

VOL. 1



ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**COORDENADORES: ANDRÉ BATISTA NEVES
E FÁBIO PERIANDRO**

**ORGANIZADORES: CARLA CONCHITA HIRSCH
E LARISSA AMARAL DA SILVA**

Coordenadores

André Batista Neves e Fábio Periandro

Organizadores

Carla Conchita Hirsch e Larissa Amaral da Silva

**ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS
DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

VOLUME I

Editora Direito Levado a Sério

Salvador, 2021

Editora Direito Levado a Sério

Salvador, Bahia

direitolevadoaserio@gmail.com

Capa

Carla Conchita Pacheco Bouças Hirsch

Editoração

Rodrigo Andrade

Conselho Editorial

Prof. Anderson Pereira

Prof. Dr. Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

Prof. Dr. Daniel da Fonseca Lins Junior

Prof. Dr. Fábio Periandro de A. Hirsch

Profa. Dra. Flora Augusta Varela Aranha

Prof. Dr. Jaime Barreiros Neto

Prof. Me. José Marcello Monteiro Gurgel

Prof. Dr. José Rômulo Magalhães

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha

Prof. Me. Rodrigo Andrade de Almeida

ISBN 978-65-87020-19-8

Dados Internacionais de Catalogação na Câmara Brasileira do Livro

H1v HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida (Coordenador)
NEVES, André Batista (Coordenador)

ESTUDOS UNIVERSITÁRIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. VOL. 1 Organização Bruno Sodré, Yago Nunes. Coordenação André Batista Neves, Fábio Periandro. 1 ed. Salvador : Direito Levado a Sério – 2021.

257p.

1. DIREITO. 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – Brasil. I. Sodré, Bruno. II. Nunes, Yago. III. Neves, André Batista. IV. Periandro, Fábio.

21.65603

CDU 342.7 (81)

Data do fechamento desta edição: 17/05/2021

Esta publicação poderá ser reproduzida e distribuída livremente, desde que em sua integralidade e de maneira gratuita, sendo vedada qualquer forma de comercialização, bem como modificação, edição, redução ou fragmentação, sem a prévia e expressa autorização da Editora Direito Levado a Sério.

A violação dos direitos autorais é crime, tipificado na Lei nº 9.610/1998 e punido na forma do art. 184 do Código Penal Brasileiro.

APRESENTAÇÃO

Quando o mundo muda, precisamos mudar também. A pandemia da COVID-19 instaurou um cenário de medo, incertezas e preocupação constante no âmbito social em todo o mundo e, com particular intensidade, no Brasil.

Já fomos o país com maior quantidade de óbitos no mundo. Motivo: negacionismo, boicotes institucionais, ineficiência administrativa, gestão temerária, desprezo pela vida humana dos mais vulneráveis, dentre outras questões.

O universo jurídico não poderia ficar alheio a esta realidade.

Quem mais sofre são os mais frágeis socialmente e, neste contexto, aparece a chama vívida dos direitos fundamentais brasileiros enquanto meios de preservação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do constitucionalismo.

Desde a emergência sanitária declarada pela Organização Mundial de Saúde, passando pelo estado de exceção sanitária que se impõe no Brasil desde março de 2020 até os dias atuais, como já era esperado, no cenário jurídico os direitos fundamentais são os mais afetados – debatidos, restringidos nem sempre com correção, fulminados ou até protegidos pela atividade judicante em nível nacional e, com desenvoltura ímpar, pelo Supremo Tribunal Federal.

Na educação superior a pandemia impediu o cotidiano da academia presencial. As aulas passaram para o ambiente virtual, aumentou a ansiedade e os afazeres. Mas a turma de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia no Semestre Letivo Suplementar do semestre 2020.2 contribuiu com ideias, questionamentos, posições interessantes, produção científica.

O livro que se apresenta para todos é o resultado de parte dos artigos apresentados como elemento de avaliação da disciplina. Os discentes estão de parabéns e provam que qualidade se apresenta desde cedo.

Os artigos não foram selecionados, e sim inseridos na medida em que os seus autores, os discentes, autorizaram a publicação. Eles têm qualidade tão boa que meu trabalho foi apenas organizar – com a ajuda indispensável e inestimável de Larissa Amaral e da instituição jurídica personificada chamada André Batista Neves.

Leiam, reflitam, divirjam, mas divulguem esta obra coletiva gratuita e de grande valor agregado. Obrigado a todos!

Professor Fábio Periandro de Almeida Hirsch

Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD-UFBA. Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFBA, da UNEB, da UNIJORGE e da Faculdade Baiana de Direito.

SUMÁRIO

10 ANOS DO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS NO BRASIL.....	6
A ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: POR QUE DEVERIA SER INCORPORADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O QUE PODE ESTAR EM JOGO NA AUSÊNCIA DISSO?.....	34
A CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL E A GARANTIA PERPÉTUA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	53
A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: DO CONFLITO ENTRE O DIREITO À SAÚDE E O DIREITO À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA.....	71
A GARANTIA DO DIREITO À CRECHE ATRAVÉS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: GARANTINDO EFETIVAMENTE O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO	88
A SIMPLIFICAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO TITULAR DE DADOS NA LGPD E AS IMPLICAÇÕES NO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NAS REDES SOCIAIS.	104
COMUNIDADES QUILOMBOLAS E A LUTA PELO DIREITO AO TERRITÓRIO.....	121
DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS: DIREITOS EFETIVOS OU NÃO NAS CONSTITUIÇÕES	136
O DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD).....	153
DIREITOS FUNDAMENTAIS ADJUNTOS AO CÁRCERE FEMININO: UMA ANÁLISE SENSÍVEL SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS MULHERES ENCARCERADAS.	170
LIBERDADE DE DESLOCAMENTO E A LEI 13.979/20: COMO CAMINHA O IR E VIR EM MEIO À PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL	197
O DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR NO CONTEXTO NEOLIBERAL: O NEOLIBERALISMO COMO VIOLADOR DO DIREITO À SAÚDE	214
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTO <i>MARIA DE CONCEIÇÃO EVARISTO</i>	237

10 ANOS DO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Cristine De Carvalho Gleyser Gomes Da Silva¹

Resumo: No dia 20 de julho de 2020, em plena pandemia de COVID-19, a Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial) completou 10 anos. Com a intenção de promover a efetivação dos direitos fundamentais, presentes no Título II da atual Constituição da República Federativa do Brasil, esse diploma normativo traz maior especificidade quanto às atitudes necessárias para o enfrentamento do racismo, se comparado com a Carta de 1988. Entretanto, mesmo através de uma análise mais superficial, valendo-se apenas de notícias veiculadas nos meios de comunicação nacionais durante o ano de 2020, é possível constatar que a realidade não se adequa à norma. O presente artigo tem a pretensão de analisar os referidos dispositivos legais e propor soluções visando o enfrentamento ao racismo, a fim de garantir – e não somente promover - a igualdade na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Constituição. História do Brasil. Igualdade. Racismo.

1. INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou a pandemia de COVID-19². As ruas começaram a esvaziar-se, devido à necessidade de isolamento social para a contenção da doença. A casa, enquanto asilo inviolável do indivíduo segundo a Constituição Brasileira de 1988 (artigo 5º, inciso XI)³, passou a ser definida como o

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia

² MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. OMS declara pandemia de coronavírus. G1, 11 mar. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

ambiente mais seguro a ser frequentado, ao menos para evitar a contaminação pelo vírus. Dois dias depois, no hemisfério norte do continente americano, Breonna Taylor⁴ foi

assassinada em sua própria residência em Louisville, no Kentucky, desencadeando reações contra o racismo e a violência policial nos Estados Unidos.

Tanto no plano nacional quanto no plano internacional, o ano de 2020 fomentou o diálogo a respeito dos direitos fundamentais, em especial o direito à igualdade. Vivemos em uma democracia. Nossa própria Carta Magna atesta isso, classificando a República Federativa do Brasil como um “Estado Democrático de Direito” (artigo 1º, caput). Sendo assim, os cidadãos podem e devem exigir seus direitos, pois, segundo Marilena Chauí, é esse o “cerne da democracia”⁵.

Ao mesmo passo que a realidade começou – e ainda começa - a mostrar sinais de mudança diante das manifestações impulsionadas pela indignação e pela revolta, urge questionar: e a norma posta? Qual o seu papel para garantir uma mudança social?

Em 20 de julho de 2020, a Lei nº 12.288/2010 completou 10 anos. Ela dispõe, dentre outros aspectos, a respeito da “implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça” (artigo 1º, inciso VII)⁶. Em síntese, ela amplia a gama de direitos contidos no título II da atual Constituição do Brasil, inserindo, no ordenamento jurídico, meios de enfrentamento ao racismo.

Mesmo com a existência dos diplomas normativos supracitados, ainda nos deparamos com o racismo no dia a dia, hora após hora e minuto após minuto. A cada 23 minutos, um jovem negro é assassinado no Brasil⁷.

Com isso, podemos concluir que os direitos fundamentais se contrapõem à realidade, assim como a realidade se contrapõe aos direitos fundamentais, formando um ciclo. E é necessário quebrar esse ciclo, ao invés de perpetuá-lo. Para isso, faz-se

⁴ CASO Breonna Taylor: o que se sabe até agora sobre a mulher negra morta nos EUA. CNN Brasil, 24 set. 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/09/24/caso-breonna-taylor->

[o-que-se-sabe-ate-agora-sobre-a-mulher-negra-morta-nos-eua](https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/09/24/caso-breonna-taylor-o-que-se-sabe-ate-agora-sobre-a-mulher-negra-morta-nos-eua)>. Acesso em 26 nov. 2020.

⁵ CHAUI, Marilena de Souza. Convite à filosofia. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 558.

⁶ BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/12288.htm>; Acesso em: 26 nov. 2020.

⁷MARQUES, Marília. 'A cada 23 minutos, um jovem negro morre no Brasil'; diz ONU ao lançar campanha contra violência. G1, 07 nov. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/distritofederal/noticia/a-cada-23-minutos-um-jovem-negro-morre-no-brasil-dizonu-ao-lancar-campanha-contra-violencia.ghtml>>. Acesso em 26 nov. 2020.

necessário o uso e a aplicação das normas que já existem, assim como uma modificação do significado do termo “direito” baseando-se em uma análise pragmática da linguagem⁸.

O presente artigo irá tratar da Lei nº 12.288/2010 tendo em vista três aspectos: a construção histórica dos direitos fundamentais no Brasil; a diferença entre os conceitos de igualdade formal e igualdade material; e, por fim, a ausência de efetividade da norma posta, baseando-se na relação entre direito e democracia.

2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NO BRASIL

O Brasil é extenso, com dimensões continentais. Do “Oiapoque ao Chuí”⁹, o que não falta ao país é história – e memórias. A memória, segundo Marilena Chauí,

“não é um simples lembrar ou recordar, mas revela uma das formas fundamentais de nossa existência, que é a relação com o tempo, e, no tempo, com aquilo que está invisível, ausente e distante, isto é, o passado. A memória é o que confere sentido ao passado como diferente do presente (mas fazendo ou podendo fazer parte dele) e do futuro (mas podendo permitir esperá-lo e compreendê-lo)”¹⁰.

Dessa forma, analisar-se-á a construção histórica do direito fundamental à igualdade no Brasil, a fim de entender a permanência do racismo na sociedade do século XXI.

2.1 O BRASIL QUE CONHECEMOS HOJE

O Brasil que conhecemos hoje não é o Brasil que conheceremos amanhã, e tampouco é o mesmo que conhecíamos ontem. Porém, o presente guarda, de fato, semelhanças com o passado. Não só com o nosso próprio passado, mas, também, com todo o passado da civilização humana.

Em “A Política”, Aristóteles comenta a respeito da escravidão (servidão). Para o filósofo grego, “pelas leis da natureza, há homens feitos para a liberdade e outros para a

⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 16-17.

⁹ TEODORO E SAMPAIO. Do Oiapoque ao Chuí. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/teodoro-e-sampaio/883796/>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

¹⁰ CHAUI, Marilena de Souza. Convite à filosofia. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 164.

servidão, os quais, tanto por justiça quanto por interesse, convém que sirvam”¹¹. Nessa época, a escravidão era considerada um mecanismo a ser usado para garantir a consecução de certos fins, em especial os relativos à labuta física (trabalho braçal), sendo justificável não pela existência do conceito de raça, mas pela capacidade de certos indivíduos em se tornar “propriedade de outro”¹².

Para Oracy Nogueira, o racismo presente no Brasil se configura como “racismo de marca”, uma vez que

“Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é de marca; quando basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico para que sofra as conseqüências do preconceito, diz-se que é de origem.”¹³

Silvio Almeida, em sua obra “Racismo Estrutural”, afirma que o conceito de raça tem suas origens em meados do século XVI, se tratando de um conceito *relacional e histórico*, com um viés político e econômico¹⁴. A noção de raça, aliás, pressupõe “contingência, conflito, poder e decisão”¹⁵.

Vislumbrando a situação sob uma ótica eurocêntrica, no século XVI o Brasil havia sido “recém-descoberto”. Em 22 de abril de 1500, depois de 44 dias de viagem, Pedro Álvares Cabral chegou à então Ilha de Vera Cruz¹⁶. Foi essa mesma ótica eurocêntrica que levou os indígenas e africanos a serem escravizados, “em prol” de uma nação que, mesmo cinco séculos depois, continuaria a negar (ignorar) seu direito a ter direitos¹⁷

Ressalte-se a utilização do termo “escravizados”. No presente artigo, o termo “escravo” será utilizado apenas quando a transcrição de trechos o contiver, tendo em vista sua conotação discriminatória. Segundo Eunice Prudente, professora da Faculdade de Direito da USP, é correto afirmar que

¹¹ ARISTÓTELES. A Política. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2020.

¹² SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 247-251.

¹³ NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000100015>. Acesso em: 05 dez. 2020.

¹⁴ ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo Estrutural. 1. ed. São Paulo: Jandaíra, 2020, p. 24-25.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ BUENO, Eduardo. Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção. 1. ed. São Paulo: Leya, 2010, p. 28.

¹⁷ PEIXOTO, Cláudia Carneiro; LOBATO, Anderson O. C. Pensar a cidadania em Hannah Arendt: direito a ter direitos. Disponível em: https://direito.furg.br/images/stories/LIVROS/DIREITOS_SOCIAIS_FUNDAMENTAIS/04Peixoto2013_DSf.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2020.

“Não há, nunca houve, nem haverá escravos. O ser humano, sob violência física ou simbólica, tem sido escravizado, mas não escravo. O escravo é um ser inerte convencido de sua inferioridade face ao opressor, subordinado em todas as esferas da vida. Isso, nenhum ser humano o é. O que o mundo conhece sobre dominações – adicione escravidão, escravatura, escravismo – são formas de violência, impedindo e opondo-se ao exercício da liberdade¹⁸.”

Eduardo Bueno, em seu livro sobre história do Brasil, expõe as condições subumanas a que os africanos eram submetidos, da África até o Brasil, dos “navios negreiros” ou “tunbeiros” até a terra firme¹⁹. O autor afirma, portanto, que o “Brasil se tornou o maior país escravagista do mundo”²⁰. Diante disso, tem-se que

“entre 1501 e 1870, mais de 12,5 milhões de pessoas foram arrancadas do continente africano para trabalhar forçadamente no outro lado do Oceano Atlântico. (...). Dos 12,5 milhões de negros embarcados na África, 20% não chegaram vivos ao destino, vítimas de disenteria, escorbuto, varíola, sífilis e sarampo, ou da brutalidade dos comandantes.”

Foi somente a partir do século XIX, posteriormente à proclamação da Independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, que o país começou a mudar. A passos curtos, em uma via desnivelada, desigual. Mas o que importa, conforme inscrito em nossa bandeira, é a “ordem e progresso”²¹.

2.2 DA CONSTITUIÇÃO DE 1824 À CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

A Constituição figura no topo da pirâmide normativa de Kelsen. Sendo assim, podemos classificá-la como pedra angular do ordenamento jurídico de um Estado²².

¹⁸ PRUDENTE, Eunice. A escravização e racismo no Brasil, mazelas que ainda perduram. *Jornal da USP*, 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/a-escravizacao-e-racismo-no-brasil-mazelas-que-ainda-perduram/>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

¹⁹ BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção*. 1. ed. São Paulo: Leya, 2010, p. 124-126.

²⁰ Idem, *ibidem*.

²¹ MENDES, Vinicius. Ordem e Progresso: como as ideias de um filósofo francês do século 19 ajudam a entender a formação do Brasil. *BBC News Brasil*, 30 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53829948>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38-39.

A primeira Constituição do Brasil foi outorgada em 25 de março de 1824; foi, também, a mais longeva do país²³, mantendo-se em vigor por 65 anos, até a promulgação da Constituição da República, em 1891.

Nesse ínterim, quatro leis relativas à extinção do trabalho escravo foram sancionadas: a Lei Eusébio de Queirós (1850); a Lei do Ventre Livre (1871); a Lei dos Sexagenários (1885); e, por fim, a Lei Áurea (1888), que continha somente dois artigos²⁴.

Antes da Constituição de 1824 ter sido outorgada por Dom Pedro I, havia sido feito um projeto de Constituição com 272 artigos²⁵.

Segundo Paulo Bonavides, a Constituição de 1823

“Garantia os direitos individuais e políticos, sob a inspiração da Constituição francesa de 1791 e ao mesmo tempo formulava com originalidade um capítulo sobre os “deveres dos brasileiros”, no qual admitia o direito de resistência e declarava “dever do brasileiro negar-se a ser o executor da lei injusta”, reputando como tal a lei retroativa ou oposta à moral, mas unicamente “se ela tendesse a depravá-lo e a torna-lo vil e feroz”²⁶.

Assim como o texto constitucional formulado em 1823, a carta política de 1824 possuía uma forte influência francesa, garantindo direitos individuais e políticos²⁷; a despeito disso, nela não constava o princípio da igualdade.

Aliás, a palavra “igualdade” sequer aparece no texto constitucional da carta de 1824; no preâmbulo, também não se verifica qualquer menção a esse direito. Já o termo “igual” aparece três vezes na Constituição do Império²⁸.

Nesse sentido, no artigo 179, inciso XIII, tem-se que a “Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”²⁹. No entanto, o que estava na primeira carta política do Brasil não se verificava na prática. Isso continua a acontecer mesmo com a Constituição de 1988, que também é referida como “Constituição Cidadã”³⁰.

²³ NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2018, p. 9.

²⁴ BEZERRA, Juliana. *Lei Áurea. Toda Matéria*, 18 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/lei-aurea/>>. Acesso em: 30 nov. 2020. LIMA, Sílvia Tibo Barbosa. DIREITOS HUMANOS DOS NEGROS: Racismo estrutural, necropolítica, interseccionalidade e o mito da democracia racial no Brasil. Disponível em: <<https://periodicos.ufam.edu.br/index.php/reh/article/download/7917/5634>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

²⁵ NOTÍCIAS, Agência Câmara de. *Conheça a história da Assembleia Constituinte de 1823*. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/546341-conheca-a-historia-da-assembleia-constituente-de-1823/>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 363.

²⁷ Idem, *ibidem*.

²⁸ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 27 nov. 2020.

²⁹ Idem, *ibidem*.

³⁰ PONTUAL, Helena Daltro. *Uma breve história das Constituições do Brasil*. Senado Federal, 2013.

Além disso, no artigo 5º, afirma-se que a “Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo”³¹. Esse fragmento explicita as origens da intolerância religiosa no Brasil, que é “mais uma” dentre as tantas manifestações do racismo no país³². Somente a religião oficial do Império seria “digna” de ser cultuada em público; as demais deveriam ser ocultadas, “encobertas”, reprimidas, omitidas da sociedade³³. A partir desse trecho normativo, denota-se, portanto, uma feição negativa atribuída às “religiões não oficiais”.

Sessenta e quatro anos depois da outorga da lei fundamental do Império, no dia 13 de maio de 1888, sanciona-se a Lei Áurea (Lei nº 3.353)³⁴. Considerada por muitos o epítome do abolicionismo, o dispositivo fora assinado pela princesa Isabel com uma “pena de ouro cravejada de brilhantes, adquirida por subscrição popular e usada aquela única vez”³⁵.

Entretanto, Eduardo Bueno afirma que

“É evidente que a simples assinatura colocada pela princesa Isabel em um pergaminho rebuscado, libertando, a partir daquela data, os 723.719 escravos oficialmente existentes no país, não poderia resolver a questão. Três séculos de escravidão (durante os quais mais de 4,5 milhões de escravos haviam sido trazidos para o Brasil) não seriam riscados com um simples rabisco num papel – por mais sucinto, requintado e direto que fosse.”³⁶

Desse excerto, depreende-se que nenhum dispositivo normativo seria capaz de anular – ou, ao menos, de tentar “consertar” – o que ocorreu por mais de trezentos anos. Logo, a liberdade contida na Lei Áurea foi meramente simbólica³⁷, já que, segundo Barbosa Lima (2020),

Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

³¹BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 27 nov. 2020.

³²ROHDEN, Júlia. O que a intolerância religiosa tem a ver com racismo? Portal Geledés, 24 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/o-que-intolerancia-religiosa-tem-ver-com-racismo/>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

³³CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. Estado, Igreja e Liberdade Religiosa na “Constituição Política do Império do Brazil”, de 1824. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2020;

³⁴BEZERRA, Juliana. Lei Áurea. Toda Matéria, 18 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/lei-aurea/>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

³⁵BUENO, Eduardo. Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção. 1. ed. São Paulo: Leya, 2010, p. 228.

³⁶Idem, *ibidem*.

³⁷EUGÊNIO JR, Amauri. Por que o Brasil teve uma falsa abolição da escravatura? Alma Preta, 13 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.almapreta.com/editorias/realidade/por-que-o-brasil-teve-uma-falsa-abolicao-da-escravatura>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

“em termos práticos, a abolição não trouxe a propalada cidadania aos negros, pouco alterando, na realidade, as condições precárias de vida a que eles estavam submetidos em função da escravidão. Desamparados pelo Estado, a maioria dos negros libertos foi posta à margem da sociedade. Não por acaso, o sentido da palavra marginalizado, na época, foi associado à imagem do negro pobre, sem dinheiro, sem instrução e sem apoio do governo.”³⁸

A Constituição de 1891 foi promulgada após a proclamação da República e a ocorrência das chamadas “revoltas regenciais”, como a Cabanagem (1835-1840), a Balaiada (1838-1841), a Sabinada (1837-1838), a Guerra dos Farrapos (1835-1845) e a Revolta dos Malês (1835)³⁹. José Afonso da Silva afirma que os “federalistas surgem no âmago da Constituinte de 1823, e permanecem durante todo o Império, provocando rebeliões como as “Balaiadas”, as “Cabanadas”, as “Sabinadas”, a “República de Piratini”⁴⁰. De cunho federalista, essas revoltas também visavam mudanças sociais. Assim, ainda segundo o autor, tem-se que

“Em 1889, vencem as forças descentralizadoras, agora organizadas, mais coerentes, e não mera fragmentação e diferenciação de poder como existentes na colônia, mas certamente como projeção daquela realidade colonial que gerou, no imenso território do país, os poderes efetivos e autônomos locais, agora também aliados aos novos fatores que apareceram e se firmaram na vida política brasileira: o *federalismo*, como princípio constitucional de estruturação do Estado, a *democracia*, como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais”⁴¹.

