 24/7; nunca dorme ou relaxa; não tem nenhum respeito pela luz do dia ou escuridão, pela noite e pelo dia. Se um país, empresa ou indivíduo não se adapta à cultura do tempo 24/7, haverá um preço a pagar (STANDING, 2017, p. 119 e 178, grifo nosso)

Caso a utilização do WhatsApp ocorra para a solução de problemas do trabalho, mas no período de descanso do trabalhador, poderá implicar na caracterização de horas extras, com o devido pagamento de adicional, uma vez que

Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

A tecnologia existe para facilitar a comunicação, entretanto, não deve haver uma ligação ininterrupta entre empregado e empregador. Se o empregado ficou prestando serviço por algum tempo ao empregador, pode haver hora extra, contudo, se ficou aguardando por contato, deve ser configurado o sobreaviso e imposto o pagamento de adicional de 1/3 da hora normal. A utilização do WhatsApp por meio dos famosos grupos no ambiente de trabalho deve ocorrer com muita cautela, uma vez que, a exposição indevida de algum empregado, de forma que denigra sua imagem pode implicar, por meio de um conjunto de ações, em assédio moral 390 e danos morais. O contrário, também pode se verificar, tendo em vista que algum comentário dos empregados poderá ofender a honra e a imagem do empregador (LE MOS; ALVES, 2017, p. 390 - 391).

Realmente, não são raras as vezes em que o trabalhador, mesmo na sua casa ou durante uma atividade cultural ou de lazer, rapidamente confere mensagens no celular e as responde instantaneamente.

Desta forma, seja checando e-mails ou mensagens no WhatsApp, o fato é que muitas vezes nos tornamos obcecados por obter as informações, mesmo sem percebermos, fora do ambiente de trabalho, o que nos impede de desvincularmos do trabalho mesmo nas horas de folga (CANDIDO; SOUZA, p. 07).

O mesmo ocorre para aqueles que exercem suas atividades em casa, seja em sistema de *home office* ou de teletrabalho.

Se, por um lado, o trabalhador conta com a comodidade de trabalhar em sua própria residência no horário que lhe seja mais conveniente, por outro corre o risco de estar vinculado durante todo o dia, inclusive finais de semana e feriados, desrespeitando a convivência familiar e momentos de descanso, cultura e lazer. Sem dúvida:

a tecnologia fornece à sociedade meios mais confortáveis de viver, e elimina, em certos aspectos, a penosidade do trabalho, mas, fora de padrões responsáveis, pode provocar desajustes na ordem social, cuja correção requer uma tomada de posição a respeito de qual bem deve ser sacrificado, trazendo-se ao problema, a responsabilidade social. (MAIOR, 2003).

Para evitar o desequilíbrio na vida do trabalhador, inclusive, algumas empresas adotaram medidas para bloquear o acesso aos e-mails corporativos dos funcionários no período de férias e horários de descanso, até mesmo para evitar condenações por horas extras.

4. QUARENTENA, *HOME OFFICE* E SAÚDE DO TRABALHADOR

O período de isolamento social decorrente da pandemia do COVID-19 levou grande parte dos trabalhadores a se adequarem ao sistema de trabalho a distância adotado por parte considerável das empresas, em especial o teletrabalho, modificando totalmente a forma de trabalho e a rotina diária dos empregados, tanto profissional quanto familiar e pessoal.

Em pouco tempo, e por vezes com aparato e técnicas improvisadas diante da urgência e inesperabilidade dos fatos, muitos desses profissionais tiveram que se adaptar à nova forma de trabalho e à tecnologia, juntamente com o enfrentamento do medo e da insegurança que a própria pandemia em si ocasionou.

No Brasil, a regulamentação dessas alterações se deu pela Medida Provisória nº 927, editada em 22 de março de 2020, cuja ementa trata das alternativas trabalhistas a serem adotadas em razão do enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública de ordem internacional por ocasião do Coronavírus.