Nesse sentido, o artigo 72, § 2º da carta política de 1891 dispõe que “Todos são iguais perante a lei”⁴². Pela primeira vez na história do país, a lei fundamental do Brasil trata do princípio da igualdade. Além disso, no preâmbulo dessa Constituição consta a respeito da organização de um “regime livre e democrático”⁴³. No entanto, a igualdade

³⁸ LIMA, Sílvia Tibo Barbosa. DIREITOS HUMANOS DOS NEGROS: Racismo estrutural, necropolítica, interseccionalidade e o mito da democracia racial no Brasil. Disponível em: <<https://periodicos.ufam.edu.br/index.php/reh/article/download/7917/5634>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

³⁹ RAMOS, Jefferson Evandro Machado. Revoltas Regenciais - causas, resumo. História do Brasil.Net, 02 set. 2019. Disponível em: <https://www.historiadobrasil.net/resumos/revoltas_regenciais.htm>. Acesso em: 01 dez. 2020

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 77.

⁴¹ Idem, *ibidem*.

⁴² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁴³ Idem, *ibidem*

contida nesse dispositivo era puramente formal, estando contida somente na teoria, e não na prática (igualdade material)⁴⁴.

A título de exemplo, em 1890 foi promulgada uma legislação (Decreto nº 847) que proibia a prática da capoeira no Brasil⁴⁵. Em face disso, Adineia Leme afirma que

“Até o ano de 1930, a capoeira era proibida no Brasil, isso ocorreu porque ela era analisada como uma prática subversiva e violenta, além de deixarem os negros sempre marginalizando a Lei. Em virtude disso, os policiais recebiam de seus superiores, determinações de prender os praticantes de capoeira se os pegassem em flagrante.⁴⁶”

Além disso, com “o fim da escravatura – ou, pouco antes, com a efervescência da campanha abolicionista -, o país deu início à “importação em massa” de imigrantes europeus⁴⁷, visando o “branqueamento” da população brasileira⁴⁸. De 1886 a 1914, 2,71 milhões de imigrantes chegaram ao país⁴⁹.

A Constituição de 1934 foi promulgada quatro anos após a Revolução de 1930, e dois anos após a revolta de 1932, que “levantou São Paulo contra o governo central, exigindo a imediata *reconstitucionalização*, que outra coisa não era senão a redemocratização do País”⁵⁰. Foi, notadamente, uma constituição de caráter social, assim como a Carta Política de 1946⁵¹.

A respeito da Constituição de 1934, José Afonso da Silva afirma que

“Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, *inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura*, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar.⁵²”

⁴⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: O Princípio da Isonomia. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁴⁵ LEME, Adineia. A Capoeira e a Legislação de 1890. Disponível em: https://www.inesul.edu.br/revista/arquivos/arq-idvol_38_1441742761.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁷ BUENO, Eduardo. Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção. 1. ed. São Paulo: Leya, 2010, p. 273.

⁴⁸ SANTOS, Renan Rosa dos. As políticas de branqueamento (1888-1920): uma reflexão sobre o racismo estrutural brasileiro. Por dentro da África, 4 set. 2019. Disponível em: <<http://www.pordentrodaafrica.com/educacao/as-politicas-de-branqueamento-1888-1920-uma-reflexao-sobre-o-racismo-estrutural-brasileiro>>. Acesso em 01 dez. 2020.

⁴⁹ BUENO, Eduardo. Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção. 1. ed. São Paulo: Leya, 2010, p. 273.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 368

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82.

Ou seja, a Constituição de 1934 enquadra-se na segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais, que,

“reconhecidos no século XX, sobretudo após a primeira Guerra Mundial, compreendem os direitos sociais, os direitos econômicos e os direitos culturais. São denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana. Esses direitos, por sua vez, exigem atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações.⁵³”

No preâmbulo da carta de 1934, explicita-se a relevância da “unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”⁵⁴. No artigo 113, ampliou-se a especificidade do princípio da igualdade material, contendo, pela primeira vez na história constitucional do país, a vedação à distinção por motivo de raça. Logo, todos “são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas⁵⁵.”

No plano internacional, a Constituição de 1934 foi precedida pela Convenção sobre a Escravatura, de 1926, que

“foi um acordo entre os estados membros da Liga das Nações que obrigava os signatários a eliminar a escravidão, o comércio de escravos e o trabalho forçado em seus territórios. Ela definia a escravidão como o estado ou a condição de uma pessoa sobre a qual poderes de propriedade são aplicáveis; o tráfico de escravos como atos envolvendo a captura, a venda ou o transporte de pessoas escravizadas; e o trabalho forçado como uma “condição análoga à escravidão” que precisava ser regulado e, finalmente, impedido.⁵⁶”

A Constituição de 1937, outorgada em 10 de novembro de 1937, é também denominada “Constituição Polaca”, pois foi inspirada na Constituição polonesa de

⁵³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 571.

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 02 dez. 2020.

⁵⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶ CONVENÇÃO sobre a escravidão. Biblioteca Digital Mundial, 14 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.wdl.org/pt/item/11573/#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20escravid%C3%A3o, trabalho%20for%C3%A7ado%20em%20seus%20territ%C3%B3rios.&text=A%20conven%C3%A7%C3%A3o%20foi%20assinada%20em,9%20de%20mar%C3%A7o%20de%201927>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

1935⁵⁷. Naquele mesmo ano, instaurou-se o Estado Novo. José Afonso da Silva afirma que Getúlio Vargas

“Fundamentou o golpe deitando proclamação ao povo brasileiro, onde disse entre outras coisas: “Por outro lado, as novas formações partidárias, surgidas em todo o mundo, por sua própria natureza refratária aos processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central”. Assim se implantou a nova ordem denominada *Estado Novo*. Prometeu plebiscito para aprová-lo, mas nunca o convocou. Instituiu-se pura e simplesmente a ditadura.⁵⁸”

O princípio da igualdade aparece duas vezes na Constituição do Estado Novo: no artigo 37, sendo vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “criar distinções entre brasileiros natos ou discriminações e desigualdades entre os Estados e Municípios”; e no artigo 122, instituindo-se que “todos são iguais perante a lei”⁵⁹.

No que tange à liberdade de culto, “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”⁶⁰. O respeito à diversidade religiosa está presente, mas de maneira condicional: os conceitos de “ordem pública” e “bons costumes” são dotados de elevada subjetividade, podendo ser utilizados para restringir a liberdade de crença de determinada parcela da sociedade. Mais uma vez na história, a lei fundamental do Brasil agia de maneira a fomentar a intolerância religiosa e o racismo. A única evolução a ser ressaltada, contudo, diz respeito ao grau de exposição desse fato: se em 1824 o texto constitucional deixava explícito que certas religiões não poderiam ser cultuadas em público, em 1937 isso passou a ocorrer de maneira velada.

Portanto, o texto constitucional da época visava o princípio da igualdade, mas se contradizia ao permitir a discriminação racial baseada em crença religiosa.

A Constituição de 1946 foi promulgada em 18 de setembro de 1946, e, conforme abordado anteriormente, foi uma carta de caráter social, seguindo o fluxo das leis fundamentais ao redor do globo, após o fim da Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido,

“Terminada a II Guerra Mundial, de que o Brasil participou ao lado dos Aliados contra as ditaduras nazi-fascistas, logo começaram os movimentos no sentido da

⁵⁷ PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2018, p. 18.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 82-83.

⁵⁹ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 02 dez. 2020.

⁶⁰ Idem, *ibidem*.

redemocratização do país: Manifesto dos Mineiros, entrevista de José Américo de Almeida etc. Havia, também, no mundo do pós-guerra, extraordinária recomposição dos princípios constitucionais, com reformulações de constituições existentes ou promulgação de outras (Itália, França, Alemanha, Iugoslávia, Polônia, e tantas outras), que influenciaram a reconstitucionalização do Brasil.⁶¹”

A feição social destaca-se no artigo 141 da Carta de 1946, que dispõe a respeito da “inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade”⁶². Mantém-se a menção ao princípio da igualdade, e o trecho que assegura o direito à liberdade de culto sofre poucas alterações.

Porém, no parágrafo 5º, tem-se que

“§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.”⁶³

A redação da última alínea do § 5º do artigo 141 da Constituição foi modificada pelo Ato Institucional nº 02, de 1965, acrescentando que “não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”⁶⁴.

Posterior à Segunda Guerra Mundial, em 24 de outubro de 1945 ocorreu a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU)⁶⁵. Três anos mais tarde, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que enfatiza os princípios fundamentais da igualdade e da liberdade⁶⁶.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83-84.

⁶² BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 03 dez. 2020.

⁶³ Idem, ibidem.

⁶⁴ BRASIL. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm#art12>. Acesso em: 03 dez. 2020.

⁶⁵ ONU SURTIU para garantir a paz e segurança do mundo. Governo do Brasil, 21 set. 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/09/onu-surgiu-para-garantir-a-paz-e-seguranca-do-mundo>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

⁶⁶ CARTA de Direitos Humanos completa 70 anos em momento de incertezas. Senado Notícias, Brasília,

Antes da Constituição de 1967, o Brasil promulgou, por meio do Decreto nº 58.563, de 1 de junho de 1966, a Convenção sobre Convenção sobre Escravatura de 1926 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956⁶⁷. Em síntese, esse dispositivo normativo contribuiu para ratificar o compromisso nacional com o princípio da igualdade, na medida em que tentou estabelecer o rompimento em definitivo com as práticas discriminatórias ocorridas ao longo da história do Brasil.

A Constituição de 1967 foi promulgada após o golpe de 1964. Foi, também, mais autoritária do que as demais Cartas Políticas, pois reduziu “a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e garantias constitucionais”⁶⁸. Entretanto, a despeito do caráter restritivo dessa Constituição, no artigo 150, § 1º, tem-se que todos “são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.”⁶⁹ A partir daí, o princípio da igualdade começou a integrar também o plano material, devido à previsão de punição.

Há quem considere que a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, foi a sétima Constituição do Brasil. No presente artigo, porém, dispensar-se-á uma análise do princípio da igualdade nesse dispositivo legal, tendo em vista sua relação e semelhança com a Constituição de 1967, já analisada.

Em 8 de dezembro de 1969, foi promulgada a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, através do Decreto nº 65.810.

Nesse dispositivo, elaborado com base na Carta das Nações Unidas, determina-se o princípio da igualdade formal ao estabelecer, no artigo V, que os “Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica”⁷⁰. O direito à igualdade continua a ser enunciado em cada uma das alíneas do referido artigo.

dez. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2018/12/70-anos-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

⁶⁷ BRASIL. Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966. Promulga e Convenção sobre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58563.html>. Acesso em: 03 dez. 2020.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 87.

⁶⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (de 24 de janeiro de 1967). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 03 dez. 2020.

⁷⁰ BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 03dez. 2020.

A Constituição de 1988 é também denominada “Constituição Cidadã”. Assim como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, foi inspirada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁷¹.

Ao contrário das demais Constituições, o texto destinado à promoção da igualdade encontra-se logo no início do texto constitucional, no artigo 5º. No preâmbulo da Carta Magna, o princípio da igualdade fundamenta-se como valor supremo de uma “sociedade fraterna, justa e sem preconceitos”⁷².

Conforme exposto através de análise histórica, o direito à igualdade já fora consolidado ao longo da trajetória jurídica do país, ao menos no sentido formal. Porém, conforme expresso por Paulo Bonavides, “cumprida toda uma trajetória de avanços sociais, das Constituições já não se reclamam direitos, mas garantias.”⁷³

2.3 O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL (LEI Nº 12.288/2010)

Em 5 de janeiro de 1989, a Lei nº 7.716 foi sancionada, definindo os crimes resultantes de raça ou de cor. E, há dez anos, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) foi incorporado ao ordenamento jurídico de nosso país.

O senador Paulo Paim (PT-RS) foi quem propôs o Estatuto pela primeira vez, em 1999, após visitar a África do Sul, ainda sob o regime do Apartheid⁷⁴. Posteriormente, no Brasil, resolveu se reunir com lideranças do movimento negro e construir uma política nacional de combate ao racismo⁷⁵. Apresentou-o pela segunda vez em 2003.

A lei sancionada em 2010 se diferencia da versão apresentada em 2003 devido à existência do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir)⁷⁶, “como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas

⁷¹ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos completa 70 anos. Notícias STF, Brasília, 10 dez. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398115>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 382.

⁷⁴ SENADO, Agência. Implantação efetiva de Estatuto da Igualdade Racial ainda é desafio no Brasil. Senado Notícias, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/20/implantacao-efetiva-de-estatuto-da-igualdade-racial-ainda-e-desafio-no-brasil>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

⁷⁵ Idem, ibidem.

⁷⁶ PAIM, Paulo. Estatuto da Igualdade Racial, Senado Federal, 2003. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pop_negra/estatuto_racial.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2020.

e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público federal”⁷⁷.

Em tese, a Lei nº 12.288/2010 é, pois, um verdadeiro exemplo do que os direitos fundamentais ensejam alcançar no Brasil. Subdividida em quatro títulos, seu conteúdo baseia-se não somente no princípio da igualdade formal, mas também no princípio da igualdade material. Ou seja: a norma está vinculada a um mecanismo de atuação positiva do Estado⁷⁸.

Ao contrário do Estatuto da Igualdade Racial, Paulo Bonavides afirma que, na Constituição de 1988,

“as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora⁷⁹.”

Assim, a Lei nº 12.288/2010 complementa a Carta Magna do Brasil, na medida em que define a esfera de atuação dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) no que concerne ao combate à discriminação racial. Isso se deve à presença de termos e conceituações precisas, que definem objetivos a serem alcançados pela sociedade brasileira.

Destaca-se o uso da expressão “pela sociedade brasileira”, ao invés de “na sociedade brasileira”. Os esforços para o combate à discriminação racial devem ser exercidos também pelo povo, pela população, enquanto elemento constituinte do Estado.

Na prática, nenhum dos dois se manifesta da maneira que podia, a fim de acabar com essa realidade que não deveria sequer existir. O Sinapir, por exemplo, conta com a adesão de apenas 67 municípios e 18 estados, além do Distrito Federal, e os planos municipais ou estaduais se enquadram na categoria básica dentre as modalidades de gestão⁸⁰.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm> Acesso em: 26 nov. 2020.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 382.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 169-170.

⁸⁰ TOKARNIA, Mariana. Apenas 67 municípios aderiram a sistema contra desigualdade racial. **Agência Brasil**, 20 jul. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-07/apenas-67-municipios-aderiram-sistema-contra-desigualdade-racial>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

A população brasileira, por sua vez, não se interessa nem pela política e nem pelo Direito, exercendo sua cidadania ativa apenas “a título de ilustração”, quando lhe convém⁸¹.

Mas o que é o Direito? O Direito não é composto apenas de leis, e tampouco é apenas mais um curso a ser lecionado nas Instituições de Ensino Superior. O Direito também não é tão amedrontador quanto parece ser, e tampouco deveria ser tão amedrontador quanto é. O Direito serve para, acima de tudo, balancear injustiças. A balança fica desequilibrada quando não há igualdade, quando o peso atribuído a um dos lados é maior do que o do outro.

No próximo tópico do presente artigo, serão abordadas as noções de igualdade formal e igualdade material; por fim, será abordada a relação entre direito e democracia, com base nos conceitos de aplicabilidade e efetividade e na dimensão pragmática da linguagem.

2. IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL

O direito à igualdade existe desde os primórdios da humanidade. Na Constituição de 1988, o princípio da isonomia faz parte do rol dos direitos fundamentais. Em *Convite à Filosofia*, Marilena Chauí afirma que quando “a democracia foi inventada pelos atenienses, criou-se a tradição democrática como instituição de três direitos fundamentais que definiam o cidadão: igualdade, liberdade e participação no poder.”⁸²

Nesse mesmo assunto, Paulo Bonavides cita Nitti.

“Segundo Nitti, os gregos consideravam democracia aquelas formas de governo que garantissem a todos os cidadãos a isonomia, a isotimia e a isagoria, e fizessem da liberdade e da sua observância a base sobre a qual repousava toda a sociedade política.”⁸³

O princípio da igualdade é uno, mas pode se manifestar de duas formas: através da igualdade formal, e através da igualdade material. Na Constituição de 1988, predomina a igualdade formal. Entretanto, é necessário que a igualdade material se concretize, através da vinculação entre a norma posta e a realidade, contribuindo para a ocorrência de mudanças sociais.

⁸¹ AMORIM, Maria Salete Souza de. **Cidadania e Participação Democrática**. Disponível em : <http://s3images.coroflot.com/user_files/individual_files/292402_j2SvCVZ0vJWMM2QkDhzkUMIDs.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁸² CHAUI, Marilena de Souza. **Convite à filosofia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 559.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 291.

A distinção entre igualdade formal e igualdade material está relacionada à distinção entre direitos e garantias. O princípio da igualdade formal, sem que haja a garantia da igualdade material, é inerte. Logo, “os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”. O termo “estabelecem-se⁸⁴” possui sujeito indeterminado, mas, na prática, a efetivação dos direitos fundamentais cabe ao Estado, bem como à população brasileira. Entretanto, como já exposto anteriormente, a atuação do Estado é precária no combate ao racismo. O Sinapir, por exemplo, foi instituído com o objetivo de implementar o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), mas não conta com o apoio do governo.

A falta de efetivação do princípio da igualdade em sentido material está, também, relacionada à histórica dicotomia entre direito positivo e direito natural. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

“Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas postas na Constituição, de algum modo “positivou-o”. E, depois, a proliferação dos direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos, aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres etc. provocou, progressivamente, sua trivialização. Uma coisa se torna trivial quando perdemos a capacidade de diferenciá-la e avaliá-la, quando ela se torna tão comum que passamos a conviver com ela sem nos apercebermos disso, gerando, portanto, alta indiferença em face das diferenças (cf. Luhmann, 1972, v. 2:255).⁸⁵”

Ou seja: os direitos fundamentais perderam o escopo. A “alta indiferença em face das diferenças” corresponde à precariedade de ações para promover a igualdade material. Todos os direitos são iguais, pois todos os direitos são fundamentais; logo, não há nenhum direito cuja aplicação deva ser mais enfática do que os demais, a fim de promover uma sociedade mais igualitária e justa.

E, por fim, a distinção entre igualdade formal e igualdade material está relacionada ao conceito de “discriminação positiva”. Segundo Silvio Almeida, a

“*discriminação positiva* é definida como a possibilidade de atribuição de tratamento diferenciado a grupos historicamente discriminados com o objetivo de corrigir desvantagens causadas pela *discriminação negativa* – a que causa prejuízos e desvantagens. Políticas de ação afirmativa – que estabelecem

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 528.

⁸⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 135.

Portanto, a “discriminação positiva” está presente na Lei nº 12.288/2010, que estabelece a “implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros”⁸⁷.

Diante dessa exposição, evidenciam-se dois problemas: nem a população e nem o Estado se mobilizam da maneira que poderiam, a fim de combater o racismo. O Estado, porque não age de maneira enfática, fazendo cumprir o que está na lei; a população, porque não se engaja com o Direito - ao menos não da maneira que deveria. Em tempos de “obsolescência programada”⁸⁸, a legislação é, em tese, acessível, cabendo na palma das mãos. O Direito, por sua vez, não é tão acessível assim, deixando as vítimas do racismo de mãos atadas. Por isso, faz-se necessária uma ressignificação do termo Direito, na dimensão pragmática da linguagem. Entra em questão, portanto, a diferença entre os conceitos de aplicabilidade e de efetividade, bem como a relação entre Direito e democracia.

2. DIREITO E DEMOCRACIA: DA APLICABILIDADE À EFETIVIDADE

A respeito da democracia, Marilena Chauí expõe que

“A democracia é a única forma política que considera o conflito legítimo e legal, permitindo que seja trabalhado politicamente pela própria sociedade. As idéias de igualdade e liberdade como direitos civis dos cidadãos vão muito além de sua regulamentação jurídica formal. Significam que os cidadãos são sujeitos de direitos e que, onde tais direitos não existam nem estejam garantidos, tem-se o direito de lutar por eles e exigí-los. É esse o cerne da democracia.”⁸⁹

⁸⁶ ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. 1. ed. São Paulo: Jandaíra, 2020.

⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm> Acesso em: 26 nov. 2020.

⁸⁸ ENTENDA o que é obsolescência programada. **IDEC**, 18 jun. 2012. Disponível em: <<https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/entenda-o-que-e-obsolescencia-programada>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁸⁹ CHAÚÍ, Marilena de Souza. **Convite à filosofia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 558. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 111.

O trecho supracitado reafirma a necessidade de interlocução entre os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e a sociedade, a fim de promover a efetivação dos direitos fundamentais, em especial o direito à igualdade. Entretanto, essa premissa – a de que os direitos fundamentais serão garantidos mediante reivindicação popular – quase não encontra amparo na realidade.

Se certas coisas fossem tão simples quanto alegam ser, nada estaria tão difícil quanto é. Para Marilena Chauí, o conflito, enquanto manifestação da democracia, permeia o Direito⁹⁰. Com a resolução de conflitos, o que se almeja é o equilíbrio da balança do Direito. Não é possível apagar a história, pois a história já foi inscrita nos dispositivos normativos do Brasil, como já foi exposto. O que se espera é que a dignidade da pessoa humana, conforme inscrita no artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988, seja, enfim, respeitada.

Conforme mencionado anteriormente, a legislação é, em tese, acessível, pois cabe na palma da mão; o Direito, não. Se a legislação só cria significado (sentido) dentro de um ordenamento jurídico (Direito), então a legislação se torna inacessível a partir do momento em que o Direito também o é.

Por isso, as leis não saem do papel – ou da tela do telefone celular. Por isso, muitas normas possuem apenas a eficácia técnico-jurídica (aplicabilidade), mas não possuem eficácia social (efetividade)⁹¹. Isso significa que somente a dimensão formal do direito à igualdade estará a ser aplicada, restando abandonada a dimensão material.

Ignorar o racismo não fará com que ele desapareça. Mas ignorar não apenas significa fingir que o problema não existe; ignorar também significa não dar a devida atenção ao problema, só se pronunciando de modo enfático quando a situação foge do controle. Esse “pseudo-ceticismo”⁹² deve ser combatido.

Daí decorre a necessidade de modificação do significado de Direito na dimensão pragmática da linguagem.

A dimensão pragmática da linguagem diz respeito à relação entre o uso da palavra e a reação provocada no contexto da comunicação⁹³. Se o Direito já causa apreensão dentre os próprios estudiosos da matéria, para o restante da população o sentimento é de temor, pavor. Os “brocardos latinos”, por exemplo, intimidam, estimulando o desinteresse da população em buscar compreender o que é seu “por direito”,

⁹⁰ *Idem, ibidem.*

⁹¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42-43

⁹² ON Pseudo-Skepticism. **The Anomalist**, 10 out. 2008. Disponível em: <<https://www.anomalist.com/commentaries/pseudo.html>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁹³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 16.

imprescritível e inalienável. O Direito é desigual, pois só quem está inserido no meio jurídico consegue compreendê-lo e usá-lo com propriedade.

Thomas Hobbes, em “Leviatã”, cita que “o homem é o lobo do homem”, na medida em que age contra seus próprios interesses⁹⁴. O Direito, então, se torna o lobo do próprio direito, na medida em que age de maneira a mitigar o interesse da população em recorrer a ele para lutar por seus direitos.

Isso precisa ser mudado. Os direitos fundamentais, em especial o direito à igualdade, precisam ser enfatizados desde a mais tenra idade. Para isso, pode-se até mesmo transformar o Direito em uma disciplina escolar, agregada ao ensino da história do país. Pode-se, também, realizar a distribuição de cartilhas contendo os dispositivos normativos mais importantes para a efetivação dos direitos fundamentais, visando aproximar a população do âmbito jurídico.

De acordo com nosso saudoso jurista Paulo Bonavides,

“Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre ela projetam. (...). Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça.”⁹⁵

As sugestões elencadas nesse artigo parecem pequenas, mas levariam a mudanças substanciais na abordagem da sociedade brasileira frente ao Direito. O importante é que se defina um novo rumo, uma nova direção para a sociedade, levando em consideração os direitos fundamentais (bússola das Constituições)⁹⁶, com destaque para o direito à igualdade.

Que o peso atribuído a um dos lados da balança seja igual ao do outro lado. Que a balança, enfim, se equilibre.

4. CONCLUSÃO

⁹⁴ O HOMEM é o lobo do homem. **Gazeta do Bairro**, 09 mai. 2016. Disponível em: <<http://gazetadobairro.com.br/o-homem-e-o-lobo-do-homem/>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 600-601.

⁹⁶ *Idem, ibidem*.

O presente artigo foi redigido em face ao aniversário de 10 anos do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), que ocorreu em 20 de julho de 2020. Passados exatos quatro meses dessa data, foi possível constatar o quão brutal o racismo consegue ser na sociedade brasileira. Não foi a única vez esse ano, e provavelmente não será a última: conforme exposto anteriormente, a cada 23 minutos um jovem negro é assassinado no Brasil. Brutal não só porque ceifa vidas, mas porque ceifa vidas com base na cor da pele, com base na aparência (traços físicos).

Oracy Nogueira afirma que, no Brasil, o racismo é de marca⁹⁷. De fato, no Brasil o racismo é de marca, mas não porque se exerce com base em traços físicos. O racismo é de marca porque deixa cicatrizes na história, constituindo-se como uma grave violação aos valores postulados na Carta de 1988.

Logo, discutiu-se a respeito dos direitos fundamentais, com enfoque no princípio da igualdade, contido no Título II da Constituição de 1988⁹⁸. Para tanto, foi realizada uma análise histórica do direito à igualdade. Foi constatado que a lei agia de maneira a permitir a discriminação, mesmo que de maneira velada.

Depois, foi feito um exame a respeito do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010). Constatou-se que, a despeito da previsão de atuação do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), a sua presença ainda é precoce nos Estados⁹⁹.

Em seguida, foi realizada uma diferenciação entre os conceitos de igualdade formal e igualdade material, que decorrem do princípio da igualdade. Foi possível constatar uma relação entre a isonomia e outros três conceitos: a distinção entre direitos e garantias; a distinção entre direito positivo e direito natural; e, por fim, a distinção entre discriminação negativa e discriminação positiva.

Por último, considerou-se as noções de eficácia técnico-jurídica (aplicabilidade) e eficácia social (efetividade)¹⁰⁰, bem como a definição de democracia, a fim de estabelecer que o Direito precisa passar por uma ressignificação quanto à dimensão pragmática da linguagem. Com base nessa ressignificação, proceder-se-á a uma definição de novos rumos para a sociedade brasileira, pautada nos direitos fundamentais (bússola das

⁹⁷ NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000100015>. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020

⁹⁹ TOKARNIA, Mariana. Apenas 67 municípios aderiram a sistema contra desigualdade racial. **Agência Brasil**, 20 jul. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-07/apenas-67-municipios-aderiram-sistema-contradesigualdade-racial>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

¹⁰⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42-43.

Constituições)¹⁰¹. Somente assim, o peso atribuído a um dos lados da balança poderá ser igual ao do outro lado. Que, então, a balança se equilibre.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. 1. ed. São Paulo: Jandaíra, 2020.

ALMEIDA, Daniela Lima de; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **IGUALDADE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL E SUA EVOLUÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI. (Org.). Teoria e história do direito constitucional. 1. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 148-178.

AMORIM, Maria Salete Souza de. **Cidadania e Participação Democrática**. Disponível em :
<http://s3images.coroflot.com/user_files/individual_files/292402_j2SvCVZ0vJWMM2QkDhzkUMIDs.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

ARISTÓTELES. **A Política**. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>.
Acesso em: 27 nov. 2020.

BEZERRA, Juliana. Lei Áurea. **Toda Matéria**, 18 fev. 2019. Disponível em:
<<https://www.todamateria.com.br/lei-aurea/>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm#art12>. Acesso em: 03 dez. 2020.

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 600-601

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (de 24 de janeiro de 1967). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 05 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966**. Promulga e Convenção sobre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58563.html>. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 03 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm> Acesso em: 26 nov. 2020.

BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história**: cinco séculos de um país em construção. 1. ed. São Paulo: Leya, 2010.

CARTA de Direitos Humanos completa 70 anos em momento de incertezas. **Senado Notícias**, Brasília, dez. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2018/12/70-anos-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. **Estado, Igreja e Liberdade Religiosa na “Constituição Política do Império do Brasil”, de 1824**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3619.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CASO Breonna Taylor: o que se sabe até agora sobre a mulher negra morta nos EUA. **CNN Brasil**, 24 set. 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/09/24/caso-breonna-taylor-o-que-se-sabe-ate-agora-sobre-a-mulher-negra-morta-nos-eua>>. Acesso em 26 nov. 2020.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Convite à filosofia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CONVENÇÃO sobre a escravidão. **Biblioteca Digital Mundial**, 14 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.wdl.org/pt/item/11573/#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20escravid%C3%A3o, trabalho%20for%C3%A7ado%20em%20seus%20territ%C3%B3rios.&text=A%20conven%C3%A7%C3%A3o%20foi%20assinada%20em,9%20de%20mar%C3%A7o%20de%201927>>. Acesso em : 3 dez. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos completa 70 anos. **Notícias STF**, Brasília, 10 dez. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398115>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

ENTENDA o que é obsolescência programada. **IDEC**, 18 jun. 2012. Disponível em: <<https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/entenda-o-que-e-obsolescencia-programada>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

EUGÊNIO JR, Amauri. Por que o Brasil teve uma falsa abolição da escravatura? **Alma Preta**, 13 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.almapreta.com/editorias/realidade/por-que-o-brasil-teve-uma-falsa-abolicao-da-escravatura>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LEITE, Antonio Teixeira. A Constituição de Weimar e o Princípio da Igualdade. **Jus Navigandi**, mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47211/a-constituicao-de-weimar-e-o-principio-da-igualdade>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

LEME, Adineia. **A Capoeira e a Legislação de 1890**. Disponível em : <https://www.inesul.edu.br/revista/arquivos/arq-idvol_38_1441742761.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

LIMA, Sílvia Tibo Barbosa. **DIREITOS HUMANOS DOS NEGROS: Racismo estrutural, necropolítica, interseccionalidade e o mito da democracia racial no Brasil**. Disponível em: <<https://periodicos.ufam.edu.br/index.php/reh/article/download/7917/5634/>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

LOUREIRO, Antonio José Cacheado; RODRIGUES, Gustavo Henrique Soares. A Religião na Constituição Imperial do Brasil: Análise Jurídico-Positiva Das Referências Religiosas na Carta Política de 1824. **Âmbito Jurídico**, 01 fev. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-religiao-na-constituicao-imperial-do-brasil-analise-juridico-positiva-das-referencias-religiosas-na-carta-politica-de-1824/>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MARQUES, Marília. 'A cada 23 minutos, um jovem negro morre no Brasil', diz ONU ao lançar campanha contra violência. **G1**, 07 nov. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/a-cada-23-minutos-um-jovem-negro-morre-no-brasil-diz-onu-ao-lancar-campanha-contraviolencia.ghtml>>. Acesso em 26 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Vinicius. Ordem e Progresso: como as ideias de um filósofo francês do século 19 ajudam a entender a formação do Brasil. **BBC News Brasil**, 30 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53829948>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. OMS declara pandemia de coronavírus. **G1**, 11 mar. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2018.

NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000100015>. Acesso em: 05 dez. 2020.

NOTÍCIAS, Agência Câmara de. **Conheça a história da Assembleia Constituinte de 1823. Portal da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/546341-conheca-a-historia-da-assembleia-constituente-de-1823/>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

O HOMEM é o lobo do homem. **Gazeta do Bairro**, 09 mai. 2016. Disponível em: <<http://gazetadobairro.com.br/o-homem-e-o-lobo-do-homem/>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

ON Pseudo-Skepticism. **The Anomalist**, 10 out. 2008. Disponível em: <<https://www.anomalist.com/commentaries/pseudo.html>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

ONU SURTIU para garantir a paz e segurança do mundo. **Governo do Brasil**, 21 set. 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/09/onu-surgiu-para-garantir-a-paz-e-seguranca-do-mundo>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

PAIM, Paulo. **Estatuto da Igualdade Racial**, Senado Federal, 2003. Disponível em : <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pop_negra/estatuto_racial.pdf> . Acesso em: 03 dez. 2020.

PEIXOTO, Cláudia Carneiro; LOBATO, Anderson O. C. **Pensar a cidadania em Hannah Arendt: direito a ter direitos**. Disponível em: <https://direito.furg.br/images/stories/LIVROS/DIREITOS_SOCIAIS_FUNDAMENTAIS/04Peixoto2013_DSF.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2020.

PINTO, Luciano Rocha. **Moral e religião no Código Criminal Imperial ou uma apologia da soberania em tempos de ilustração**. Disponível em:

<[http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300671926_ARQUIVO_MoraleR eligiaonoCodigoCriminalImperial\(anpuh2011\).pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300671926_ARQUIVO_MoraleR eligiaonoCodigoCriminalImperial(anpuh2011).pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2020.

PONTUAL, Helena Daltro. Uma breve história das Constituições do Brasil. **Senado Federal**, 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras: 1937**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2018.

PRUDENTE, Eunice. A escravização e racismo no Brasil, mazelas que ainda perduram. **Jornal da USP**, 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/a-escravizacao-e-racismo-no-brasil-mazelas-que-ainda-perduram/>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

RAMOS, Jefferson Evandro Machado. Revoltas Regenciais - causas, resumo. **História do Brasil.Net**, 02 set. 2019. Disponível em: <https://www.historiadobrasil.net/resumos/revoltas_regenciais.htm>. Acesso em: 01 dez. 2020.

ROHDEN, Júlia. O que a intolerância religiosa tem a ver com racismo? **Portal Geledés**, 24 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/o-que-intolerancia-religiosa-tem-ver-com-racismo/>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade Material e Discriminação Positiva: O Princípio da Isonomia**. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANTOS, Renan Rosa dos. As políticas de branqueamento (1888-1920): uma reflexão sobre o racismo estrutural brasileiro. **Por dentro da África**, 4 set. 2019. Disponível em: <<http://www.pordentrodaafrica.com/educacao/as-politicas-de-branqueamento-1888-1920-uma-reflexao-sobre-o-racismo-estrutural-brasileiro>>. Acesso em 01 dez. 2020.

SCHRÖDER, André. A era da escravidão. **Superinteressante**, 29 mar. 2019. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/especiais/a-era-da-escravidao/>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

SENADO, Agência. Implantação efetiva de Estatuto da Igualdade Racial ainda é desafio no Brasil. **Senado Notícias**, 20 jul. 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/20/implantacao-efetiva-de-estatuto-da-igualdade-racial-ainda-e-desafio-no-brasil>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2019.

TEODORO E SAMPAIO. Do Oiapoque ao Chuí. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/teodoro-e-sampaio/883796/>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

TOKARNIA, Mariana. Apenas 67 municípios aderiram a sistema contra desigualdade racial. **Agência Brasil**, 20 jul. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-07/apenas-67-municipios-aderiram-sistema-contra-desigualdade-racial>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

A ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: POR QUE DEVERIA SER INCORPORADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O QUE PODE ESTAR EM JOGO NA AUSÊNCIA DISSO?

Juliana Lopes de Brito¹⁰²

Lauro de Souza Monteiro¹⁰³

¹⁰² Graduanda em Direito pela UFBA

¹⁰³ Graduando em Direito pela UFBA

Resumo: Apesar do Brasil ser famoso pela sua considerável reserva de água doce, o acesso à água potável é um problema antigo do País e que pode se agravar em um futuro próximo, não apenas pelas crises ambientais e aumento da demanda interna, mas também pelas possibilidades abertas pela nova legislação que rege o acesso à água e o saneamento. O presente artigo tem o objetivo de fazer um breve panorama da questão do acesso à água, sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, analisando as possíveis formas de integrá-lo como um direito expressamente garantido pela Constituição Federal, a fim de que o Estado fique incumbido de um compromisso ainda maior com esse direito humano da população. Discutimos também o Marco Legal do Saneamento Básico, aprovado em 2020, além dos projetos de emenda constitucional (PEC) que se encontram em tramitação e pedem que a água seja um direito fundamental reconhecido pela Constituição.

Palavras-chave: água; saneamento; direitos fundamentais; constituição brasileira

INTRODUÇÃO

A questão do acesso à água é um dos grandes debates da geopolítica mundial da atualidade. Esse recurso natural e imprescindível à vida é objeto de preocupação sobretudo quanto à sua distribuição desigual pelo planeta. O relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), divulgado em 2019, aponta que mais de dois bilhões de pessoas não têm acesso à água potável e mais de quatro bilhões não têm acesso à esgoto sanitário. Esse mesmo documento mostra que 31 países apresentam um estresse hídrico entre 25% e 70% e que há, ainda, 22 países com um nível acima de 70%, em uma situação gravíssima quanto ao acesso a esse recurso natural.

O consumo de água tem se tornado mais intenso no planeta nas últimas décadas. Entre 1961 e 2014, a taxa global de retirada de água aumentou 2,5 vezes. De acordo com o World Resources Institute (WRI), a demanda por água nas irrigações de plantações, por exemplo, mais que dobrou nos últimos 50 anos, correspondendo a quase 57% da água consumida por ano. As indústrias, em 2014, consumiram três vezes mais água que em 1961 e responderam por 21% do total de retiradas brutas. As famílias, por sua vez, consumiram 10% da água, um aumento de mais de seis vezes em relação a 1961.

Na verdade, a preocupação com o acesso à água é relativamente recente. Como pontua Silva (2016), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1949), por exemplo, não faz referência expressa ao direito humano à água. Esse direito aparece pela primeira vez, implicitamente em “alimentação”, no Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), art. 11: “(...) o direito de toda pessoa a um nível

de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida”.

O primeiro instrumento internacional a de fato abordar o direito à água foi o Plano de Ação da Conferência da ONU sobre a água, em Mar da Prata, de março de 1977. Nesse documento, a organização reconhece de forma inédita o direito de todos os povos de terem acesso à água potável na quantidade e com a qualidade necessárias às suas necessidades básicas.

O Brasil detém aproximadamente 12% das reservas hídricas potáveis do mundo, segundo a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). No entanto, a distribuição desse recurso também é desigual. Segundo a ong Trata Brasil, há quase 35 milhões de brasileiros sem água tratada. Obviamente esse acesso à água apresenta desigualdades regionais. Norte e Nordeste possuem uma cobertura de abastecimento de, respectivamente, de 57,05% e 74,21% da população. No Sul e no Sudeste, essa abrangência é de, respectivamente, 90,19% e 91,03%. O Centro-Oeste tem 88,98% da população com acesso à água tratada. Essa mesma ong estima que a demanda por água potável no Brasil pode aumentar quase 80% até 2040 diante de mudanças econômicas, demográficas e climáticas, em estudo divulgado em agosto de 2020.

A importância do acesso à água a todos ganhou mais relevo ainda em 2020, devido à pandemia do novo coronavírus (Covid-19), situação sanitária que exigiu e ainda exige da população reforços nos cuidados com a higiene pessoal. Grupos socialmente vulneráveis, como as periferias das grandes cidades e os povos indígenas, viram-se em maior perigo do que o usual no Brasil durante a pandemia. Esse problema foi destacado pela pesquisadora da Casa Oswaldo Cruz (COC/Fiocruz) Ingrid Fonseca Casazza, em texto publicado no site da fundação em maio deste ano:

Em meio à disputa pelo álcool em gel para complementar a higienização das mãos, surgiu a preocupação com aquelas populações que não têm acesso adequado a água e sabão, e ficam impossibilitadas de cumprir a medida mais simples para a prevenção à Covid-19.

Contudo, a falta de acesso à água para este fim está acompanhada de outros condicionantes que deixam determinadas parcelas da sociedade excluídas da prevenção à doença e mais suscetíveis aos seus efeitos. Refiro-me à distribuição dos recursos hídricos no país e às suas desigualdades históricas. Um exemplo são as populações de rua das regiões metropolitanas: não ocupam postos de trabalho e não possuem vínculos sociais que ajudem em seu sustento. Destituídas de direitos, sobrevivem nas ruas, em condições de extrema pobreza, não têm moradia e menos ainda água encanada. (CASAZZA, 2020, online)

Haja vista todas essas informações que apontam para a relevância do tema acesso à água, esse artigo tem como objetivo fazer um breve panorama da questão, sob

o ponto de vista dos direitos fundamentais, analisando as possíveis formas de integrar o acesso à água como um direito expressamente garantido pela Constituição do Brasil, a fim de que o Estado fique incumbido de um maior compromisso com esse direito da população brasileira. O artigo pretende discutir também a recente legislação do Marco Legal do Saneamento Básico, aprovado em 2020, além dos projetos de emenda constitucional (PEC) que se encontram em tramitação e pedem que a água seja incorporada como direito fundamental à Constituição.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ÁGUA

Enquanto os direitos humanos, que são, de forma resumida, aqueles inerentes a todos os seres humanos e com o objetivo de promover a vida e a dignidade humana, têm caráter universal e estão ligados ao direito internacional, os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados pela constituição de cada país. Entende-se que quanto mais uma sociedade é democrática, mais ela expande e efetiva direitos fundamentais.

O marco dos direitos fundamentais foram as revoluções liberais do século XVIII: a independência dos Estados Unidos - e a criação da constituição do país em 1787 - e a Revolução Francesa (1789). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789, é considerada o balizador dos primeiros direitos fundamentais. Desde então, esses direitos foram se expandindo, refletindo as mudanças sociais e ideológicas, e encontram-se agrupados em seis dimensões¹⁰⁴, segundo Soghbi (2017). Os direitos fundamentais de primeira dimensão compreendem as liberdades negativas clássicas, ligadas ao princípio da liberdade, abrangendo os direitos civis e políticos e limitando a ação do Estado; os de segunda dimensão são as liberdades positivas, que asseguram o princípio da igualdade material entre as pessoas, exigindo que o Estado faça políticas públicas em diversas áreas sociais como saúde, educação, habitação, etc, tendo os primeiros documentos com essa dimensão de direitos surgido no início do século XX; a terceira dimensão de direitos consagra os princípios da solidariedade ou fraternidade, protegendo direitos de titularidade coletiva ou difusa; a quarta dimensão, que não é um consenso na doutrina, surge devido à globalização e envolve direitos como direito à democracia, à informação, ao pluralismo e de normatização do patrimônio genético; a quinta dimensão, defendida já por alguns autores, diz respeito ao direito à paz, haja vista

¹⁰⁴ As dimensões também são conhecidas como “gerações” dos direitos fundamentais, porém, neste artigo, acompanhamos as críticas ao uso de “geração”, que oferece a falsa compreensão de que uma fase substitui a anterior, quando o processo é de acumulação de direitos ao longo do tempo. E embora alguns autores considerem apenas quatro dimensões dos direitos fundamentais, acompanhamos os autores que já consideram seis dimensões de direitos fundamentais.

que a lógica neoliberal que prevalece na sociedade globalizada frequentemente produz contrastes que culminam em violência; e finalmente, na sexta dimensão, está o direito ao acesso à água potável.

O direito fundamental de acesso à água potável, como direito de sexta dimensão, significa um acréscimo ao acervo de direitos fundamentais, nascidos, a cada passo, no longo caminhar da Humanidade. Esse direito fundamental, necessário à existência humana e a outras formas de vida, necessita de tratamento prioritário das instituições sociais e estatais, bem como por parte de cada pessoa humana.

Compreendido como direito fundamental alçado, agora, a uma nova dimensão, o acesso à água potável exige mudanças de atitudes do Estado e da sociedade. O Estado legislador fica comprometido a elaborar leis que priorizem a proteção e a promoção do direito fundamental, exigindo-se que sua atuação esteja vinculada à juridicidade desse direito. No que tange ao Estado administrador, este deve estabelecer políticas públicas, levando em consideração que se está diante de um direito fundamental. Já o Estado prestador de serviços jurisdicionais, ao apreciar os conflitos sociais levados à sua apreciação, deve decidir de modo a concretizar o direito fundamental. São defensores desta corrente: Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva. (ZOGHBI, 2017, online)

Os direitos fundamentais têm algumas características segundo Silva (2006), como: historicidade, ou seja, são frutos de um contexto histórico e se modificam ao longo do tempo; imprescritibilidade, o que quer dizer que são permanentes; irrenunciabilidade, significando que não se pode abrir mão desses direitos; inviolabilidade, porque esses direitos não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa; universalidade, sendo os direitos fundamentais válidos para todos os seres humanos, havendo proteções específicas para todos aqueles que se enquadram em determinados grupos; concorrência, podendo ser exercidos vários direitos fundamentais ao mesmo tempo; efetividade, devendo o poder público atuar para efetivá-los; interdependência, ou seja, as previsões constitucionais e infraconstitucionais e os direitos fundamentais não devem se chocar, devendo estar relacionados para atingir seus objetivos; e complementariedade, devendo eles serem interpretados de forma conjunta.

No Brasil os direitos fundamentais entram na Constituição de 1988 no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; direitos que se relacionam a existência, organização e participação em partidos políticos. O direito à água não é um desses direitos fundamentais e não está previsto constitucionalmente. Na interpretação de muitos especialistas, estaria implícito no direito fundamental à vida. Pela importância da água para a manutenção da vida humana, há

quem defenda que deveria ser um direito fundamental, a fim de que, a partir disso, o Estado se visse obrigado a formular e cumprir políticas públicas que garantam o acesso à água a todos.

Nogueira (2017), por exemplo, em seu artigo sobre a suspensão do fornecimento de água por falta de pagamento do consumidor, argumenta que esse tipo de serviço poderia ser considerado um direito fundamental uma vez que corresponde às exigências mais elementares da dignidade humana, como a manutenção da saúde, higiene e da qualidade de vida, pressupondo-se, assim, que se trata de condição essencial para se viver. No entendimento dessa autora, o direito à água poderia ser equiparado ao direito fundamental da vida e também poderia ser direito fundamental por servir para concretizar o princípio da dignidade humana.