4.1. A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 927, DE 22 DE MARÇO DE 2020

A Medida Provisória (M.P.) nº 927, editada em 22 de março de 2020, estabeleceu diversas diretrizes trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (COVID-19), impondo alterações substanciais nos termos legislativos até então vigentes sobre a temática.

Trazendo em seu bojo o capítulo II, “Do Teletrabalho”, a M.P. intenta regulamentar as modalidades de prestação de serviço à distância conforme as necessidades do atual contexto pandêmico – neste ponto, ressalte-se uma crítica técnica: conforme supracitado, teletrabalho é nomenclatura que designa uma das espécies do gênero trabalho a distância, portanto, sendo falha a denominação do capítulo.

Uma das medidas adotadas foi a autorização para o empregador alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância, de maneira que o trabalhador possa continuar exercendo suas atividades em segurança e cumprindo com o isolamento social:

Art. 4º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho (BRASIL, 2020).

Prima facie, a redação do artigo evidencia muito cristalinamente uma mudança brusca na própria pactuação da modalidade de prestação de serviço: pelos preceitos celetistas a aceitação do trabalho a distância decorre de acordo entre empregador e empregado que deve, necessariamente, constar no contrato empregatício ou em termo aditivo a este, ao passo que na MP a determinação passa a ser unilateral – cabe exclusivamente ao empregador decidir que o empregado migre da modalidade presencial para a modalidade à distância.

Não obstante, é de se ressaltar que tal medida atinge todos os empregados sem exceção, inclusive estagiários e aprendizes (art. 5º), sendo requisitado apenas que o empregador comunique-os com antecedência de 48 horas via eletrônica ou por escrito (art. 4º, §2º).

Outra alteração significativa diz respeito ao próprio conceito de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância elencado no §1º do quarto artigo:

§ 1º. Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no inciso II do caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1943 (BRASIL, 2020).

A despeito da miscelânea de termos e igualamento de seus ideários distintos, a redação do parágrafo repete o conceito de teletrabalho expresso no artigo 75 – B da CLT acrescido da expressão “ou totalmente fora das dependências do empregador”, reforçando que não mais apenas as prestações de serviço que ocorrem “preponderantemente” fora das dependências do empregador ali se enquadram, mas também as que assim são prestadas em sua totalidade.

É importante destacar que esta modalidade de trabalho autoriza o empregado a comparecer algumas vezes na empresa, caso seja necessário, porém, o trabalho deve ser preponderantemente fora da empresa, mas vinculado a ela pelos meios tecnológicos.

Sobre a aquisição, manutenção ou fornecimentos dos meios necessários à concretização do trabalho a distância, como câmeras e computadores, aludida M.P. deixou espaço amplo para negociação entre empregado e empregador, a ser firmada em documento escrito no prazo de 30 dias, como também previu a possibilidade de comodato de aparatos pelo empregador e, na impossibilidade deste, o cômputo da jornada de trabalho como tempo à disposição do empregador:

§ 3º As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho.

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância:

I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

Por fim, merece destaque o disposto no parágrafo 5º, do art. 4º da M.P. 927, quando estabelece que “o tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo” (grifo nosso).

Tal medida, por mais que se entenda necessária nesta fase de calamidade pública em que vivemos, pode representar um problema à saúde física e psíquica do trabalhador, uma vez que pode corroborar para o aumento do estresse: em primeiro lugar, pela própria situação que a pandemia nos causa; em segundo lugar, pelo excesso de trabalho e impossibilidade de desconexão e descanso.

4.2. ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS NA SAÚDE DO TRABALHADOR

De acordo com a Medida Provisória 927/2020, vários trabalhadores alteraram seu modo de trabalho, passando a laborar em suas residências.