Embora o senso comum e diversos autores do Direito considerem a água como um direito de todos os seres humanos, poucos países reconhecem de fato o direito ao acesso à água como direito humano em suas constituições (AMORIM, 2015, p. 125). Na América do Sul, apenas Uruguai (2004), Equador (2008) e Bolívia (2009) o fazem. Entidades internacionais como a ONU estimulam esse tipo de compromisso dos governos com a questão. Essa organização, em sua carta *O Futuro que queremos*, produzida na Conferência de Desenvolvimento Sustentável, a Rio +20, dedicou cinco pontos do documento ao tema. Dois deles, os pontos 120 e 121 falam expressamente do acesso a esse recurso natural:

120. Reafirmamos os compromissos assumidos no Plano de Johannesburgo e na Declaração do Milênio, quais sejam: reduzir pela metade, até 2015 a proporção de pessoas sem acesso à água potável e ao saneamento básico e elaborar planos integrados de gestão e de uso eficaz dos recursos hídricos, assegurando o uso sustentável da água. Comprometemo-nos a fazer com que o acesso à água potável e ao saneamento básico a custo acessível torne-se progressivamente uma realidade para todos, condição necessária para erradicar a pobreza, proteger a saúde humana, e para melhorar significativamente a implementação da gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis, conforme apropriado. Neste sentido, reiteramos estes compromissos, nomeadamente para os países em desenvolvimento através da mobilização de recursos de todas as fontes, capacitação e transferência de tecnologia. 121. Reafirmamos nossos compromissos em relação ao direito humano à água potável e ao saneamento, que devem ser progressivamente realizados para nossas populações com pleno respeito à soberania

nacional. Destacamos ainda nosso compromisso com a Década Internacional de Ação 2005-2015 “Água para a Vida”. (ONU, 2012, online)

No entanto, há autores que fazem a ressalva de que a água potável não é um direito natural. Zolo (2011, p. 60) é um deles. Ele contesta a visão da água como direito natural de todos os seres humanos, considerando esse recurso como uma dádiva da natureza e não um produto da invenção humana. O autor classifica esse pensamento como uma espécie de “jusnaturalismo hidrológico”. Tal concepção, de forte inspiração humanitária e ecológica, embora tenha muita adesão, está equivocada na visão desse autor. Entre os argumentos que Zolo apresenta está o de que a água potável, diferentemente da água do mar não é natural e nem universal e é produto da intervenção, da tecnologia humana. Apesar disso, o autor se preocupa com a garantia de acesso à água e afirma que essa é uma questão urgente nesse debate:

[...] Por um lado, o problema central é a garantia do acesso à água de milhões de pessoas que, por razões políticas, econômicas e ecológicas, não estão em condições de dispor dela, assim como não dispõem de alimento suficiente e de remédios a preços acessíveis. Por outro, é crucial a proteção do direito ao uso das fontes hídricas por parte de comunidades políticas fracas, pobres ou oprimidas, que veem seu direito à água ser confiscado por países ricos e poderosos e igualmente por ricas e poderosas *holdings* internacionais como, por exemplo, as francesas Ondeo (ex Suez Lyonnaise des Eaux) e Veolia (ex Vivendi), a alemã Rwe e a estadunidense American Water Works. Essas empresas são, entre outras coisas, amparadas na sua comercialização da água por instituições internacionais como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a World Trade Organization (WTO). (ZOLO, 2011, p. 61)

Gonzalez e Borges (2019, p. 181) apontam quatro dimensões da acessibilidade da água. A primeira, física, envolve a água em si, suas instalações e serviços que devem ser acessíveis a todos os setores da população. A segunda é a acessibilidade econômica, que requer que a água e seus serviços estejam ao alcance de todos, devendo os custos e encargos diretos e indiretos associados à garantia da água ser acessíveis. A terceira dimensão é do acesso sem discriminação, que exige que a água e seus serviços sejam acessíveis a todos, de fato e de direito, com inclusão dos setores mais vulneráveis, sem

qualquer discriminação. E há ainda a dimensão do acesso à informação, que diz respeito ao direito de solicitar, receber e transmitir informações sobre questões relativas à água.

Essas duas autoras sugerem que a garantia do acesso universal à água potável depende de que saia de cena a lógica de mercado e que esse bem seja transformado em um bem público gerido pelo Estado, que assumiria a distribuição e até a produção. Entre as soluções possíveis apontadas pelas autoras estão a distribuição gratuita do mínimo necessário para satisfazer as necessidades vitais; a proibição da destruição e do consumo além de um limite máximo; a taxaço progressiva dos consumos que excederem ao limite mínimo, que, no entanto, forem inferiores ao limite máximo. Além disso, elas também defendem que é preciso garantir o direito ao uso das fontes hídricas pelas comunidades políticas fracas, pobres ou oprimidas (ZOLO, 2011, p. 60 apud GONZALEZ e BORGES, 2019).

OS TRIBUNAIS BRASILEIROS

No Brasil, segundo Gonzalez e Borges (2019), não há um entendimento pacificado pelos tribunais superiores sobre a garantia do direito à água, existindo alguns julgados neste sentido que, no entanto, geralmente foram motivados por objetivos específicos como a defesa do consumidor e do meio ambiente.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial 122812 ES (1997/0016898-0), por exemplo, decidiu que é ilegal o corte de água em caso de inadimplência, visto por esse tribunal como uma violação ao Código de Defesa do Consumidor. A Primeira Turma do STJ, nesse caso, ordenou à concessionária buscar meios próprios para obter o pagamento. Em 2016, a Terceira Turma do STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.616.038 - RS (2015/0230806-0), reconheceu o direito de transporte de água através de imóvel vizinho. A ministra relatora, Nancy Andrigli, destacou que o direito à água é inerente à compreensão da função social da propriedade, podendo, por esse motivo, ser compreendido como um verdadeiro direito de vizinhança sob a ótica do direito civil. Como consequência desse entendimento, o aproveitamento da água deveria ser franqueado aos proprietários de imóveis abastecidos ou não por esse recurso.

Mas esse entendimento do STJ de que é ilegal a interrupção do fornecimento de serviços essenciais como água, esgoto e energia elétrica ainda que o consumidor esteja inadimplente, conforme mostra o primeiro recurso especial julgado por esse tribunal citado aqui, vem mudando. O STJ vem entendendo que esse corte é lícito contanto que haja aviso prévio ao consumidor.

A Lei nº 14.015, de 15 de junho de 2020, reforçou essa leitura da questão. Essa lei altera as leis 13.460/2017 e 8.987/95, e versa sobre a interrupção e a religação ou o

restabelecimento de serviços públicos como o fornecimento de água e luz, por exemplo, vedando a interrupção desses em dia de feriado, véspera de feriado, sexta-feira, sábado ou domingo.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal (STF), esse julgou a matéria do direito à água sob a ótica ambiental no Agravo de Instrumento (AI) 589.398 SP, em 03 de março de 2011. Nessa ocasião, a Primeira Turma decidiu que o município de Lutécia deveria cessar o lançamento de esgoto no Córrego Boa Esperança e que a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) deveria cumprir sua obrigação de investir no sistema de tratamento de água de esgoto da cidade.

Nos julgamentos de dois Recursos Especiais, o RE nº 552948 RJ e o RE nº 552948 RJ, a respeito da cobrança de ICMS (Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias) na conta do serviço de fornecimento de água canalizada, o STF argumentou que esse imposto não deve ser cobrado uma vez que, no entendimento dessa Corte, se trata de um serviço essencial e não de mercadoria.

LEGISLATIVO

Conforme já foi dito anteriormente, os direitos humanos representam um conjunto de desejos e aspirações da humanidade com vistas à proteção da dignidade humana. São um conjunto de afirmações estabelecidas globalmente, mas que não possuem efetividade prática e, para tal, precisam ingressar nos ordenamentos jurídicos de cada país respeitando suas particularidades. Assim, os direitos humanos funcionam como se estivessem no campo das ideias, uma nuvem pairando as sociedades no aguardo de serem formalizadas e materializadas nas constituições.

A cláusula de abertura material é um dispositivo que permite a expansão do catálogo de direitos fundamentais listados no art. 5º da CF/88. O constituinte entendeu que os direitos fundamentais não são estáticos, mas variam no espaço e no tempo, uma vez que os anseios e necessidades da sociedade estão em constante discussão e avaliação. Para possibilitar as futuras inserções de novos direitos fundamentais, foi criado o § 2º do art. 5º que abre caminho para essas inserções. No entanto, algumas questões ficam em aberto: não fica claro o procedimento, o método que esses futuros direitos são recepcionados no ordenamento jurídico. Em que ponto esses novos direitos são inseridos? Eles têm força constitucional?

A nosso ver, há no Brasil duas formas atuais de inserção de novos direitos fundamentais na Constituição, que chamaremos aqui de forma interna, por surgir a partir de dentro do Estado brasileiro e de forma externa, quando se trata de direitos originados de convenções internacionais.

O ingresso interno dá-se através do processo legislativo típico a partir das ferramentas já estabelecidas e disponíveis ao poder constituinte derivado e que se destinam a fazer alterações no texto constitucional: a elaboração de uma proposta de emenda constitucional (PEC) e posterior submissão ao rito específico de envio às comissões adequadas ao objeto da proposta, aprovação dos relatórios das comissões e submissão para votação no plenário da casa iniciadora em dois turnos com aprovação após a contagem de votos a favor de três quintos da casa, seguida de envio para a casa revisora e também submetida às comissões, votação em plenário em dois turnos e necessidade de três quintos de votos a favor. Após esse trâmite, a proposta passa a integrar o texto constitucional, sem necessidade de sanção presidencial.

Como exemplo de um processo de ingresso pela via interna, temos o inciso LXXVIII do Art. 5º que foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e trata da duração e celeridade de tramitação de processos no âmbito jurídico e judicial e a Emenda Constitucional nº 20 de 1998 que inseriu direitos fundamentais relativos ao sistema de previdência social.

O processo externo passou a ser possível com a introdução do §3º do art. 5º que foi inserido na Constituição através da emenda constitucional (EC) 45/2004 e permitiu que fossem recepcionados pela CF os tratados e convenções internacionais que o Brasil fosse signatário. Entretanto, esse processo não ocorre de forma automática. Conforme definido no texto do §3º do art. 5º, para que os tratados e convenções internacionais sejam integrados à Constituição, é necessária a aprovação do texto seguindo os mesmos passos da tramitação de uma PEC.

Existe uma particularidade neste último método de inserção de novos direitos fundamentais. Ainda que sigam os trâmites de uma PEC, os tratados e convenções internacionais apesar de se situar acima das leis do país, eles não possuem caráter constitucional. Dessa forma, os textos assim acrescentados têm natureza supralegal e infraconstitucional, estando localizados numa camada intermediária entre as leis e a Constituição. Esse entendimento do STF foi confirmado na decisão do RE 349703/RS e posteriormente reforçado pela edição da Súmula Vinculante nº 25, onde se estabeleceu a posição hierárquico normativa das leis e tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Como exemplos do ingresso de direitos fundamentais pela via externa, temos os decretos legislativos DLG nº 186¹⁰⁵, de 2008, DEC 6.949¹⁰⁶, de 2009, DLG 261¹⁰⁷, de

¹⁰⁵ Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

¹⁰⁶ Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

¹⁰⁷ Aprova o texto do Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no

2015, DEC 9.522¹⁰⁸, de 2018 que introduziram tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Algumas cartas constitucionais de países latino-americanos tratam os direitos humanos em condições acima das normas constitucionais caso essas sejam mais favoráveis. O que isso diz da soberania constitucional de um país? Segundo Bruno Barbosa Borges (2016), os movimentos de equiparação entre direitos constitucionais, direitos fundamentais e direitos humanos levam a uma globalização do direito, seguindo um processo já corrente em outras áreas como economia, comunicações e cultura.

O DIREITO À ÁGUA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Existem duas PECs atualmente em tramitação no Congresso Nacional que tratam da questão da água como direito fundamental. A primeira é a PEC 4/2018, iniciada no Senado Federal, de autoria de um grupo de senadores de um amplo espectro partidário que considera a água um direito fundamental, acrescentando o inciso LXXIX no art.5º com a seguinte redação:

"Art. 5º
LXXIX - é garantido a todos o acesso à água potável em quantidade adequada para possibilitar meios de vida, bem-estar e desenvolvimento socioeconômico.
..... " (NR)

Essa PEC encontra-se em tramitação, aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e atualmente¹⁰⁹ aguardando ser incluída na ordem do dia para votação pelo plenário do Senado Federal. A outra é a PEC 258/2016, iniciada na Câmara de Deputados, a que se seguiu o apensamento de mais duas propostas de similar teor, a PEC 430/2018 e a PEC 232/2019. Atualmente¹¹⁰ a PEC258/2016 está tramitando na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Ambos os dispositivos incluem o direito à água no Título II da CF/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais e em suas justificativas alinham-se com os organismos internacionais no tratamento da questão com a ONU em destaque.

âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013.

¹⁰⁸ Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013.

¹⁰⁹ Até a data da elaboração deste artigo, dezembro de 2020

¹¹⁰ Até a data da elaboração deste artigo, dezembro de 2020

A Constituição, como documento que cataloga os direitos fundamentais do povo brasileiro, tem o compromisso de materializar os direitos ali registrados. Os esforços dos três poderes devem ser direcionados no sentido de se cumprir o estabelecido na carta magna. Isso é o que se espera do Estado de Direito, mas a forma de implementação faz parte do campo político e de quem detém o poder no momento, podendo optar por soluções intervencionistas através dos recursos da própria União, fazendo com que o Estado aja como vetor de desenvolvimento puramente público ou delegando essa função à iniciativa privada, exercendo controle e fiscalização através de regulação pública na figura das leis reguladoras e vigilância por parte de agências reguladoras. Existe ainda uma terceira modalidade que surge da junção das duas anteriores e que são conhecidas como parcerias público-privadas, as PPPs, onde tanto o poder público quanto a iniciativa privada dividem atribuições e responsabilidade para atingir um objetivo.

O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO

Ainda no âmbito das ações do poder legislativo, além das possibilidades de inclusão do direito à água como direito fundamental na Constituição, existem iniciativas infraconstitucionais no sentido de ampliar o alcance e o acesso de água potável e saneamento à população brasileira. A mais recente e de maior repercussão trata-se do novo marco legal do saneamento estabelecido pela entrada em vigor da Lei 14.026/2020, sancionada pela presidência da República no dia 15 de julho de 2020, que tem o intuito de universalizar o acesso ao saneamento básico com metas de levar água potável a 99% da população brasileira e 90% de saneamento até o ano de 2033, demandando investimentos da ordem de 500 a 700 bilhões de reais nesse período. Esse novo marco agrupou e alterou um conjunto de leis e dispositivos que respondiam pela legislação anterior do saneamento, mas que não teve eficácia durante sua vigência.

As principais características do novo marco são a obrigatoriedade de realização de licitação para a prestação de serviços de saneamento aos municípios, simultaneamente à vedação dos contratos de programa atualmente em vigor; a possibilidade de formação de blocos de municípios para o fornecimento de serviços e as metas de regulação e universalização do saneamento.

Com a obrigatoriedade da realização de licitação e a possibilidade de entrada da iniciativa privada nas questões de saneamento - possibilidade porque as empresas públicas existentes podem participar da licitação - as atenções voltam-se para a necessidade de regulação, através da criação de normas de referência e fiscalização do cumprimento das metas e da atuação dessas empresas, atividade a cargo da Agência

Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), que teve atribuições modificadas pela Lei 14.026/20.

Uma das questões que se pode fazer é se a obrigatoriedade de licitação necessariamente vai gerar competição. Quantas empresas no País possuem o porte necessário para atuar numa área que precisa de investimentos tão grandes? Importante destacar que a competição citada na lei acontece apenas no momento da licitação, uma vez que após esse processo, segue-se o estabelecimento da concessão que costuma ser de longa duração. Pela própria natureza do mercado em que atua, é difícil ser diferente. Trata-se de um monopólio natural¹¹¹ (MANKWIN, 2019, p. 237), uma vez que é inviável e ineficiente duas ou mais empresas atuarem no saneamento da mesma região, dado que a construção de múltiplas redes de abastecimento e esgotamento para o mesmo domicílio, para que o consumidor possa escolher o que for mais em conta, é prenúncio de confusão e problemas. Uma forma de entrada de investimento privado foi defendida pelo secretário de Desenvolvimento de Infraestrutura do Ministério da Economia, Diogo Mac Cord, segundo o qual a privatização total das concessionárias de saneamento é a melhor forma de melhorar a gestão e atingir as metas.

Voltando as atenções para o Estado da Bahia na questão da água, tem-se discutido muito o aumento do financiamento da empresa responsável pelo saneamento básico no estado. O governo alega dificuldades para garantir o financiamento da manutenção e expansão dos serviços de fornecimento de água e saneamento e “Segundo [Rui] Costa, cerca de 70% da rentabilidade da empresa de água e esgoto do Estado estão concentradas em 20 cidades”, e para enfrentar o problema, estuda três possibilidades de atuação: ampliação das parcerias público-privadas, concessão parcial de regiões do Estado e venda de ações, mas mantendo o controle estatal, como acontece atualmente com outras empresas públicas que possuem ações listadas em bolsa.

A hipótese da privatização desses serviços no estado chegou a ser sugerida, mas não confirmada. Essa possibilidade de privatização levanta questionamentos, já que existe no mundo um movimento de reestatização de serviços públicos que passaram por processos de privatização nos últimos anos através de políticas econômicas liberais, mas que não apresentaram resultados satisfatórios. Tomando-se o devido cuidado de abordar a questão de acordo com suas particularidades, o intento de pôr em marcha processos de privatização de serviços de fornecimento de água e saneamento parecem ir na contramão do que se observa no restante do mundo. Entre os anos de 2000 e 2017, 267 cidades no mundo reestatizaram o saneamento, em sua maioria na Europa, mas com exemplos na América do Sul também.

¹¹¹ MANKIWI, M. G. **Introdução à Economia**. 8ª edição. CENGAGE, 2019.

Outra questão importante referente ao processo de regulação do setor de saneamento refere-se aos quadros profissionais que integram a ANA, tanto em seu aspecto diretivo quanto operacional. Como garantir que a direção da agência seja ocupada por pessoal qualificado, que seja independente e não tenha interesses particulares ou que tenha ligações com o setor privado? A lei 9.984/2000 determina que a escolha da diretoria da ANA é prerrogativa do Presidente da República e veda o exercício de outra atividade profissional como também proíbe o interesse em empresas relacionadas à prestação de serviços públicos de saneamento. Na prática, porém, é difícil garantir a isenção de nomeados e a opinião pública tem o papel de fiscalizar essa atuação.

Uma dúvida persistente sobre o setor privado é o interesse, ou ausência dele, em atender um município com baixo retorno financeiro, inviável financeiramente, típico de municípios de pequeno porte. A solução proposta no novo marco é a criação de blocos de licitação que conteriam aglomerados de municípios e tornaria possível a viabilidade da atuação do setor privado. Ainda assim, a regulação deve prever a distribuição igualitária de municípios nos blocos para evitar a criação de blocos com municípios “ricos” e outros blocos com municípios “pobres”.

Sobre as metas definidas e o seu cumprimento, há que se acompanhar sua elaboração, tanto de um ponto de vista quantitativo quanto qualitativo. O fornecimento de água deve alcançar não só o maior número de pessoas com a maior cobertura possível, como garantir os aspectos de qualidade do serviço, da água fornecida e do tratamento do esgoto.

Críticos à abertura dos serviços de saneamento à iniciativa privada, como o professor de economia da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) Marco Antônio Rocha, argumentam que direitos importantes como o acesso à água e ao saneamento devem ser tratados na esfera pública, uma vez que o objetivo é o bem comum em oposição à empresa privada em que seu objetivo principal é a obtenção de lucro. Os defensores como Gesner Oliveira, coordenador do Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e ex-presidente da Sabesp, sustentam que a entrada do setor privado trará mais aspectos positivos, preços mais baixos para os pobres e maior possibilidade de atingir a universalização.

Devido à grande relevância do tema, que por si só já é fundamental para uma vida digna e se torna mais urgente num contexto de pandemia de Covid-19 em que medidas de higienização são essenciais para impedir a propagação do vírus, a sociedade deve estar atenta ao desenrolar das atividades da ANA após as novas atribuições que lhe foram conferidas, desde a formação do seu corpo diretivo e operacional passando pela elaboração das normas de referência, ainda em estágio inicial, e método de regulação até o planejamento e execução da fiscalização da atuação das empresas de saneamento, tanto

públicas quanto privadas. A atenção deve ser redobrada, uma vez que as normas ainda serão elaboradas e isso dependerá do direcionamento político-econômico da agência, principalmente com relação à regulação tarifária para evitar abusos e sobre o estabelecimento dos subsídios para populações de baixa renda.

CONCLUSÃO

Como vimos no decorrer do presente artigo, a questão do acesso à água é crítica em todo o mundo e mesmo no Brasil, que possui boa quantidade desse recurso natural, a situação é bastante preocupante. A previsão de aumento da demanda em quase 80% nos próximos 20 anos, a possibilidade de entrega da distribuição da água à iniciativa privada com o novo marco do saneamento e a vulnerabilidade social e econômica de considerável parcela da população tornam crucial que se tenha estratégia e cuidado ao legislar e regular esse serviço nos próximos anos. Tomando a hipótese de privatização e como pressuposto as experiências fracassadas de outros países que optaram por esse caminho no passado, defendemos que a água se torne um direito fundamental dos brasileiros, assim como nas constituições do Uruguai, Equador e Bolívia, anteriormente aqui citadas.

Ainda que o novo marco do saneamento tenha o objetivo da universalização do acesso à água e do saneamento, mesmo se tratando de uma lei, não parece ser suficiente como garantia. Vemos como imprescindível a incorporação do direito à água ao corpo da Constituição, juntamente aos outros direitos fundamentais existentes para servir de base, diretriz, guia, referência e legitimação para o restante do ordenamento jurídico e as iniciativas futuras, incluído aí o novo marco regulatório. Esse posicionamento encontra eco na justificativa da PEC 4/2018 que diz:

“...urge positivar na nossa Carta Magna o acesso à água potável como um direito fundamental, em desdobramento da garantia à inviolabilidade do direito à vida, que não pode existir sem provisão de água. Essa alteração na Constituição dotará os aplicadores do direito de ferramentas adequadas para garantir que o interesse econômico-mercantil, que atualmente desponta com vigor em torno do tema, não se sobreponha ao direito humano de se obter água potável para viver dignamente.” (BRASIL, 2018)

É sabido que mesmo alguns direitos fundamentais consagrados pela Constituição encontram dificuldade de serem efetivados, no entanto, devido a seriedade da questão, é necessário que o maior número de recursos de proteção ao direito da população à vida e à dignidade humana implícitos no acesso à água, em especial das pessoas mais vulneráveis economicamente, seja garantido.

Acreditamos que a melhor via para que essa intenção se concretize é através da PEC, um processo mais longo, porém mais seguro juridicamente de incorporação de um direito fundamental à Constituição.