É o caso, por exemplo, dos professores, desde o ensino fundamental até o ensino superior, uma vez que inúmeros colégios e universidades adotaram o modelo de aulas remotas para o cumprimento do conteúdo programático das disciplinas, assim como a realização de avaliações e atividades de aprendizagem, incluindo videoconferências realizadas por plataformas diversas e vídeos gravados na plataforma Youtube.

Muitos docentes utilizaram pela primeira vez a tecnologia para ministrar suas aulas, o que, mesmo caracterizando um desafio e um crescimento profissional significativo, certamente gerou insegurança e preocupação para se adequar à nova realidade.

O excesso de trabalho, somado à adaptação às novas rotinas e novas tecnologias, sem o efetivo gozo do direito ao descanso e à desconexão do trabalho, pode ocasionar vários tipos de prejuízos à saúde do trabalhador, a começar pelo aumento do nível do *stress*:

O *stress* é uma reação que possui componentes físicos, psicológicos, mentais e hormonais que pode se desenvolver frente a situações que representem um desafio para o indivíduo. Devido à ação perfeitamente integrada do *stress* sobre todo o organismo humano, seus sintomas podem ter uma caracterização somática ou psicológica. Algumas das manifestações físicas do *stress* são mais conhecidas e reconhecidas como tendo na sua gênese o *stress* como fator desencadeante, tais como doenças gastrointestinais, cardiovasculares, respiratórias, músculo-esqueléticas, dermatológicas e imunológicas. Porém, menos conhecidas são as conseqüências psicológicas do *stress* excessivo, tais como ansiedade difusa ou generalizada, insônia, esquizofrenia, episódios maníaco-depressivos e depressão (LIPP, 2020).

Um exemplo, portanto, é a depressão sintoma de estresse:

Para se diferenciar a depressão sintoma de *stress* é preciso analisar se a pessoa está tendo que fazer um esforço muito grande para se adaptar a algo, como por exemplo (...) mudança de emprego. Nos casos da depressão sintoma de *stress*, uma vez resolvido o estado de tensão, a depressão desaparece sem necessidade, na maioria das vezes, de medicação anti-depressiva (LIPP, 2020).

Em linhas gerais, jornadas de trabalho extenuantes resultam não só no esgotamento psicológico como também em um grande desgaste do organismo, que fatalmente desagua em um absenteísmo ocasionado pelos acidentes de trabalho e a alta rotação da mão-de-obra (TAVARES, 2016, p. 715).

Não obstante, o *stress* ocasionado pela situação da jornada estafante e com poucas desconexões para repouso traz à baila outros dois problemas, a saber, a síndrome do esgotamento profissional, também denominada de “*burn-out*”, e o dano existencial trabalhista.

Síndrome do esgotamento profissional é uma doença ocupacional, tipificada pelo Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99) e classificada como mazela pertencente ao grupo de transtornos mentais e de comportamento relacionados com o trabalho no Decreto 6.957/09, cuja caracterização se dá pelo colapso psíquico e emocional do empregado em razão de acentuado e contínuo *stress* vivido no ambiente laboral (DELGADO, 2018, p. 776):

Uma síndrome multidimensional constituída por exaustão emocional, desumanização e reduzida realização pessoal no trabalho. O Burnout é a maneira encontrada de enfrentar, mesmo que de forma inadequada, a cronificação do estresse ocupacional (MASLACH; JACKSON apud PEREIRA, 2013, p. 389).

Evidentemente, o liame entre as jornadas estafantes e o *stress* por elas desencadeado no empregado pode alça-lo à síndrome de *burnout*, vez que a dificuldade de desconexão do trabalho propicia um estado exaustivo crônico que leva ao esgotamento completo, submergindo os sentimentos de incapacidade e frustração pessoal e profissional.

Já o dano existencial se conceitua como a lesão ao tempo razoável do empregado para as atividades familiares, pessoais e sociais advinda da duração exacerbada de seu labor (DELGADO, 2018, p. 776).