REFERÊNCIAS

AMORIM, J. A. A. **Direito das águas: O regime jurídico da Água Doce no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

BORGES, B. B. A abertura aos direitos humanos nas constituições latino-americanas e seus reflexos no controle de convencionalidade. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**, Araxá, v. 20, n. 19, p. 117-139, ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Jur%C3%ADdica-UNIARAX%C3%81_20_n.19.05.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. Derechos Fundamentales y Garantías. Artículo 20. 2008. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.015/20**, de 15 de junho de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.015-de-15-de-junho-de-2020-261697846>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. **Lei 9.984/2020**, de 17 de julho de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984.htm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. **Pec nº 4/2018**, de 07 de fevereiro de 2018. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7631316&ts=1606766992423&disposition=inline>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp nº 122812 ES 1997/0016898-0**. Requerente: Companhia Espírito Santense de Saneamento. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Brasília, 2001. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317786/recurso-especial-resp-122812-es-1997-0016898-0>>. Acesso em: 18 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1616038 RS 2015/0230806-0**. Requerente: Agro-Pecuária da Várzea Bonita LTDA . Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862895694/recurso-especial-resp-1616038-rs-2015-0230806-0/inteiro-teor-862895704?ref=serp>>. Acesso em: 18 nov. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento: AI nº 589398 SP**. Requerente: Companhia de Saneamento Básico do Estado do Estado de São Paulo - SABESP. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18461695/agravo-de-instrumento-ai-589398-sp-stf?ref=serp>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE nº 552948 RJ**. Requerente: Cedae. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15448118/agreg-no-recurso-extraordinario-re-552948-rj/inteiro-teor-103245429>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE nº 607056 RJ**. Requerente: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23275453/recurso-extraordinario-re-607056-rj-stf/inteiro-teor-111667866>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

CARNEIRO, J. D. Enquanto Rio privatiza, por que Paris, Berlim e outras 265 cidades reestatizaram saneamento? **UOL**, 23 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40379053>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

CASAZZA, I.F. O acesso à água e os excluídos da prevenção à Covid-19. **Agência Fiocruz de Notícias**, 15 mai. 2020. Disponível em: <<https://agencia.fiocruz.br/o-acesso-agua-e-os-excluidos-da-prevencao-covid-19>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

COUTINHO, D. R; MESQUITA, C. F. M; NASSER, M. V. N. A. M. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 1, e1902, p. 1-23, jan-abr 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n1/1808-2432-rdgv-15-01-e1902.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ELIAS, J. Privatizar é ideal? 884 serviços caros e ruins foram reestatizados no mundo. **UOL**, 07 mar. 2019. Disponível: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/07/tni-884-reestatizacoes-mundo.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

ELIAS, J. Reestatização cresce porque empresa privada tem serviço ruim, diz instituto. **UOL**, 07 mar. 2019. Disponível em:

<<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/07/reestatizacoes-tendencia-crescendo-tni-entrevista.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

EQUADOR. Constituição da República do Equador. Artigo 12. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/newsletterPortaIInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoodoEquador.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

FALTA de acesso à água afeta bilhões e provoca aumento de conflitos no mundo, diz relatório da ONU. **G1**, 18 mar. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/03/18/falta-de-acesso-a-agua-afeta-bilhoes-e-provoca-aumento-de-conflitos-no-mundo-diz-relatorio-da-onu.ghtml>>. Acesso em 25 nov. de 2020.

GONZALEZ, C. P. M.; BORGES, M. C. A. Reflexões sobre o direito humano à água: do reconhecimento à sua efetividade. **Revista Paradigma**, v. 28, n. 2, p. 177-195, 20 nov. 2019. Disponível em: <<http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1394>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

NOGUEIRA, A. L. **O fornecimento do serviço essencial de água e sua suspensão.** [S.I.], 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59194/o-fornecimento-do-servico-essencial-de-agua-e-sua-suspensao/2>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

NOVO Marco de Saneamento é sancionado e garante avanços para o País. **Governo do Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2020/07/novo-marco-de-saneamento-e-sancionado-e-garante-avancos-para-o-pais>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

ONU. **O direito humano à água e ao saneamento (marcos).** Disponível em: <https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf>. Acesso em 22 nov. 2020.

ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Nova Iorque, 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Economicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

ONU. **The future we want.** Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/at_download/the-future-we-want.pdf>. Acesso em: 15 nov. de 2020.

PAIVA, C. A. Por que há um movimento de reestatização na Europa de hoje? **Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul**, 2019. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repdcp_m505/csp/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Prof.%20Carlos%20Paiva%20AP%2022.04.19.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

PIOVESAN, F. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, Brasília, Ano 8, V. 15, p. 93-110, jan./jun. 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_globais_justica_mundo_br.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

PULHEZ, M. M. Nova regulação do saneamento básico no Brasil: o avanço da mercantilização da água e os desafios de sua garantia como direito humano. **Nexo Jornal**, 25 nov. 2020. Disponível em: <<https://pp.nexojornal.com.br/opiniao/2020/Nova-regula%C3%A7%C3%A3o-do-saneamento-b%C3%A1sico-no-Brasil-o-avan%C3%A7o-da-mercantilha%C3%A7%C3%A3o-da-%C3%A1gua-e-os-desafios-de-sua-garantia-como-direito-humano>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

ROUBICEK, M. O novo marco legal do saneamento básico sob análise. **Nexo Jornal**, 25 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/06/25/O-novo-marco-legal-do-saneamento-b%C3%A1sico-sob-an%C3%A1lise>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

RUI irá abrir capital da Embasa em 2020 e diz que já existem investidores interessados. **Bahia Notícias**, 13 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.bahianoticias.com.br/noticia/242232-ruir-ira-abrir-capital-da-embasa-em-2020-e-diz-que-ja-existem-investidores-interessados.html>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

SILVA, F. M. A. **Direitos Fundamentais.** [S. l.], 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SILVA, T V G. **Direito Humano de acesso à água potável e ao saneamento básico. Análise da posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** [S. l.], 2016. Disponível em: <<http://conexaogua.mpf.mp.br/arquivos/artigos-cientificos/2016/13-o-direito-humano-de-acesso-a-agua-potavel-e-ao-saneamento-basico-analise-da-posicao-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2020

TRATA BRASIL. **Principais estatísticas da água no Brasil**, 2020. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/agua>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

UCHOA, P. Os países em que a água já é um recurso em falta. **BBC World Service**, 6 ago. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49243195>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

URUGUAI. **Constitución de la República**. Derechos, deberes y garantías. Artículo 47. 2004. Disponível em: < <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

VASCONCELOS, G. Projeto de marco do saneamento está maduro para ser votado, diz relator. **Valor**, Rio de Janeiro, 06 dez. 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/12/06/projeto-de-marco-do-saneamento-esta-maduro-para-ser-votado-diz-relator.ghtml>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

VELASCO, C. Com o aquecimento global, crescimento do país e desperdício, demanda de água no Brasil pode aumentar quase 80% até 2040, aponta estudo. **G1**, 26 ago. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/26/com-aquecimento-global-crescimento-do-pais-e-desperdicio-demanda-de-agua-no-brasil-pode-aumentar-quase-80percent-ate-2040-aponta-estudo.ghtml>>. Acesso em: 28 de nov. de 2020.

VERDÉLIO, A. Veja as principais mudanças no novo Marco Legal do Saneamento. **Agência Brasil**, 16 jul. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-07/veja-principais-mudancas-no-novo-marco-legal-do-saneamento>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

ZOGHBI, S. **Dimensões dos Direitos Fundamentais**. [S. l.], 2017. Disponível em: <<https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/499244953/dimensoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ZOLO, Danilo. Universalidade dos Direitos Humanos? In: FEITOSA, M. L. A; TOSI, G (org.). **Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra**. São Paulo: Conceito, 2011, p. 23-86. Disponível em: < <http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2016/04/RumoAoOcaso.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

A CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL E A GARANTIA PERPÉTUA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A tese sustentada por Platão, a partir do *Górgias* e aprofundada na *República*, é a da coincidência da “verdadeira filosofia com a verdadeira política”. Nesse sentido, constatou que somente se o político se tornar “filósofo” ou vice-versa é que se poderia construir a verdadeira *Cidade*, ou melhor, “o Estado fundado no supremo valor da Justiça e do bem”. O verdadeiro significado dessas afirmações só ganha mais clareza quando recordamos que, na antiguidade, o verdadeiro sentido de filosofia era o “conhecimento do inteiro”, ou seja, conhecimento das razões supremas de todas as coisas. Ao mesmo tempo, é importante lembrar que para Platão, o homem se reduzia à sua alma (*psyque*). Do mesmo modo, o indivíduo se confundia com o cidadão e a *Cidade-Estado* era o horizonte de todos os valores morais e a única forma possível de sociedade¹¹³.

Segundo Platão, construir a *Cidade* (ou melhor, o Estado) significa conhecer o homem e seu lugar no universo, uma vez que a *Cidade* não seria nada além de uma dilatação de nossa alma, uma reprodução em amplas dimensões daquilo que habita em nossa *psyché*. Nesse sentido, o problema da natureza da “justiça” começa a encontrar uma solução quando se observa como nasce e se corrompe uma *Cidade* perfeita. Assim, ele vai dizer que um Estado nasce porque nenhum de nós é “autárquico”, não bastando a si mesmo, tendo, conseqüentemente, necessidade da ajuda de muitos outros homens: dos que suprem as necessidades materiais (alimento, vestuário e moradia); daqueles dedicados à guarda e defesa da *Cidade*; e, por fim, daqueles indivíduos que saibam governar a *Cidade* adequadamente. Com base nessa tripartição social, emergem para Platão três classes sociais: 1) a dos camponeses, artesão e comerciantes; 2) a dos guardas; e 3) a dos governantes¹¹⁴.

Para Platão, na primeira classe de homens predominava o aspecto “concupiscível da alma”, aspecto mais elementar e seriam bons quando neles predominassem a “temperança” enquanto domínio e disciplina dos desejos, quando, então, teriam a capacidade de submeter-se às classes superiores de modo conveniente. A segunda classe, nos quais predominaria a força “irascível” da alma (*volitiva*), seriam homens dotados ao mesmo tempo de mansidão e ferocidade. Para Platão, suas maiores virtudes seriam a “fortaleza” e a “coragem”, pois, além de vigiar os perigos vindos de fora, precisariam vigiar os perigos que podem emergir de dentro. Assim, deveriam evitar que na primeira classe fosse produzida excessiva riqueza ou excessiva pobreza, ao mesmo tempo em que

¹¹² Graduando em Direito pela UFBA

¹¹³ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Filosofia: Antiguidade e Idade média* (Vol. 1). Trad. José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2017, pp. 162-163.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 163.

deveriam evitar que o Estado crescesse demais ou diminuísse em demasia. Deveriam por fim, garantir que os encargos confiados a cada cidadão estivessem de acordo com suas naturezas e que fossem oferecidos a cada um uma educação conveniente¹¹⁵.

Finalmente, os governantes deveriam ser aqueles que demonstrassem amar a *Cidade* mais do que qualquer outro, sabendo realizar sua tarefa com zelo e tendo sido capaz de contemplar o Bem. Para Platão, nos governantes predominaria a alma racional e sua maior virtude seria a “sapiência”. Como consequência, a *Cidade* perfeita (ou, como já dissemos, o Estado perfeito) seria aquela na qual predominam a temperança na primeira classe social, a fortaleza ou coragem na segunda, e a sapiência na terceira, de modo que a Justiça não seria nada além do que a harmonia que se estabelece entre essas três virtudes, pois, “quando cada cidadão e cada classe social cuidam das funções que lhes são próprias da melhor forma e fazem aquilo que por natureza e por lei são chamados a fazer, então se realiza a perfeita Justiça”¹¹⁶.

Assim como são três as classes do Estado, são três as partes da alma (a apetitiva, a irascível e a racional). De acordo com Platão, a “irascível” está preponderantemente ao lado da razão, podendo, contudo, se aliar, também, com a parte mais baixa da alma, caso negligenciada com uma educação de má qualidade. Nesse sentido, haveria uma perfeita correspondência entre as virtudes da *Cidade* e as virtudes do indivíduo. A temperança emerge quando as partes inferiores da alma se harmonizam com a superior e a ela obedecem, enquanto a força e a coragem emergem quando a parte “irascível” sabe manter com firmeza os ditames da razão e, por fim, a sapiência emerge quando a parte racional da alma possui a verdadeira ciência daquilo que serve a todas as partes (ciência do bem). A Justiça será uma decorrência da disposição da alma em fazer aquilo que deve fazer e como deve fazer. Desse modo, o conceito de Justiça segundo a sua natureza, para Platão, significa que “cada um faça aquilo que lhe compete fazer”, os cidadãos e as classes de cidadãos na *Cidade* e as partes da alma na alma. Para que a Justiça ganhe existência fora, no mundo prático, é necessário que também exista dentro, em sua raiz, a saber, na alma.

Logo, a *Cidade* perfeita, precisa ter uma educação perfeita, principalmente para a classe dos guardiães do Estado. A educação para a classe inferior, dos artesãos, não haveria de ser muito complexa, pois o seu ofício se aprenderia com a prática. Para a classe dos guardiães, contudo, Platão propôs a partilha de todos os bens e a abolição de toda e qualquer posse dos bens materiais, sendo tarefa da classe inferior (proprietária dos bens) prover as necessidades dos guardiães. Homens e mulheres da classe dos guardiães receberiam idêntica educação e desempenhariam as mesmas tarefas, ao mesmo tempo em que seus filhos seriam subtraídos dos pais ainda cedo, sendo criados e educados em locais

¹¹⁵ Ibid., p. 164.

¹¹⁶ Ibid.

oportunos, sem jamais conhecê-los. O que Platão pretendia com sua proposta era fundar as bases de uma grande família, na qual todos se amassem como pais, mães, filhos, irmãos, irmãs, parentes, eliminando, assim, os motivos que alimentam o egoísmo. Nada pertenceria a alguém, os homens, a partir de então, deveriam se acostumar a falar “é nosso”, de modo que o bem privado se converteria em bem comum. Já a finalidade da educação dos governantes visava convertê-los em políticos-filósofos, permitindo que conhecessem e contemplassem o Bem, o que Platão chamou de “cognição máxima”, plasmando a si mesmos segundo o bem, para em seguida manifestar o próprio bem na realidade histórica¹¹⁷.

Seguindo a esteira de Platão, seu discípulo Aristóteles, pôs ênfase na ação política, acreditando ser ela a ciência do conjunto da atividade moral dos homens, tanto individualmente, como quanto cidadãos. Em sua concepção, em harmonia com a de Platão, o homem não era entendido senão como cidadão e a *Cidade* era colocada acima da família e de cada indivíduo, estando cada indivíduo em função da *Cidade* e não a *Cidade* em função do indivíduo. Assim, para Aristóteles, a política exerceria uma função arquitetônica, determinado quais ciências seriam necessárias na *Cidade*, quais cada um deveria apreender e até que ponto. Assim, também para Aristóteles, a *polis* seria o horizonte absoluto que encerrava os valores do homem¹¹⁸.

No entanto, qual seria o destino do homem na Cidade? Segundo Aristóteles, o fim supremo do homem seria a felicidade. Desse modo, todas as ações humanas visariam a fins que são “bens”, estando todos submetidos, entretanto, à *eudaimonía* (felicidade). Porém, o que seria a felicidade? De acordo com Aristóteles, para a maioria dos homens a felicidade seria confundida com o prazer e o deleite, mas isso os reduz à dignidade dos animais. Outros confundem a felicidade com a honra¹¹⁹, já outros pensam que a felicidade consiste em acumular riqueza. Contudo, para Aristóteles, a felicidade equivaleria à realização do *Bem-Supremo*, que é, por sua vez, o direito ou a capacidade de realizar-se enquanto homem, ou seja, naquela atividade que nos diferencia de todas as outras coisas, inclusive os animais. Portanto, não poderia consistir em apenas viver como tal, pois até os seres vegetativos vivem, muito menos ser dominado pela vida sensitiva, algo que também abrange os animais. Para o homem, então, o atingimento do *Bem-supremo* só seria possível através das atividades da razão. Nesse sentido, se pretendemos garantir que cada homem se realize enquanto homem, devemos permitir-lhe que se desenvolva intelectualmente e é papel da *Cidade* (ou Estado) garantir as condições elementares e prévias para que tal ambição se realize. Essa garantia se dava por meio da participação

¹¹⁷ Ibid., p. 165.

¹¹⁸ Ibid., pp. 216-217.

¹¹⁹ A honra era para o homem antigo algo correspondente daquilo que para o homem de hoje é o sucesso.

direta dos cidadãos nos debates públicos nos quais traçavam, juntos, os caminhos para a elaboração desse *Bem-Supremo* de alcance comum. Era esse o primeiro modelo de democracia que temos notícia. Porém, a democracia grega não era bem o que parecia ser¹²⁰.

É inegável que Atenas é de fato o berço da democracia direta, onde o povo, reunido na *Ágora* para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública no principal ponto de encontro da nação. A democracia antiga era a democracia de uma cidade e de um povo que desconhecia a vida civil, que se devotava por inteiro à coisa pública, que deliberava sobre questões do Estado, que fazia de sua assembleia um poder concentrado no exercício de plena soberania legislativa, executiva e judicial. Contudo, a democracia grega enquanto direito de participação no ato criador da vontade política era um privilégio de uma parcela muito pequena da sociedade formada por homens livres, os quais se apoiavam sobre uma maioria esmagadora de escravos. Essa macula na democracia grega fez com que muitos autores até mesmo discordassem de que de fato houve uma democracia na Grécia. Houve, na verdade, segundo eles, uma aristocracia democrática, uma vez que uma parcela esmagadora da sociedade se encontrava alijada da fruição dos direitos¹²¹.

Apesar disso, a Grécia lançou mão de princípios fundamentais que nos são caros até hoje, sendo ainda objetos de busca permanente nos Estados Democráticos, a saber, os ideais de *isonomia*, *isotimia* e *isogaria*. A *isonomia* correspondia à igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou riqueza. A *isotimia*, abolia os títulos hereditários, abrindo-se a todos os cidadãos o acesso ao exercício das funções públicas, sem mais distinção ou requisito que o merecimento. Já a *isogaria* correspondia ao igual direito à palavra, compartilhado por todos os cidadãos, de modo que todos tinham direito de fala nas assembleias populares e podiam defender em pé de igualdade seus interesses. Assim, apesar de suas limitações, a democracia direta dos gregos foi uma bela lição de civismo que nos foi legada pela antiguidade clássica¹²².

Embora uma bela fonte de inspiração, as democracias modernas não mais comportam democracias diretas. Embora o *status* de cidadão tenha se ampliado a todos os membros da comunidade, a luta por seus direitos e garantias, a representação de seus interesses não mais se dá de maneira direta, uma vez que seria impossível reunir as multidões que compõem as populações de hoje em praças públicas para deliberações coletivas. Cabe, então, a cada cidadão escolher apenas os seus representantes e torcer para que eles de fato representem seus anseios enquanto cidadãos, homens detentores de

¹²⁰ Ibid., pp. 217-218.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 23ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2016, p. 288.

¹²² Ibid. pp. 291-292.

direitos, ansiosos que o Estado dê a garantia suprema de que poderão tornar-se homens enquanto homens (em sua plenitude, sem que sejam animalizados ou objetificados), realizando livremente suas mais elevadas aspirações.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O grau de democracia de um país nos dias atuais mede-se pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação constitucional. Em outras palavras “os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade”¹²³. Nesse sentido, não é possível se falar em democracia sem o reconhecimento e proteção de direitos fundamentais que sejam inerentes aos homens enquanto homens, uma vez que é por meio deles “que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais”, pois “onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a Sociedade se acha enferma”¹²⁴.

Portanto, o reconhecimento e a proteção dos direitos e liberdades fundamentais são o núcleo essencial da democracia constitucional que conhecemos atualmente, uma vez que, conforme Karl Loewenstein, encarnam a distribuição do poder sem a qual a democracia constitucional não pode funcionar, de modo que, quanto mais amplos forem e mais intensa for a sua proteção, tanto menor é o perigo de que se produza uma concentração de poder. Para Loewenstein, é isso que separa a democracia constitucional das autocracias¹²⁵. Nas palavras do grande constitucionalista Dirley da Cunha Jr.:

Convertidos em parâmetro axiológico e referencial obrigatório e vinculante da atuação estatal, os direitos fundamentais reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, impondo-se-lhes deveres de abstenção (não dispor contra eles) e deveres de atuação (dispor para efetivá-los)¹²⁶.

Qual seria, no entanto, o conceito constitucionalmente adequado de direitos fundamentais? Variadas expressões, com diferentes sentidos, foram utilizadas para identificar os direitos da pessoa, enquanto homem e enquanto cidadão. Assim, ao passo da história, expressões como liberdades públicas, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, direitos humanos e direitos fundamentais foram empregadas sem uma maior

¹²³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6° Ed. – Salvador: Editora JusPODIUM, 2012, p. 565.

¹²⁴ *Ibid.*, 566.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

apreciação filosófica e científica, afim de encontrar a expressão mais fiel e abrangente no que diz respeito ao conteúdo material daquilo que deve ser considerado direitos inalienáveis do indivíduo em uma democracia constitucional.

Qual dessas expressões haveria de ser a mais adequada? Numa apreciação acerca do conteúdo implícito em cada uma delas temos que a expressão “liberdades públicas”, tendo surgido na França no século XVIII por ocasião da *Revolução francesa*, correspondia a uma proteção coletiva e individual contra a opressão daqueles que governam (segundo redação do art. 9º da Constituição de 1793). A partir da Constituição do II império de 1852, a doutrina francesa emprega a expressão para designar um conjunto de direitos do homem contra qualquer forma de interferência do Estado. Contudo, essa expressão permaneceu limitada por não compreender os direitos sociais e econômicos.

Já “direitos individuais” apresenta uma limitação na própria terminologia, uma vez que faz referência ao indivíduo isoladamente, o que é um indicativo da separação entre direitos civis e direitos políticos. Segundo Cunha Jr., essa terminologia é o reflexo da filosofia individualista do liberalismo que fundamentou as declarações setecentistas. Por fim, o principal equívoco dessa expressão é não reconhecer a dimensão social do homem, o que torna necessária uma transmutação dos direitos individuais em direitos sociais¹²⁷.

Por outro lado, “direitos subjetivos” diz respeito às prerrogativas outorgadas ao indivíduo em conformidade com certas regras do ordenamento jurídico. Contudo, os titulares desses direitos subjetivos podem dispor deles livremente, inclusive para renunciá-los, podendo esses direitos desaparecer por via da transferência ou prescrição. Isso vai de encontro ao sentido substancial dos direitos fundamentais, uma vez que que esses são inalienáveis e imprescritíveis. Já “direitos públicos subjetivos”, terminologia oriunda da doutrina alemã, tenta situar os direitos do Homem em um sistema positivo de relações jurídicas entre os Estado e os indivíduos, correspondendo a uma forma de autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado. O problema dessa terminologia é que ela sugere que a atuação do Estado como garantidor de direitos será passiva, resultado de uma abstenção, quando se sabe que para que o direitos e garantias fundamentais se concretizem é necessário também uma atuação positiva do Estado¹²⁸.

Uma última terminologia concorrente, “direitos humanos” corresponde a um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos em níveis nacional e internacional. Dessa

¹²⁷ Ibid., pp. 567-568.

¹²⁸ Ibid., p. 569.

forma, os direitos humanos compreendem todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder da existência digna, livre e igual¹²⁹.

A doutrina brasileira, contudo, acreditou que nenhuma dessas terminologias compreendia a abrangência dos direitos considerados fundamentais para a promoção da dignidade humana. Justamente por isso a CF/88 consagrou a expressão *direitos fundamentais* (Título II: Direitos e garantias fundamentais), abrangendo todas as espécies de direitos, sejam eles referentes às liberdades, à igualdade e à solidariedade, ou, em especial e designadamente, os direitos civis individuais e coletivos (capítulo I), os direitos sociais (capítulo II e título VIII), os direitos de nacionalidade (capítulo III), os direitos políticos (capítulo IV) e os direitos dos partidos políticos (capítulo V), além dos direitos econômicos (título VII). No bojo dessa distribuição temática, percebemos que os direitos fundamentais nada mais são que os direitos humanos positivados em um nível interno, ficando reservado, então, o emprego da expressão direitos humanos ao plano das declarações e convenções internacionais¹³⁰.

No entanto, qual seria o melhor critério para construir de maneira precisa um conceito material de direitos fundamentais? Como já antecipado, seguimos a sugestão de Cunha Jr. elegendo o princípio da *dignidade da pessoa humana* como referência principal para estabelecer a coleção de direitos que merecem o adjetivo “fundamentais”. Isso porque, materialmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos como “aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua *fundamentalidade material*”. Segundo Cunha Jr.:

Vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao que todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau. Advertimos, entretanto, que o referido critério não é absoluto nem exclusivo, porquanto há direitos fundamentais também reconhecidos às pessoas jurídicas ou que se reconduzem a outros princípios fundamentais, o que significa que nem sempre a ideia de dignidade da pessoa humana pode, pelo menos diretamente, servir de vetor para a identificação dos direitos fundamentais. Nada obstante, em que pese o reconhecimento formal de direitos fundamentais alheios à ideia da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que serve de critério vetor para a identificação dos típicos direitos fundamentais, em atenção ao respeito à vida, à liberdade e à igualdade de cada ser humano, de modo que esses direitos, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade humana. Assim, concluímos que o “princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar – mas não exclusivo – para a construção de um conceito material de direitos fundamentais”. A vista

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid., pp. 470-571.

desse critério, podemos conceituar os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas¹³¹.

Esses direitos são, assim, *fundamentais*, porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive ou mesmo sobrevive. Com mais razão ainda, compreendemos que o termo *fundamental* destaca não apenas a inerência desses direitos à condição humana, como depende dele, também, a própria existência do estado de direito. A relevância dos direitos fundamentais se destaca, então, pelo fato de não só apenas serem *essenciais aos homens em sua convivência* como também representam os *pilares ético-político-jurídicos do Estado*, fornecendo a referência para a atuação do estado em sua modalidade *Estado Democrático de Direito*.¹³²

Os direitos fundamentais são, assim, os direitos e posições jurídicas subjetivas dos seres humanos previstos na Constituição, tanto na Constituição formal, quanto na Constituição Material, de onde deriva, em consequência, a distinção entre *direitos fundamentais em sentido formal e os direitos fundamentais em sentido material*. Tendo em vista essa distinção, faz-se necessário formular um conceito de direitos fundamentais que leve em conta não só sua *fundamentalidade formal*, ou seja, o fato de estarem previstos na Constituição, mas também a sua *fundamentalidade material*, uma vez que o fato de não estarem previstos formalmente na Constituição, não faz com que deixem de ser relevantes e imprescindíveis para a concretização da dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, são admitidos por ela em razão de seu conteúdo e importância.¹³³

Tendo esse entendimento como base, a CF/88, em seu art. 5º, § 2º, lança mão da cláusula de abertura material, a qual admite a existência de outros direitos fundamentais para além dos já expressos no texto constitucional, seja por serem referendados pela própria Constituição, enquanto direitos implícitos e direitos decorrentes do regime e princípios por ela adotados, seja materialmente justificados fora dela, enquanto direitos decorrentes de tratados internacionais dos quais o Estado Brasileiro seja signatário.¹³⁴

Dito de outro modo, em sentido formal, os direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas às pessoas por decisão expressa do legislador constituinte, enquanto que, em sentido material, os direitos fundamentais são aqueles que, apesar de não constarem expressamente no catálogo de direitos fundamentais inseridos na Constituição formal, podem ser a eles equiparados em razão de seu conteúdo e

¹³¹ Ibid., pp. 572-573.

¹³² Ibid., p. 573.

¹³³ Ibid., p. 574.

¹³⁴ Ibid.

importância. Diante dessa distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material, torna-se necessário encontrar um conceito que reúna em um só os dois sentidos. Esse conceito é oferecido por Cunha Jr. nos seguintes termos:

(...) os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). Este conceito, entretanto, ainda fica a depender da ordem constitucional concreta de cada Estado, uma vez que, o que é fundamental para certo Estado, pode não ser para outro¹³⁵.

Os direitos fundamentais devem ser entendidos, assim, como “reivindicações indeclináveis” as quais correspondem a valores fundamentais já vigentes numa dada sociedade e consensualmente reconhecidos no seio de suas instituições estruturais (a família, a moralidade de grupo, ideais espirituais e religiosos, etc.) os quais vão sendo gradativamente positivados pelas cartas constitucionais à medida em que ameaças de possíveis violações a sua concretização se manifestem. Esses valores coadunam com a promoção da liberdade, igualdade e solidariedade, tendo por base e fundamento o princípio da *suprema dignidade da pessoa humana*.

As normas que os consagram em nossa Constituição são denominadas de normas-princípios, uma vez que expressam mandados de otimização, diferentemente das normas-regras, as quais, por serem menos abstratas e genéricas, destacam hipóteses fáticas, associando a elas consequências jurídicas de sua ocorrência. Por conta disso, é evidente que os direitos fundamentais representam a base de legitimação do Estado e do sistema jurídico nacional, uma vez que vinculam toda atuação estatal, impondo-lhe o dever de proteger a vida humana em seu nível atual de dignidade, buscando realizar, gradativamente, uma ampliação dessa dignidade, promovendo, em última instância, a felicidade humana.

Ao passo em que as sociedades vêm sofrendo transformações, novos atores sociais vão emergindo e novas formas de controle e opressão ameaçam a dignidade das pessoas. Dada a historicidade dos processos de institucionalização da vida e da necessidade de sua consequente incorporação nas codificações nacionais, foi um recurso de inestimável valor a inclusão de uma cláusula que permitisse a atualização perpétua dos direitos e garantias

¹³⁵ Ibid., pp. 574-575.

fundamentais justamente com o intuito de permitir a modernização das constituições e impedir a prescrição das garantias de proteção a dignidade humana. Graças a essa cláusula de recepção normativa da materialidade das circunstâncias fáticas da vida é mantida a proteção dos cidadãos contra toda e qualquer forma de opressão.

2. A CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, § 2º, dá sequência ao previsto no art. 78 da nossa primeira constituição republicana, a Constituição de 1891, prevendo que os direitos e garantias expressos em seu texto *não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*, acrescentando, ainda, que esses direitos e garantias também não excluem outros decorrentes *dos tratados internacionais em que a República federativa do Brasil seja parte*¹³⁶.

Para muitos, esse texto constitucional significa abertamente que a CF/88 abrigou o princípio da abertura material dos direitos fundamentais, admitindo, com isso, a existência de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou mesmo externos ao texto constitucional. Contudo, essa posição não é absoluta, muito menos hegemônica, de modo que ainda predomina no entendimento de grande parte dos estudiosos do direito no Brasil a concepção de que os direitos fundamentais são enquanto tais apenas na medida em que encontram reconhecimento nas constituições formais. Nesse sentido, para a maioria daqueles que se debruçaram sobre esse tema, não existem direitos fundamentais em sentido material. Essa doutrina brasileira, segundo Cunha Jr., reflete de maneira precisa a jurisprudência nacional a qual entende que os direitos fundamentais são apenas aqueles incorporados ao texto de uma constituição escrita¹³⁷.

Apesar dessa tendência doutrinária, parece incorreto negar que os direitos fundamentais não se resumem àqueles tipificados na Constituição, principalmente porque parece inegável que ela possui uma “cláusula aberta” de direitos fundamentais, admitindo, expressamente, que outros direitos, além dos previstos formalmente, podem existir, seja em decorrência do regime e dos princípios que adota, seja em razão de decorrerem de tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja signatário, como já indicado. Para além disso, parece óbvio que a elaboração de um documento formal datado no tempo e localizado no espaço – fronteiras que não são absolutas e dão constantemente margem para a surpresa e o imprevisto – não dá conta de exaurir

¹³⁶ Ibid., p. 68.

¹³⁷ Ibid., pp. 668-669.

previsões precisas de suas necessidades futuras que precisarão ser consagradas na constituição.

Não foi Deus e sim homens que elaboraram as cartas constitucionais e, como é típico do ser humano, seus pontos de vista sempre foram limitados e eram humanamente incapazes de prever todas as situações e necessidades futuras. A história não acabou. Estamos no seio do seu movimento como peças do seu jogo por vezes previsível, mas, no mais das vezes, arbitrário, incoerente e, por conta disso, previamente inapreensível. Como recurso cautelar, o constituinte originário sabiamente abriu essa possibilidade de ampliação do inventário de direitos fundamentais, a ser realizado sempre que direitos e garantias de realização plena da dignidade da pessoa humana se veja ameaçado.

Segundo Canotilho, embora seja necessária uma positivação jurídica dos direitos fundamentais, afim de impedir que os direitos humanos se reduzam a meras esperanças, aspirações, ideias, impulsos ou mera retórica política, um discurso muito fechado e restrito ao que foi positivado correria o risco de se ver em dissintonia com a premissa básica de um sistema aberto de regras e princípios. Segundo ele, o próprio processo de *constitucionalização* e *fundamentalização* desses direitos torna clara a necessidade de uma abertura material para a assimilação positiva de novos direitos fundamentais.¹³⁸

A constitucionalização, segundo Canotilho, é o fenômeno que consiste na incorporação de direitos nas constituições formais. A fundamentalização, por sua vez, é a especial consideração que se dedica à proteção de certos direitos, o que pode ocorrer tanto em sentido formal quanto material. Em um sentido formal, a fundamentalidade gera como consequências: a) as normas que definem os direitos fundamentais são consideradas normas fundamentais, que se situam no ápice do ordenamento jurídico; b) como consequência, sujeitam-se a procedimento especial de reforma; c) manifestam-se, em regra, como limites materiais ao poder de reforma; d) por fim, vinculam imediatamente os poderes públicos. Já em sentido material, a fundamentalidade dá ênfase ao conteúdo dos direitos. Nesse sentido, se o direito é indispensável para a constituição e manutenção das estruturas básicas do Estado e da Sociedade, principalmente no que diz respeito à posição ocupada pela pessoa no interior dessas instituições, ele há de ser fundamental, mesmo que não seja (ainda) constitucionalizado.¹³⁹

Portanto, só a fundamentalidade material pode fornecer suporte para a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados (direitos materiais não formalmente fundamentais), ou seja, à aplicação a estes direitos apenas materialmente constitucionais de aspectos do regime jurídico inerentes à fundamentalidade formal e abertura a novos direitos fundamentais. Por esse motivo, da

¹³⁸ Ibid., p. 569.

¹³⁹ Ibid., p. 569.

mesma forma que se admite a coexistência entre uma constituição formal e uma constituição material (o horizonte fático do qual a primeira deriva e que a sustenta), pode-se conceber, também, a existência de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Em outras palavras, fica patente que os direitos podem ser formal e/ou materialmente fundamentais. Serão formal e materialmente fundamentais se sua relevância para o Estado e para a sociedade está incorporada na constituição escrita. Serão apenas formalmente fundamentais se estiverem inseridos no texto constitucional mesmo que não sejam importantes para o Estado e para sociedade, não se enquadrando no conceito material de direitos fundamentais. Por fim, serão materialmente fundamentais se, embora se revelando indispensáveis e de suma importância para a manutenção das estruturas básicas do Estado e da Sociedade, não estejam constitucionalizados.¹⁴⁰

Ao que parece, é disso que trata o art. 5º, § 2º da CF/88. Reforça ainda mais essa opinião, o fato de o texto constitucional brasileiro ter recepcionado elementos contidos em Constituições estrangeiras, principalmente a portuguesa e a estadunidense. Essa última, inclusive, foi a instância inaugural desse mecanismo. Segundo Cunha Jr. a origem dessa “norma de *fattispecie* aberta” remonta à 9º Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, a qual estabelece que a enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada como a *denegação* ou diminuição dos outros direitos que o povo se reservou. Segundo a 9º emenda em apreciação “a especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos reservados pelo povo”.¹⁴¹

Já a constituição de Portugal de 1976, seguindo sua Constituição de 1911, prevê no art. 16º, nº 1, que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. De acordo com Cunha Jr., regra semelhante se encontra nas Constituições da Argentina (art. 33), do Peru (art. 4º), da Guatemala (art. 44) e da Venezuela (art. 50)¹⁴².

No que diz respeito às Constituições brasileiras (a exceção da de 1824), todas reconheceram a fundamentalidade material dos direitos fundamentais. A Constituição de 1891, no seu art. 78, previa “a especificação das garantia e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. A Constituição de 1934, no seu art. 114, estabelece que “a especificação dos direitos e garantias expressas

¹⁴⁰ Ibid., pp. 670-671.

¹⁴¹ Ibid., p. 672.

¹⁴² Ibid

nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”.

Por sua vez, a Constituição de 1937, no art. 123, garante que “a especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição”. Já a Constituição de 1946, no seu art. 144, reafirma que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Mesmo a Constituição do Regime Militar, de 1967, em seu art. 150, mantém a redação das Constituições anteriores reafirmando que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Finalmente, a Constituição de 1988, no art. 5º, § 2º mantém a abertura material reiterando que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹⁴³”. Nas palavras de Cunha Jr.:

A Constituição brasileira de 1988, na esteira das Constituições anteriores, contém preceito expresso que admite a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, como consequência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (CF, art. 1º, III)¹⁴⁴.

Decorre disso que a Constituição brasileira aceita outros direitos além daqueles previstos nela, de tal sorte que os direitos fundamentais não são apenas aqueles que as normas formalmente constitucionais enunciam, podendo ser também direitos provenientes de outras fontes, no seio de uma perspectiva mais ampla que é a da Constituição material. Como consequência, devemos entender a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição como uma enumeração aberta, meramente exemplificativa, por estar sempre pronta a ser preenchida ou completada por outros direitos, através de fontes variadas.

Como bem lembra Cunha Jr., a abordagem tradicional dos direitos fundamentais, historicamente associada ao jusnaturalismo, propõe que esses direitos são apenas reconhecidos pela ordem jurídica, por serem pré-existentes a ela. A ordem jurídica é uma convenção de segundo nível que não suplanta, mas sim deriva, como uma segunda camada, de uma ordem mais originária, da vida fática, prático-material, da existência dos povos que é inegavelmente anterior à codificação positiva. É do solo da existência que

¹⁴³ Ibid., p. 673.

¹⁴⁴ Ibid

essas normas se elevam, é ela sua principal fonte, referência e modelo *inesgotável*, sempre prestes a oferecer novos exemplos e modelos para positivação. Portanto, existem direitos que não precisam estar incluídos em uma constituição ou declaração formalizada, para que existam e devam ser respeitados, bastando para isso “que ostentem a natureza de fundamentalidade material”¹⁴⁵.

Assim, de acordo com a cláusula de abertura material, a qual sustentamos aqui corresponder ao art. 5º, § 2º da CF/88, existem dois grupos de direitos fundamentais: 1) os direitos fundamentais expressos ou expressamente positivados ou escritos, que compreendem 1.1) os direitos expressamente previstos no catálogo de direitos fundamentais (Título II) ou em outras partes do texto constitucional e 1.2) os direitos previstos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte; e 2) os direitos fundamentais não expressos, não expressamente positivados ou não-escritos, que alcançam 2.1) os “direitos implícitos” subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas e 2.2) os “direitos decorrentes” do regime e dos princípios adotados pela Constituição, considerados o regime e os princípios previstos no Título I.

Portanto, acompanhando a posição de Cunha Jr., acreditamos ser incontestável a existência de direitos fundamentais que, apesar de não estarem elencados na legislação infraconstitucional, ostentam a fundamentalidade material, gozando, em decorrência disso, do mesmo regime aplicável aos direitos fundamentais em sentido formal. A principal justificativa e critério mais que suficiente para a acolhida da presente interpretação é a seguinte: se, a despeito de sua ausência no texto formal, sua substância e importância os tornam imprescindíveis para uma existência digna, livre, igual e solidária das pessoas, o que atesta a sua fundamentalidade material, “impõe-se tê-los como direitos fundamentais protegidos constitucionalmente”¹⁴⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos em uma sociedade que se acredita democrática e que supostamente protege todos os cidadãos garantindo-lhes amplos direitos e garantias de autoconstrução de si e de exercício de uma vida digna, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, não raro constatamos uma série de violações que submetem muitos indivíduos à situações degradantes, sendo-lhes negado acesso ao mínimo necessário para a manutenção de sua existência e de sua realização plena enquanto seres humanos.

¹⁴⁵ Ibid., p. 674.

¹⁴⁶ Ibid., p. 675.

A dignidade de alguns grupos ainda está em vias de serem alcançados, demandando ainda um longo esforço de reconhecimento de seu direito à existência e ao exercício de sua essência individual e de grupo sem que lhe sejam impostos obstáculos pela Sociedade de modo geral (relações horizontais entre outros cidadãos muitas vezes marcadas pelo preconceito) ou mesmo pelo Estado (relações verticais que tem como centro gerador políticas públicas excludentes por parte dos governantes). É o caso da comunidade negra, quilombola, da comunidade indígena, dos LGBT's, idosos, portadores de deficiências motoras, cognitivas, portadores de transtornos psicológicos, etc. Apesar de nossa carta constitucional se declarar liberal em seus princípios e consagrar direitos e garantias universais, não é o que se vê na prática.

O liberalismo clássico que inspira nossa constituição surge na moderna sociedade europeia como uma nova concepção de mundo, partindo de pressupostos, ideias e interesses individualistas, o qual ganhou respaldo nas regras e instituições condutoras da vida das pessoas em sociedade. Segundo Wolkmer, a doutrina global do liberalismo cultivada por segmentos da burguesia que se opunha ao absolutismo a partir do século XVII, não só reproduziu as novas condições materiais de produção da riqueza e as novas relações sociais ditadas pelas necessidades do mercado, como tornou-se, também, expressão de uma liberdade integral presente em diferentes níveis da realidade (ético, social, econômico e político)¹⁴⁷.

A dimensão ético-filosófica do liberalismo destaca uma afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza moral e racional do ser humano, de modo que suas diretrizes se assentavam nos princípios de liberdade pessoal, do individualismo, da tolerância, da dignidade e da crença na vida. No aspecto econômico, destacavam-se as condições que abarcam a propriedade privada, a economia de mercado, a intervenção mínima do Estado, a livre empresa e a iniciativa privada. No bojo dessas transformações, encontravam-se os direitos econômicos, representados pelo direito de propriedade, o direito de herança, o direito de acumular riqueza e capital, o direito à liberdade de produzir, comprar e vender. Finalmente, na dimensão jurídico-política, as bases liberais sugeriam o consentimento individual, representação política, divisão dos poderes, descentralização administrativa, soberania popular, direitos e garantias individuais, supremacia constitucional e Estado de direito¹⁴⁸.

Contudo, transposição desses ideais para o Brasil não obedeceu este figurino e constatamos que o liberalismo à brasileira não compactua com muitos desses princípios, apresentando até hoje limites intransponíveis. Desde sua incorporação, a doutrina liberal brasileira foi marcada por uma estrutura político-administrativa patrimonialista e

¹⁴⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 6ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 102

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 102-103.

conservadora, com uma dominação econômica escravista das elites agrárias. As ideias liberais no Brasil sofreram, em decorrência dos interesses das elites do passado, uma fácil distorção pelo simples fato de a doutrina ser de conhecimento limitado mesmo entre os segmentos que promoveram as revoltas de independência no país, uma vez que a maior parte da população era mantida analfabeta e alienada, justamente para que jamais compreendessem o verdadeiro significado das concepções recém-chegadas. Algo que não mudou muito atualmente.¹⁴⁹

Nesse sentido, enquanto o liberalismo europeu correspondeu a uma ideologia revolucionária forjada na luta contra os privilégios da nobreza, o liberalismo brasileiro foi canalizado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terras e do clientelismo vinculado à monarquia imperial. Segundo Wolkmer, a falta de uma revolução burguesa no Brasil impediu que a ideologia liberal fosse aqui desenvolvida nos moldes como se desenvolveu em países como Inglaterra, França e EUA.

Enquanto nesses países o liberalismo foi a doutrina política libertadora que derrotou o absolutismo, no Brasil o liberalismo representou no máximo a necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias, criando o monstro existente até hoje da aplicação de formas liberais a estruturas de conteúdo oligárquico. Assim vivemos ainda hoje: “a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas”. No passado convivemos com a paradoxal conciliação entre liberalismo e escravidão. Atualmente convivemos com um liberalismo de fachada que camufla a exploração dos mais pobres pelos mais ricos e a total negação dos direitos e garantias fundamentais que protegem os mais fracos contra a ganância dos poderosos¹⁵⁰.

Em um quadro como esse, os direitos e garantias já existentes se encontram ameaçados. Com mais força ainda se encontram ameaçados aqueles direitos e garantias já materializados, porém ainda não formalizados, pois se os interesses das oligarquias atuais já é o de suprimir direitos já garantidos, com mais força ainda impediriam (e impedirão) a consagração de novos direitos, principalmente o de novos grupos e atores sociais. Caso a nossa Constituição só consagrasse os direitos e garantias fundamentais formalizados e escritos, o poder oligárquico brasileiro dos dias atuais (e os governantes e legisladores que em muitos casos são seus funcionários) teriam a justificativa ideal e embasada na própria Constituição para manter excluídos do processo democrático e do exercício pleno da cidadania (incluindo os direitos e garantias a ela associados) muitos

¹⁴⁹ Ibid., p. 103.

¹⁵⁰ Ibid., p. 104.

grupos que ainda hoje lutam por sua dignidade enquanto seres humanos. Simplesmente nada poderia ser feito, pois o próprio texto impediria.

Contudo, apesar da falta de interesse político muitas vezes testemunhado, a existência de uma cláusula de abertura material mantém acesa a esperança de que dias melhores virão para os excluídos e despossuídos do nosso país os quais, infelizmente, ainda não são enxergados como seres humanos e têm reiteradamente sofrido com embargos à sua plena realização enquanto humanos, `sua busca por uma realização plena de si (conquistando dignidade para suas crenças, costumes, valores, modos de organização social, etc.) e a conseqüente conquista do *Bem-Supremo*, aos moldes do que indicamos inicialmente por Platão e Aristóteles: a conquista da felicidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 23ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. – Salvador: Editora JusPODIUM, 2012.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Filosofia: Antiguidade e Idade média (Vol. 1)*. Trad. José Bortolini. São Paulo: Paulus, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 6ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: DO CONFLITO ENTRE O DIREITO À SAÚDE E O DIREITO À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Hildon Oliveira Santiago Carade¹⁵¹

Bruno Oliveira Sodré Lima¹⁵²

Resumo: O presente artigo trata da temática da colisão de direitos fundamentais sociais, a partir dos conflitos jurídicos suscitados pelo contexto da pandemia do Covid-19. Mais especificamente, tomaremos como ponto central da nossa análise a contenda entre as decisões do executivo e do judiciário na cidade do Rio de Janeiro no segundo semestre de 2020, quanto à reabertura ou não das escolas privadas, o que pode ser caracterizado como um confronto entre o direito à saúde e o direito à educação. Nosso objetivo é demonstrar, de uma maneira crítica, o alcance da teoria do sopesamento de Robert Alexy pode nos guiar no sentido de compreender os padrões das decisões judiciais concernentes ao caso em tela.