Incontestemente que impor ao empregado o desprendimento de extensas horas dedicadas ao trabalho, desproporcionais ao razoável a ao apregoado pela legislação, levam ao esgotamento físico e mental, mas, sobretudo, suprime sua disponibilidade pessoal, familiar e social, motivo pelo qual se diz que o dano existencial na seara trabalhista tange a lesão ao empregado de fato dispor da sua vida para além da razão do labor – existindo não só como profissional, mas também como o ser humano que primeiramente é (DELGADO, 2018, p. 776).

Desta forma, considerando os impactos que o excesso de atividades e a adaptação à nova rotina profissional, familiar e pessoal podem afetar o trabalhador, é de extrema importância que a empresa também zele pelo descanso do trabalhador, com o objetivo de preservar a sua saúde física e mental, respeitando sua convivência familiar e não o sobrecarregando com tarefas.

Isto posto, os direitos inerentes à limitação da jornada de trabalho e direito à desconexão são claros no sentido de que, embora o trabalho seja também um

direito fundamental social e constitucionalmente esculpido, o direito de trabalhar não exclui ou trucidou outros direitos coirmãos como o direito ao lazer, ao descanso ou ao convívio social e familiar (ALMEIDA; SEVERO, 2016, p. 12).

Trata-se não somente dos aspectos físicos e mentais de um empregado, e sim da finalidade mais basilar e nobre sob a qual se funda toda sistemática jurídica e pela qual existem diversas garantias e direitos: a dignidade da pessoa humana.

Nas oportunas palavras do professor e jurista Sarlet:

[...] é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para sua existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2009, p. 69, grifo nosso).

Dessa forma, notório que resguardar o descanso e lazer dos empregados pela efetivação de seu direito à desconexão laboral, em sua plenitude, tange aspectos humanitários que superam os limites da relação empregatícia.

Significando, antes, tutelar e promover a própria dignidade do ser humano que, a despeito de ter também o direito ao trabalho, não nasce empregado, mas sim pessoa garantida nos direitos do lazer e da busca plena da felicidade.

CONCLUSÃO

Traçados os paralelos entre as configurações socioeconômicas do sistema atual e a maneira como as tecnologias afetaram o meio ambiente do trabalho, é notório que já há algumas décadas a forma de prestação de serviço na relação empregatícia tem sido substancialmente alterada.

Abandonando a importância tradicional conferida ao local do trabalho, a sociedade e o mercado de trabalho modernos passaram a se importar mais com o conteúdo e quanto o empregado pode agregar as atividades da empresa – o que também se evidencia na tendência das contratações que focam mais nas competências e habilidades do empregado do que as diplomações formais que possui.

Com tais progressos tecnológicos e conceituais, o trabalho a distância despontou e expandiu seus limites, possibilitando uma conexão direta e instantânea entre empregado e empregador, bem como exigindo dos juristas o estudo de novas saídas para os desafios que se apresentaram, em especial, a dificuldade de

controle de jornada do empregado a distância e a consequente jornada extensiva ou estafante que daí pode decorrer.

Imersos em uma cultura mercadológica capitalista extrema, os empregados são convocados à fidelidade, auto-sacrifício e disponibilidade irrestrita para suas atividades laborais: é preciso “vestir a camisa”, ser produtivo *workaholic*, proativo, e tantas outras qualidades que, a despeito do exagero poético do Ilustre jurista Ariano Suassuna, “não conheço um patrão com condições de ser empregado”.

Assim, acuados frente ao poderio empregatício e permeados da pretensa ‘meritocracia’ à custa do sacrifício pessoal, considerável número de empregados em regime de trabalho a distância são privados do direito à desconexão laboral, cumprindo extensas jornadas que acarretam o esgotamento físico e mental e perigam lançá-lo a doenças como *stress* crônico, síndrome de *burnout* ou depressão, para citar alguns exemplos.