Palavras-chave: colisão; direitos fundamentais sociais; teoria do sopesamento.

INTRODUÇÃO

A pandemia do Covid-19 vem provocando mudanças nas mais diversas esferas societárias, cujos efeitos podem ser sintetizados nos termos da reconfiguração dos espaços públicos e privados. A partir do momento em que os governos, em escala global e local, se viram diante da necessidade de estipular medidas sanitárias de contenção da expansão do vírus, apoiando-se, pois, nas orientações da comunidade científica, uma realidade tornou-se patente nos mais diferentes rincões do planeta: o paradigma do isolamento social. De acordo com os infectologistas, quanto menos expostas as pessoas estiverem aos ambientes não esterilizados e às aglomerações humanas, menor será a

¹⁵¹ Graduando em Direito da UFBA

¹⁵² Técnico em Informática IFBa, Acadêmico em Direito FDUFBa, membro do Saju UFBA e da diretoria de produção científica CARB UFBA, extensionista do observatório UFBA, integrante do grupo de estudo de acesso à Justiça e autor de obras jurídicas.

probabilidade da existência de novos contágios. O "fique em casa" virou o lema mundial desde então.

Ainda que o governo federal brasileiro não tenha tomado a dianteira no enfrentamento da pandemia, no sentido de criar uma estratégia nacional de controle epidemiológico do vírus, os poderes municipais e estaduais, cada um à sua maneira, decretaram políticas de isolamento social compulsório, que acarretaram no fechamento dos serviços não essenciais e no impedimento da circulação de pessoas nos espaços públicos, quando da ausência de uma boa motivação para sair de casa.

A excepcionalidade da crise sanitária e a adoção da medida do isolamento social têm alimentado no Direito debates calorosos sobre quais seriam os modelos explicativos mais apropriados ao entendimento das situações concretas de colisão dos princípios constitucionais, especialmente o verificado entre o direito de ir e vir versus o direito à vida.

Como apontam Lara e colaboradores (2020), a determinação do isolamento social como deliberação mais apropriada à prevenção do aumento da curva referente às novas infecções, trouxe à tona o clássico conflito entre um direito individual e um bem coletivo, quais sejam, a liberdade subjetiva e o direito à saúde. Entretanto, este não foi o único conflito de direitos suscitado pela eclosão da pandemia. Com o fechamento das escolas, consideradas um serviço não essencial, por um longo período de tempo (há estados em que as aulas presenciais ainda não retornaram), um debate tomou conta da arena pública sobre se as medidas de enfrentamento da covid-19 não estariam atentando contra um direito fundamental social, a saber, o direito à educação, configurando um caso excepcional de colisão entre bens coletivos, a saber, a saúde e a educação.

O objetivo do presente artigo é analisar de que maneira a teoria do sopesamento de Robert Alexy pode ser uma fonte de entendimento para o conflito ocorrido entre os poderes executivo e judiciário na cidade do Rio de Janeiro, por conta do Decreto municipal nº 47.683, publicado em 22 de julho de 2020, que, dentre outras medidas, estipulava a possibilidade de reabertura das escolas privadas de ensino fundamental no início de agosto. A análise dos argumentos dos atores ora em favor do direito à saúde, ora em favor do direito à educação mobilizará a nossa atenção sobre a compreensão dos padrões das decisões judiciais quando da colisão de direitos fundamentais.

Para dar conta do nosso objetivo, em um primeiro momento iremos abordar os direitos fundamentais em termos gerais, para em seguida nos concentrarmos nos direitos fundamentais sociais. Em um segundo momento, faremos uma discussão sobre a colisão de direitos fundamentais, enfatizando a especificidade do conflito entre bens coletivos. Após esse levantamento de cunho teórico, passaremos à análise do caso concreto, a saber, a reabertura das escolas privadas na cidade do Rio de Janeiro, com o intuito de identificar

o poder heurístico da abordagem de Robert Alexy para a compreensão da situação em questão. Nas considerações finais, haverá uma reflexão sobre a fortuna crítica da teoria da ponderação para o enfrentamento das situações de choque entre direitos em tempos de pandemia.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar no tema central do nosso trabalho, é de suma importância salientar algumas concepções gerais acerca dos Direitos Fundamentais, assim denominados porque são essenciais e inerentes à vida humana. A afirmação dos direitos individuais, sociais e políticos, como dimensões da proteção da dignidade da pessoa humana, caminhou de mãos dadas com a concepção de a Constituição ser o espaço correto para a positivação de tais pretensões (GONET BRANCO, 2009).

A Constituição Federal brasileira de 1988 não iria fugir à regra. Nossa carta constitucional oferece guarida tanto às liberdades individuais clássicas (a de locomoção, a de manutenção da propriedade privada, a de liberdade de pensamento e de livre associação comercial), quanto às diretrizes mais vinculadas à solidariedade social, tais como os direitos à igualdade, à saúde, à educação, à moradia, à segurança pública, ao trabalho e ao lazer, dentre outros, como arcabouços fundamentais para existência e manutenção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desde tempos imemoriais, os direitos acima arrolados foram objeto de lutas intestinas, que contrapuseram forças políticas dos mais diversos espectros ideológicos, cujo saldo final foi a consagração da chamada democracia constitucional. Esta, de acordo com Bobbio (2005), caracteriza o estágio atual do Estado de Direito surgido no segundo pós-guerra, em resposta às violências perpetradas pelo totalitarismo, tendo como princípio a comunhão dos direitos fundamentais com a soberania popular. No entanto, há na doutrina algumas controvérsias a respeito da evolução dos direitos fundamentais, a saber, se estes seriam melhor compreendidos nos termos de dimensões ou gerações.

Paulo Bonavides (2009) foi um dos doutrinadores a adotar a ideia de que os direitos fundamentais deveriam ser entendidos a partir de sua historicidade. Sendo assim, eles poderiam ser melhor vislumbrados nos termos de "gerações".

A primeira geração, ocorrida entre os séculos XVIII e XIX, correspondeu à conquista dos direitos civis e políticos; a segunda, entre fins do século XIX e o primeiro quartel do século XX, colocou em nosso horizonte os direitos sociais (saúde, educação, trabalho etc.); e a terceira, promovida no decorrer do século XX, concorreu para a ênfase nos ideais de fraternidade e solidariedade, dando relevo aos chamados direitos difusos (a preservação do meio-ambiente, a paz mundial, dentre outros). Todavia, alguns

constitucionalistas passaram a utilizar o termo "dimensões", em detrimento da categoria "gerações", em virtude de a última implicar a ideia de sucessão, substituição, ou seja, tal terminologia não evidenciaria o aspecto de continuação da vigência dos direitos já conquistados, enquanto que o conceito de “dimensões” não apresenta essa premissa limitadora.

Considerados nos termos de direitos de segunda geração ou segunda dimensão, a saúde e a educação são bens coletivos que se consolidaram na ordem das constituições nacionais no decorrer do século XX. Passemos, pois, para a compreensão da temática dos direitos fundamentais sociais, para em seguida nos centrarmos no cerne da nossa análise, a saber, o tópico da colisão dos direitos fundamentais.

SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Um dos grandes problemas suscitados pela positivação dos direitos fundamentais em nível constitucional é, sem sombra de dúvidas, o relacionado ao valor jurídico dos direitos econômicos, sociais e culturais, proclamados em escala transnacional e nos ordenamentos internos da maioria das constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial (PÉREZ LUÑO, 2006).

No decorrer do século XIX, os conflitos de classes e a organização do operariado concorreram para o surgimento de diversas exigências de caráter socioeconômico, que colocaram em relevo as deficiências dos direitos individuais. Em outras palavras, um fantasma rondava a Europa, o fantasma do socialismo, e a forma viável de exorcizá-lo seria a transformação da democracia política em democracia social. Estas reivindicações determinarão uma guinada nas atividades do Estado, que progressivamente se despirá de suas vestes absentéistas e adotará um figurino mais apropriado à assunção de suas funções sociais. Estas funções se traduzem em uma série de disposições socioeconômicas que a partir da Constituição de Weimar, promulgada em 1919, passaram a ser incluídas entre os direitos fundamentais (PÉREZ LUÑO, 2006; HERRERA, 2007).

De acordo com Pérez Luño (2006), a aparição dos direitos sociais promoveu uma significativa variação no conteúdo dos direitos fundamentais. Princípios originalmente dirigidos a impor limites à atuação do Estado se converteram em normas que exigem a gestão da ordem econômica e social; as garantias que foram deliberadas como direitos de defesa da individualidade são agora regras pelas quais o interesse coletivo passa a ocupar um papel de primazia; enunciados muito precisos que especificam o princípio da liberdade surgem, neste novo momento, de mãos dadas com regulações que defendem os bens múltiplos e circunstanciais, embebidos pela ideia de igualdade.

Conforme destacado por Pachú (2015), os direitos sociais teriam como principal função assegurar a participação dos distintos membros da comunidade aos recursos sociais, fazendo parte, assim, da chamada segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais. Assim, segundo Pérez Luño (2006), podemos entender tais direitos em sentido objetivo como o conjunto de normas através das quais o Estado leva adiante sua função equilibradora e moderadora das desigualdades sociais. E em sentido subjetivo, podemos entendê-los como as faculdades dos indivíduos e dos grupos a participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em determinados direitos e prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos.

A incorporação dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais foi obra dos esforços das correntes do liberalismo social, caracterizado, na Alemanha e na França, por um forte elemento cristão, e responsável maior pela entronização do princípio da integração social. Ao longo do século XX, especialmente após a derrota do totalitarismo nazifascista nas trincheiras da segunda grande guerra, as nações foram exímias em pulverizar as vertentes mais radicais dos direitos sociais, que os enxergavam como vetores de uma mudança profunda nos modos de produção e nas relações sociais (o espectro do socialismo), em prol de uma visão mais encaminhada à integração das classes sociais em um Estado de Bem-Estar, modelo que se torna hegemônico após 1945 (HERRERA, 2007).

É navegando nesse modelo do liberalismo social que Alexy (apud TREVISAN, 2015) vai entender os direitos fundamentais sociais como prestações do Estado para com os sujeitos em sentido estrito. Em suas palavras,

direitos a prestação em sentido estrito são direitos do particular perante o Estado a algo que o particular, dispusesse ele somente de meios financeiros suficientes e encontrasse-se no mercado uma oferta suficiente, também de privados poderia ganhar. Quando se trata de direitos fundamentais sociais, portanto, por exemplo, de direitos à assistência, ao trabalho, à habitação e à formação, são considerados, em primeiro lugar, direitos a prestação em sentido estrito (ALEXY apud TREVISAN, 2015, p. 157).

No entanto, para Herrera há uma contingência no modelo de direito às prestações, na medida em que ele também incorpora a necessidade de limitação de um poder absoluto. Por exemplo, o próprio direito ao trabalho pode ser entendido como um direito que limita o poder dos patrões (os empresários precisam respeitar em suas negociações trabalhistas certos direitos tais como férias, salário não inferior ao mínimo definido pelo Estado, adicional por insalubridade, etc.). Assim, é por encontrarmos elementos que demandam tanto prestações, quanto limitações, que Alexy nos chama a atenção para o fato de a

redistribuição estatal-social, inerente à ideia de direitos sociais, ser também dependente da ação de entes privados. "O problema de tais direitos fundamentais sociais à custa de terceiros, ou seja, do empregador, é que, no fundo, o mercado decide sobre isto, se eles são efetivos" (ALEXY, 1999, p. 72).

Os direitos fundamentais sociais que aparecerão aqui em colisão - o direito à saúde e o direito à educação - foram incorporados pela Constituição Federal brasileira de 1988, estando relacionados à igualdade, com o fito de garantir aos indivíduos condições materiais necessárias a uma vida digna. Assim, esses direitos aparecem como responsáveis pela criação de um espaço onde o cidadão possa desenvolver livremente sua personalidade, o que inclui não apenas a liberdade jurídica, mas também a liberdade fática (TREVISAN, 2015).

Para que esses direitos sejam promovidos, o Estado tem que dispensar um investimento mínimo necessário à proteção dos cidadãos, logo a plena efetivação dessa promoção vai estar atrelada à esfera da "reserva do possível" e do "mínimo existencial". Assim, geralmente, a doutrina tem concebido as questões orçamentárias em relação aos direitos sociais como potenciais causadoras de colisão, analisando-se o investimento em um direito em colisão com a promoção de outro direito social (GROTERHORST, 2015).

Outra antinomia frequente na doutrina é a verificada entre as liberdades e os direitos sociais.

Veja-se, o reconhecimento dos direitos à seguridade social, ao descanso e às férias impõe limites à autonomia contratual, enquanto a socialização da propriedade e o fomento do direito à moradia, através de uma política de redistribuição de renda, só é possível de ser alcançada ao se restringir o caráter intangível do direito de propriedade" (GROTERHORST, 2015, p. 91).

Mas aqui já estamos adiantando o assunto do próximo tópico, a saber, a colisão entre os direitos fundamentais.

O CONCEITO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As colisões de direitos fundamentais são matéria bastante complexa, pois sempre haverá a necessidade de relacionar os princípios norteadores da resolução de conflitos normativos com os contextos em questão. É preciso dizer que os magistrados deverão ter como fulcro os raciocínios da proporcionalidade e da ponderação para analisar qual Direito deverá prevalecer no caso concreto de colisão.

Todavia, antes de adentrar nos princípios norteadores, o momento é oportuno para apontar a grande conceituação de Canotilho (1999, p. 1191) sobre o que vem a ser a colisão de direitos fundamentais:

de um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos.

Segundo a visão doutrinária de Barroso (2009, p. 329), “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”. Fica evidente que os direitos fundamentais não apresentam um caráter absoluto, logo, por conseguinte, eles ficam sujeitos a algumas limitações que na maioria dos casos são solucionados através de alguns princípios norteadores, que serão apresentados mais adiante.

Ademais, é essencial também ter em mente a discussão que o Direito Processual faz sobre o tópico da colisão dos direitos. Mais especificamente, na seção II "Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença" do Código de Processo Civil, em seu art. 489, que delibera sobre os elementos essenciais da sentença, temos no parágrafo segundo:

no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Destas considerações mais genéricas encontradas nas doutrinas constitucionalista e processualista, depreendemos que o conflito é inerente às formações sociais, especialmente nas sociedades modernas plurais nas quais o Estado aparece como elemento disciplinador das controvérsias (LARA et al., 2020).

Por seu turno, as regras usuais da interpretação jurídica mostram-se deficitárias quando estão em contenda direitos fundamentais. Isso porque tais direitos são propensos a colidir. Na medida em que são, em termos gerais, normas de caráter principiológico, as colisões entre os direitos fundamentais podem ser solucionadas sem que um deles deixe de pertencer ao ordenamento jurídico (TREVISAN, 2015). E aqui já estamos entrando no pensamento de Robert Alexy.

Primeiramente, de acordo com a teoria de Alexy, há que se distinguir os princípios das regras, distinção que o autor toma de empréstimo de Dworkin. Enquanto que as regras

são aplicadas da maneira do tudo-ou-nada, o que implica elas serem válidas ou não em um contexto concreto, os princípios são caracterizados por serem “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 92). Dessa maneira, na medida em que o conflito de regras é resolvido através da subsunção, a colisão de princípios só pode ser resolvida através da ponderação (FERREIRA, 2010).

O autor alemão é quem nos apresentou o princípio da proporcionalidade, com guia do raciocínio da ponderação, quando da colisão de direitos fundamentais. De acordo com Marmelstein (2008, p. 385),

o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito.

Assim, através desses elementos constitutivos que compõem o princípio da proporcionalidade, torna-se oportuno fazer algumas reflexões sobre o mesmo, para que se possibilite um entendimento completo para futuras aplicações nos casos que sejam identificadas colisões de direitos fundamentais. Entende-se que a adequação deverá ser sempre observada, no sentido de avaliar se o meio escolhido foi o mais adequado e também o mais pertinente para consequentemente atingir o resultado, além disso, verificar se tal adequação de alguma forma não violou o princípio da proporcionalidade (MARMELSTEIN, 2008).

Por seu turno, o que se entende por “necessidade”, dentro de tal princípio da proporcionalidade, é referente ao que se deve buscar por uma solução que resulte em menor prejuízo aos direitos envolvidos no conflito. Conforme a doutrina de Cristóvam (2010, p. 07), “tem-se que a medida deve ser estritamente necessária, não podendo ser excessiva nem tampouco insuficiente”.

Por fim, o último elemento da proporcionalidade, em sentido estrito, é a premissa ligada à ponderação. Alexy descreve a lei da ponderação da seguinte maneira: quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro (ALEXY apud FERREIRA, 2010, p. 128). Fica evidente que o método estipulado pelo doutrinador alemão fundamenta a precedência que um princípio exercerá sobre o outro, num contexto concreto.

No que concerne aos direitos fundamentais sociais, Groterhorst (2015) prevê a existência de colisões apenas nos casos em que as restrições orçamentárias de um determinado Estado o obriguem a privilegiar um direito em detrimento do outro, o que implicaria uma redefinição do "mínimo existencial" a ser garantido aos cidadãos ou, como vem acontecendo mais corriqueiramente nesses tempos de pandemia do novo coronavírus, quando a busca por garantir um bem coletivo se choca com as liberdades individuais (no caso desta crise sanitária, o direito à saúde entrando em colisão com a liberdade de locomoção, a partir das medidas de isolamento social).

Assim, para Groterhorst (2015), os direitos fundamentais sociais são incomensuráveis e seu caráter *prima facie* faz com que seja impossível determinar uma primazia racional entre eles. "Nesse sentido, o que é mais importante: direito à educação ou à moradia? Direito ao trabalho ou à saúde? É possível vislumbrar que o âmbito de proteção de dois ou mais direitos sociais possam entrar em colisão?" (GROTERHORST, 2015, p. 89).

Enfim, para a autora não é possível a colisão entre dois ou mais direitos sociais, devido a seu caráter de incomensurabilidade (como podemos comparar laranjas com bananas?), verificada na medida em que a esfera de proteção desses direitos salvaguarda bens que se distinguem entre si (GROTERHORST, 2015). Todavia, a pandemia do novo coronavírus apresentou, no contexto da cidade do Rio de Janeiro, uma situação de aparente colisão entre o direito à saúde e o direito à educação. Nos blocos seguintes, desvendaremos a trama de confrontação entre esses bens coletivos e de que maneira a teoria do sopesamento pode contribuir para o entendimento dos padrões das decisões judiciais.

DO CONFLITO ENTRE O EXECUTIVO E O JUDICIÁRIO NO RIO DE JANEIRO

Em 22 de julho de 2020, a prefeitura do Rio de Janeiro publicou o Decreto nº 47.683, estabelecendo medidas de flexibilização da política de isolamento social adotada pelo município para a contenção da pandemia do novo coronavírus. Dentre os estabelecimentos liberados à reabertura a partir de 01 de agosto, estavam as escolas privadas, de forma voluntária, apenas para o 4º, 5º, 8º e 9º anos. A iminência da retomada das atividades educacionais em terras fluminenses gerou uma onda de decisões judiciais contraditórias que iria perdurar até meados de outubro de 2020.

Inicialmente, o decreto do prefeito Marcelo Crivella estava em dissonância com a postura do governo estadual, uma vez que para o último as aulas presenciais nas escolas públicas e privadas, bem como nas instituições de ensino superior, deveriam seguir

proibidas no mês de agosto de 2020. Como o Supremo Tribunal Federal havia estabelecido, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341, o reconhecimento da competência dos estados e municípios, para além do ente federal, na definição de normas de funcionamento dos estabelecimentos para o combate ao coronavírus, ao poder municipal estava garantido o direito de gerenciar como melhor lhe aprouvesse os interesses locais. Assim, em princípio, como o ensino fundamental é de responsabilidade do município, a decisão da prefeitura do Rio de Janeiro tenderia a prevalecer sobre as determinações estaduais.

Entretanto, pelo risco à saúde e, conseqüentemente, à vida da população, o desembargador Peterson Barroso Simão, da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça fluminense, suspendeu o Decreto nº 47.683, bem como proibiu a Prefeitura do Rio de Janeiro de expedir qualquer ato administrativo para a promoção do retorno das aulas presenciais em creches e escolas privadas durante a epidemia da covid-19, concedendo a tutela de urgência contra a decisão municipal, em ação que tinha o Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro como partes agravantes.

Em fins de agosto de 2020 foi a vez do governo do estado do Rio de Janeiro sancionar a Lei nº 8991, concedendo às instituições de ensino das redes pública e privada a retomada de suas atividades letivas presenciais, ainda que adotando o regime de rodízio ou outro equivalente. Tendo em vista a orientação estadual, o Tribunal Regional do Trabalho, através do desembargador Carlos Henrique Chernichard, da 23ª vara, resolve acatar o mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Educação Básica do Município do Rio de Janeiro, permitindo a reabertura das escolas privadas da referida cidade. No entanto, o desembargador Peterson Barroso Simão novamente entrou em campo para confirmar a continuação da suspensão do Decreto carioca 47.683/2020, que autorizava a reabertura das escolas privadas, de forma voluntária, para o 4º, 5º, 8º e 9º anos.

Apenas em 30 de setembro de 2020 a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo em vista o achatamento da curva de novas infecções pelo novo coronavírus no município do Rio de Janeiro, resolveu permitir o então prefeito Marcelo Crivella a autorização para o reinício das aulas presenciais na rede particular de ensino da cidade, a partir de 01 de outubro de 2020.

Essa sucinta descrição dos acontecimentos nos oferece uma linha do tempo da colisão entre os direitos à educação e à saúde na cidade do Rio de Janeiro, colisão esta que será mais bem apreciada com a análise dos argumentos utilizados pelo poder judiciário fluminense para contrariar ou endossar as orientações municipais. Ao entrarmos no mérito da argumentação dos atores envolvidos no processo, mostraremos de que forma a teoria do sopesamento de Robert Alexy pode ser uma fonte de iluminação

para esse conflito entre direitos fundamentais sociais. Este será o assunto do próximo tópico.