Se é certo que o trabalho dignifica o homem, mais certo ainda é que a gênese dignitária do trabalho o antecede: não há dignidade no quinhão de vivência que desconheça o desfrute dos direitos ao lazer, ao descanso, à sociabilidade familiar e comunitária, ainda que cheia (ou só vivida em função) de trabalho.

Ante o exposto, resta evidenciado que o trabalho e o lazer não devem ser contrapostos em uma dinâmica de antagonismos infundados e que prejudicam o bom proveito de ambos, mas que estes se conglobam na mesma manjedoura da vivência plena e digna do ser humano, motivo pelo qual o equilíbrio na dosimetria dos direitos fundamentais ao trabalho e a uma vida digna e prazerosa é norte seguro para a atividade jurídica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações sociais do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2016.

CANDIDO, Jéssica; SOUZA, Lindinalva Rocha de. *Síndrome de Burnout: as novas forma de trabalho que adoecem*. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1054.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

LEMONS JUNIOR, Eloy Pereira; ALVES, Edmar Warlisson de S. Uso indevido do whatsapp no ambiente de trabalho. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26., Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II, 2017, São Luis. *Anais [...]*. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/6mb1v344/a83j62sN2a17c9Xt.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

LIPP, Marilda. *Relação entre stress e depressão*. Disponível em: <http://www.estresse.com.br/publicacoes/relacao-entre-stress-e-depressao/>. Acesso em: 27 abr. 2020.

LISTER, Kate; HARNISH, Tom. *The State of Telework in the U.S. - How Individuals, Business, and Government Benefit*. Disponível em <https://www.shrm.org/ResourcesAndTools/hr-topics/technology/Documents/Telework-Trends-US.pdf>. Acesso em 17 abr. 2020.

MATSU, Carla. *Home office em quarentena faz colaboradores trabalharem em média duas horas a mais por dia*. Disponível em: <https://cio.com.br/home-office-em-quarentena-faz-colaboradores-trabalharem-em-media-duas-horas-a-mais-por-dia/>. Acesso em 16 abr. 2020.

MONTEIRO, Fagner César Lobo. *O direito à desconexão como direito fundamental do trabalhador*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68226/o-direito-a-desconexao-como-direito-fundamental-do-trabalhador>. Acesso em 20 abr. 2020.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. *Convenção n. 01 - Horas de trabalho (indústria), 1919*. Disponível em https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001. Acesso em: 20 abr. 2020.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. *Home Work Convention, 1996*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322. Acesso em: 22 abr. 2020.

PEREIRA, Ana Maria T Benevides. *A síndrome de BurnOut*. Disponível em <https://bibliotecaprt21.files.wordpress.com/2013/09/livro-saude-mental-no-trabalho-2013-prt18.pdf>. Acesso em 28 abr. 2020.

PORTAL UOL. *80% DOS BRASILEIROS usa WhatsApp pelo menos uma vez por hora, diz pesquisa*. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/10/31/80-dos-brasileiros-usa-whatsapp-pelo-menos-uma-vez-por-hora.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 26 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SASSE, Cintia. *Luta dos trabalhadores resultou em menor duração da jornada*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/02/25/luta-dos-trabalhadores-resultou-em-menor-duracao-da-jornada>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/108056/2003_maior_jorge_direito_desconexao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 abr. 2020.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

TAVARES, Igor Antônio da Silva. Jornada de trabalho. direito à desconexão e dano existencial. *Revista LTr*, São Paulo, v. 80, n. 06, p. 714-725, 2016.

LINHA EDITORIAL

FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* estará permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceitará contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos interno e internacional.

SUBMISSÃO

Os trabalhos serão recebidos em fluxo contínuo e deverão ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

FORMATAÇÃO

Os **artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), obedecerão às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos arábicos, com exceção da introdução, conclusão e referências,

que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deverá ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

AVALIAÇÃO

Todos os trabalhos submetidos serão avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examinará a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, o texto será enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são douto-

res e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões serão enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.