DA COLISÃO ENTRE O DIREITO À SAÚDE E O DIREITO À EDUCAÇÃO

No Agravo de Instrumento nº 0051770-32.2020.8.19.0000, ajuizado pelo Ministério Público e a Defensoria Pública do município do Rio de Janeiro, o desembargador Peterson Barroso Simão, ao proferir sua posição em favor do pedido de tutela de urgência contra o Decreto nº 47.683, da Prefeitura do Rio de Janeiro, coloca, em filigrana, os termos da situação:

é inegável a complexidade das questões fáticas que envolvem o tema, sendo imperiosa a preservação do direito fundamental à saúde, com adoção de ações preventivas que dificultem ou retardem a disseminação da covid-19, a fim de evitar o colapso do sistema de saúde. Sabe-se que o isolamento social, segundo a ciência, é a forma mais eficaz de combate à pandemia, visto que ainda não há vacina para a doença. O confinamento, por sua vez, pode impactar a saúde das crianças e adolescentes, alterando o comportamento, o sono e as emoções, notadamente porque estão há quase cinco meses sem o convívio do ambiente escolar.

Conforme havíamos apontado mais acima, em princípio, como os direitos sociais buscam a igualdade e a liberdade real, não há como o exercício de um bem coletivo afetar o exercício de outro, a não ser que se observe que a garantia da igualdade de um direito social ocasione desigualdade em outro direito social. “Ou então que se coloque a questão do custo como núcleo do direito social, pois nesse caso, levando em conta os elementos que integram o direito, o custo de um direito pode interferir em outro” (GROTERHORST, 2015, p. 90). É o que se vislumbra no caso em tela: o custo da liberação do retorno das aulas presenciais interferirá no custo da garantia do direito à saúde, uma vez que a possibilidade de haver aglomerações em ambientes fechados como as escolas pode contribuir para o aumento no número de novas infecções e, conseqüentemente, afetar a provisão dos serviços de saúde.

No entanto, a garantia do direito à educação também interfere na qualidade de vida e, conseqüentemente, na saúde de crianças e adolescentes, uma vez que a educação nunca foi o solo único da escola. As instituições escolares são espaços de sociabilidade que não se limitam à transmissão de saberes e aprendizados formais. É isso que o desembargador Peterson Barroso Simão nos chama a atenção. E é aqui que a ponderação se torna importante, ainda que o magistrado não tenha feito referência a ela em sua posição.

Na ótica de Alexy (2015), teríamos aqui uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, uma vez que estão envolvidas duas espécies de bens coletivos, na medida em que apresentam um caráter não distributivo e pertencente ao domínio deontológico. Ou seja, a proteção deles é ordenada *prima facie* ou de uma vez por todas (o que implica a natureza de regra ou princípio). Todavia, segundo ele, “os direitos sociais fundamentais são, na maioria dos casos, direitos *prima facie*. Isso não significa que eles não sejam vinculantes; significa apenas que, para se chegar a um direito definitivo, deve-se passar pela ponderação” (ALEXY apud TREVISAN, 2015, p. 160).

Admitindo-se a ideia de que os direitos fundamentais sociais em questão são *princípios* e, nessa medida, são *mandados de otimização* (ALEXY, 2008), o que significa, dentre outras coisas, a inexistência de critérios para o estabelecimento de uma ordem definitiva de precedências entre eles, podemos compreender a decisão do desembargador Peterson Barroso Simão. Em suas palavras:

diante da possibilidade de possível recrudescimento de casos e óbitos no município do Rio de Janeiro, ainda parece prematuro a abertura das escolas, no atual momento da pandemia pelo SARS-CoV2. (...) Ademais, segundo orientação do Ministério da Educação, o ensino à distância tem sido amplamente adotado pela rede privada de ensino, como solução emergencial durante a pandemia do novo Coronavírus. A tecnologia passou a fazer parte da rotina de milhares de alunos, sendo uma importante aliada no processo de aprendizagem, visto que a ferramenta, embora não substitua o ensino presencial, aproxima o aluno, a família e o professor, minimizando os prejuízos emocionais e educacionais em tempos de crise.

Essa decisão foi tomada em 06 de agosto de 2020. Observem que aqui o desembargador, observando as circunstâncias do caso concreto, estabeleceu uma relação de precedência condicionada entre os direitos à saúde e à educação, indicando as condições necessárias para que um bem coletivo seja aplicado em detrimento do outro. “Ressalte-se que o princípio que tem precedência [a saúde] restringe as possibilidades de satisfação jurídica do princípio desprezado [a educação], mas essa relação de precedência não é definitiva, podendo ser invertida se as condições forem modificadas” (ALEXY, 2004, p. 164). É o que irá acontecer a partir de outubro de 2020. Mas aí já estamos adiantando demais a argumentação. Antes de chegarmos a este desfecho, convém tratar aqui de uma das críticas que têm sido feitas à teoria do sopesamento, a partir desse conflito entre os poderes executivo e judiciário na capital fluminense.

Uma objeção endereçada à teoria do sopesamento nos remete ao domínio da separação dos poderes e da legitimidade democrática. De acordo com esse tópico, a

técnica do sopesamento oferece a possibilidade para que os juízes imponham suas premissas políticas e ideológicas, usurpando as atribuições dos demais poderes. Dizendo de outro modo, este mecanismo interpretativo violaria o princípio da separação dos poderes, porquanto modifique a aplicação do direito, possibilitando que as autoridades judiciais avaliem arbitrariamente dados concretos, sem que haja previsão legal para tanto (FERREIRA, 2010).

Parece que foi em consideração a essa crítica que o desembargador Carlos Henrique Chernichard, do Tribunal Regional do Trabalho, fez questão de admoestar a decisão anterior desta Especializada, que havia acatado uma liminar em favor do Sindicato dos Professores do Município do Rio de Janeiro e Região, que mantinha a suspensão das aulas presenciais na capital fluminense. A referida autoridade judicial assim se manifestou no processo nº 0103076-90.2020.5.01.0000 relativo a um mandado de segurança cível impetrado pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Educação Básica do Município do Rio de Janeiro:

a Justiça do Trabalho é competente para julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores. Não cabe a esta Especializada apreciar e decidir sobre matéria que lhe é estranha, qual seja, a aplicação das normas estaduais que tratam do retorno às atividades escolares ou gerência e condução dos processos de enfrentamento da pandemia do coronavírus.

Dando parecer favorável ao mandado de segurança, o referido desembargador afirmou que não havia como postergar o retorno das atividades laborais dos professores e afins, até que se tenha findado o risco de infecção, sob pena de causar dano irreparável aos pais e alunos, que neste período pandêmico, após sete meses de paralisação da sociedade civil como um todo, imploram pelo retorno à normalidade. Ademais, o poder de cautela do magistrado, segundo ele, impõe a reflexão sobre todos os fatores e sopesar o interesse maior. Na visão de Carlos Henrique Chernichard estaria em jogo aqui o direito à saúde de uma classe profissional (os professores) versus o direito à educação da sociedade civil como um todo. Como o Decreto Estadual nº 8991, que estabelecia o retorno das aulas presenciais em meados de setembro, garantia a permanência das aulas remotas para os profissionais que se encontrassem na chamada “faixa de risco”, o desembargador enquadrou a demanda do Sindicato dos Professores pela manutenção da suspensão das atividades presenciais como um interesse privado ou de classe que, de acordo com a própria CLT, jamais poderia sobrepujar o interesse público, aquele de toda a coletividade.

Peterson Barroso Simão, por outro lado, como que se salvaguardando de possíveis acusações de intromissão do Judiciário em seara que lhe seria estranha, postulou no Agravo de Instrumento nº 00511770-32.2020.8.19.0000:

acima do poder discricionário do Excelentíssimo Senhor Prefeito, encontra-se a supremacia e preservação da vida e saúde populacional em momento de extrema cautela e nunca de celeridade em busca de prematura normalidade. E, por esta razão constitucional, o Poder Judiciário pode, de forma legal e excepcional, intervir em políticas públicas sanitárias.

E foi assim que em 14 de setembro de 2020, o magistrado manteve sua posição quanto à permanência da suspensão das aulas presenciais, dando primazia ao direito fundamental à saúde. Em suas palavras: “a segurança e preservação da vida e saúde dos alunos é a prioridade máxima e deve se sobrepor aos demais interesses. A prudência neste momento tumultuado revela-se como sendo o melhor caminho a seguir”.

A posição do magistrado, ainda que intervenha em determinação do poder executivo em um caso onde não há omissão, tampouco um gesto contrário à lei, se justifica, para Alexy (2007), na medida em que a jurisdição constitucional também seja compreendida como representação do povo.

Como já afirmado, em 30 de setembro de 2020, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro resolveu retirar o impedimento legal para o retorno das aulas presenciais nas escolas privadas da capital fluminense. Tendo em vista a estabilidade dos índices epidemiológicos no município, as autoridades judiciais ponderaram que agora o direito fundamental de crianças e adolescentes à educação deveria prevalecer perante as demandas por saúde, uma vez que os serviços de atendimento hospitalar estariam menos propensos a não suportar a demanda da população nesse estágio da pandemia. Em outras palavras, a regra de otimização subjacente ao raciocínio da ponderação inverteu a ordem de prioridade, dadas as alterações nas circunstâncias em que se dava a colisão entre os direitos.

Enfim, o grande embate acerca da precedência ou não de um direito fundamental social perante o outro, como o verificado no caso em tela, encontra sua conformação na seara da proporcionalidade, o que não quer dizer que a utilização desse critério não suscite algumas críticas. As controvérsias na aplicação da teoria de Alexy para os casos de colisão de direitos fundamentais é, pois, o tópico das nossas considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o caso que apresentamos aqui da contenda entre o executivo e o judiciário na cidade do Rio de Janeiro, no tocante à reabertura das escolas, quisemos demonstrar a importância da teoria de Robert Alexy para a compreensão dos padrões das decisões judiciais quando do confronto entre bens coletivos. No entanto, o confronto no âmbito do próprio poder judiciário - aqui exemplificado pelo embate entre as decisões de Peterson Barroso Simão e Carlos Henrique Chernichard concernentes à reabertura das escolas no Rio de Janeiro - nos revela os perigos que a teoria do sopesamento não consegue se livrar, já apontadas por Habermas (2003), quais sejam, o excessivo subjetivismo e a ausência de certa racionalidade na interpretação judicial. Neste sentido, o arcabouço alexyano nos conduz possivelmente a um terreno de ativismo judicial, na medida em que as disposições constitucionais são submetidas ao jugo da política e da imprevisibilidade.

Ao contrário de Alexy, Habermas (2003) enxerga as normas jurídicas (princípios e regras) como comandos deontológicos, o que implica a não subsunção dos princípios à seara da otimização, conforme a teoria alexyana. Ou seja, quando se submete um princípio à lógica do peso ou da importância, a consequência para a doutrina é a perda do caráter deontológico do Direito, o seu dever-ser, em nome de sua redução à juízos valorativos - o bom ou o ruim; o certo ou o errado - o que implicaria a assunção da perspectiva axiológica. Assim, para Habermas (2003), a utilização da teoria do sopesamento no caso aqui tratado, vale lembrar, o confronto entre os bens coletivos saúde e educação, é resolvido ao custo da transformação desses direitos sociais em "valores", cuja preponderância de um em relação ao outro nunca conformará a ideia de um interesse simétrico, dada a pluralidade de valores da sociedade moderna.

Ainda que não consiga contornar totalmente estas críticas, a teoria do sopesamento é um pertinente método interpretativo para se entender a lógica da colisão entre princípios jurídicos em tempos pandêmicos. Pelo arcabouço alexyano, compreende-se que a existência dos direitos fundamentais enquanto garantidores da dignidade e da liberdade fática dos cidadãos e norteadores da ação dos poderes públicos deveria nos direcionar a uma política de combate à pandemia no território brasileiro pautada no juízo da ponderação. "O norte seria o não esgotamento de nenhum direito fundamental, atentando-se, ainda, para uma lógica argumentativa que impeça a leviandade das arbitrariedades e considere as necessidades reais e o contexto de vida dos brasileiros" (LARA et al., 2020, p. 198).

Referências

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, 1999.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a Filosofia do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

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

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política. 12. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

FERREIRA, Natália Braga. Notas sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy, **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, Serro, n. 2, p. 117-142, 2010.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Orgs.). **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-327.

GROTERHORST, Rebecca. **Direitos Sociais e Proporcionalidade**: análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2015. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais, **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 102, p. 371-395.

LARA, Caio Augusto Souza et al. A teoria do sopesamento de direitos fundamentais em tempos de pandemia: análise da atuação do poder público contra os impactos sociais da covid-19 no Brasil, **SCIAS - Direitos Humanos e Educação**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 181-201, jan/jun. 2020.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. [S. l.], 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 19 nov. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

PACHÚ, Clésia Oliveira (Orga.). **Direitos sociais: o Artigo 6º da Constituição Federal e sua efetividade** [Livro eletrônico]. Campinas Grande: EDUEPB, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La positividad de los derechos sociales:su enfoque desde la filosofía del derecho, **Derechos y Libertades**, Sevilla, v. 2, n. 14, p. 151-178, 2006.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA SECRETARIA-GERAL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Lei nº LEI Nº 13.105, de 16 de abril de 2015**. Código de Processo Civil. [S. l.], 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

RIBEIRO, Bárbara Maria Dantas Mendes. **Colisão de Direitos Fundamentais**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67467/colisao-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 19 nov. 2020.

SILVA, Eliel Geraldino da. **A colisão dos direitos fundamentais e a ponderação de valores**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34912/a-colisao-dos-direitos-fundamentais-e-a-ponderacao-de-valores>. Acesso em: 20 nov. 2020.

TREVISAN, Leonardo Simchen. Os direitos fundamentais sociais na teoria de Robert Alexy, **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 139-170, 2015.

**A GARANTIA DO DIREITO À CRECHE ATRAVÉS DA
INTERVENÇÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL: GARANTINDO EFETIVAMENTE O DIREITO
FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

Diego Lucas Ferreira de Souza Lima¹⁵³

João Carlos Almeida dos Santos¹⁵⁴

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a discussão a respeito da legitimidade constitucional do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição, notadamente o do direito fundamental à educação, bem como pela inaplicabilidade do princípio da reserva do possível em matéria educacional, a luz da Carta Maior, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de

¹⁵³ Graduando em Direito pela UFBA

¹⁵⁴ Graduando em Direito pela UFBA

Diretrizes e Bases. Neste sentido, tratou-se da indiscutível importância de garantir o direito ao acesso à creche, desdobramento do direito social à educação, evidenciando a importância da educação infantil. Em seguida, com base nos julgados da Corte Maior, debruçou-se sobre o argumento da reserva do possível, concluindo que o mesmo não pode servir de escusa para o administrador público. À guisa de arremate, constatou-se que é plenamente possível a intervenção judicial na garantia do direito à educação.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental à educação, intervenção judicial, princípio da reserva do possível.

DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E SEU DESDOBRAMENTO NO DIREITO À CRECHE.

O direito social à educação, tal sua importância, foi erigido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um dos direitos sociais básicos, a teor do que dispõe o art. 6º, *in verbis*:

“Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

É imperioso destacar que a educação, antes mesmo de ser garantida como direito fundamental no supracitado dispositivo da Constituição de 1988, faz parte do rol universal de direitos humanos, distinção que a torna mais relevante, visto que está prevista na ordem internacional, como se infere do art. 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948:

1. Todos os seres humanos têm direito à educação. A educação será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A educação elementar será obrigatória. A educação técnico-profissional será acessível a todos, bem como a educação superior, esta baseada no mérito.
2. A educação será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A educação promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de educação que será ministrada aos seus filhos.

É de clareza solar que a educação básica constitui-se direito subjetivo público e dever prioritário do Estado, tudo com base na Lei das Leis, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e, de igual modo, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Nessa intelecção, o Estado encontra-se mais que compelido a promover a efetivação de tal direito fundamental. Calha dizer que, com fulcro no princípio da máxima eficiência, não basta a mera oferta para considerar o direito suprido mas, em verdade, as ações estatais desenvolvidas devem possuir padrão de qualidade.

Não é demasiado lembrar que, conforme a doutrina da proteção integral, prevista no art. 227 da CRFB/1988, a criança e adolescente possui prioridade no atendimento as suas demandas, visto que é encontra-se na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme preconiza o Códex Infanto-juvenil.

De fato, a Carta Magna, assim trata a questão da educação, em especial da inserção da criança e creche e pré-escola pública:

“Art. 205. A educação, direito de todos e **dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, **visando ao pleno desenvolvimento da pessoa**, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

“Art. 208. **O dever do Estado com a educação** será efetivada mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006);

§ 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º. O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, **à educação**, 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.” (Grifou-se)

Conforme estabelece o inciso IV, do artigo 208, da CRFB/88, o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 05 (cinco) anos de idade, sendo este um direito gratuito de

assistência dos trabalhadores urbanos e rurais, na forma do art. 7º, inciso XXV, da Carta Magna.

Assim, não remanescem dúvidas de que a educação é dever do Estado, que dela deve se incumbir desde a formação inicial do cidadão. Nesse contexto, o direito fundamental à educação, inclusive a infantil, classificado pela Carta Magna enquanto direito social, detém a prerrogativa de aplicabilidade imediata, a teor do que dispõe o art. 5º, § 1º, da CFRE/1998, posto que o Legislador Originário não diferenciou a aplicabilidade entre os direitos previstos no art. 5º e os demais direitos fundamentais.

Ressalte-se que há um esforço doutrinário para classificar os direitos fundamentais assegurados na Lei Maior, *vide* a melhor (e mais aceita) doutrina de José Afonso da Silva em seu livro “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, segundo o qual divide as normas constitucionais de eficácia plena¹⁵⁵, de eficácia contida¹⁵⁶ e de eficácia limitada¹⁵⁷.

DA CONTROVÉRSIA ACERCA DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nos últimos anos, o País passou a conviver com o fenômeno da judicialização das políticas públicas. A partir de um olhar mais detido sobre o papel da Constituição, suas diretrizes e vertentes enquanto opções declaradas de construção de um Estado Social e Democrático de Direito, surgiu uma nova concepção do direito, que tem como premissas fundamentais a força normativa da Constituição, a sua superioridade e centralidade no sistema jurídico (BARCELLOS, 2007).

Tal judicialização decorre de uma mudança em termos paradigmáticos no que concerne ao alcance dos mandamentos constitucionais. Tais mandamentos avultam-se deixando de ser visto como meros preceitos normativos a serem interpretados conforme vontade dos Poderes Constituídos e se tornem verdadeiras normas jurídicas, dotadas de aplicabilidade imediata, a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 5º da Carta Magna, passando a vincular e condicionar a atuação estatal.

É de fundamental importância destacar que as normas constitucionais, sobretudo aquelas vinculadas a uma prestação de ação positiva por parte do Estado, ganham arena e ostentam caráter cogente, impondo e determinando as escolhas políticas do Estado.

¹⁵⁵ São aquelas que possuem aplicabilidade imediata, direta e integral.

¹⁵⁶ São aquelas que o legislador constituinte regulou satisfatoriamente os interesses relativos a uma determinada matéria, porém deixou margem a restrições por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.

¹⁵⁷ São aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois necessitam de uma norma posterior, infraconstitucional, para que incida totalmente sobre o interesse em questão, que irá lhes desenvolver aplicabilidade.

Nesse sentir tal gama de direitos concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, também erigido na Lei Maior enquanto fundamento da República Federativa do Brasil logo em seu art. 1º, inciso IV. É dizer: a dignidade da pessoa humana é tida como pilar superior do sistema jurídico pátrio devendo, portanto, pautar as deliberações político-majoritárias.

Contudo, a atuação do judiciário no controle de políticas públicas é tema de grande polaridade entre a doutrina, os julgadores e os operadores do Direito, havendo quem diz ser essencial a atuação judicial visando efetivar os mandamentos constitucionais, enquanto há aqueles que dizem que, com isto, se cria uma judicialização da política. Assim reconhece a renomada doutrinada Élidea Graziane Pinto, vejamos senão:

Controvérsia de larga monta instala-se no debate administrativista quando se questiona a possibilidade de o Judiciário determinar – imperativamente – a execução de projetos e atividades constantes de uma determinada política pública, tanto gerando obrigações de fazer para o administrador, quanto causando repercussão orçamentária nas contas públicas. Vale perguntar, pois, se estaria o Judiciário ferindo a liberdade de escolha de prioridades (de que goza o gestor) quando determina, em sede de controle de atos lesivos a direito, que a Administração arque com despesas não previstas na lei orçamentária anual. (PINTO, Élidea Graziane. **Financiamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real**, p. 139. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010)

DA RESERVA DO POSSÍVEL E A SUA NÃO APLICAÇÃO EM QUESTÃO EDUCACIONAL

Aqui, em que pese não ser esta a opinião pactuada pelos autores, discute-se da aplicação ou não de um princípio muito específico, o chamado Princípio da Reserva do Possível. Os defensores de tal princípio, para afastar a obrigação estatal de prestação de serviços, pugnam pelo reconhecimento da necessidade de estabelecer limites ao fenômeno de sindicância realizada pelo Judiciário quanto à condução das políticas públicas a cargo do Executivo, sob pena de inviabilização da própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito e desarmonia entre os poderes públicos.

Invocam, por seu turno, o julgamento da ADPF 45/2004, em decisão emblemática do saudoso Ministro Celso de Mello, por meio do qual firmou os limites para a admissão da judicialização das políticas públicas, compreendendo que terá será cabida quando satisfazer, simultaneamente, os seguintes itens: (a) quando a omissão ou a política

já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; (b) se o pedido de intervenção for razoável; (c) se a omissão ou a política for desarrazoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba e condições materiais para a implementação das medidas. É dizer, deve-se demonstrar com clareza que há omissão estatal e razoabilidade no pleito, bem como que existem recursos orçamentários ou meios materiais para custear a pretensão levada a juízo.

Acerca do que se convencionou chamar de reserva do possível, que vem a ser a capacidade e disponibilidade orçamentária para arcar com os custos da implementação da política pública exigida em juízo, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45, assinalou:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar):

"Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a

finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Data vênua o argumento daqueles que entendem pela aplicação do reserva do possível, reafirma estes subscritores que a cláusula da reserva não encontra amparo para aplicação em matéria educacional, posto que, tendo por corolário lógico a Lei Maior, a maioria doutrinária considera a educação enquanto direito social e, nesta condição, direito fundamental que, por sua vez, é um direito intangível e com aplicabilidade imediata.

N'outras palavras, a educação compõe o rol dos direitos que representam a ideia de "mínimo existencial" e, como primordiais a população do Estado brasileiro, não encontram (ou melhor: não deveriam encontrar) limitações orçamentárias. Em verdade, deveria ser o contrário: os Poderes Constituídos deveriam destinar grande vultada das verbas para concretizar os anseios básicos da população erigidos na Carta Maior.

Assim, diante da relevância da formação intelectual e social do cidadão, de forma a propiciar a possibilidade de uma vida digna, a Administração Pública deve, por determinação constitucional, assegurar ao público infanto-juvenil acesso irrestrito à educação básica a todos que se enquadrem no quanto disposto na CRFB e no ECA.

Outrossim, é bom destacar o art. 4º do Estatuto que regulamenta o Princípio da Prioridade Absoluta, sobretudo seus incisos “c” e “d” que asseguram a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e, ainda, destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Vale dizer que observa-se com frequência alegações escapatórias de reserva do possível utilizadas pelo administrador público negligente de conveniência e oportunidade, sendo certo que, sendo um direito fundamental da criança, não sofre incidência da reserva do possível.

Neste sentido, transcreve-se parte do brilhante voto do Ministro do STJ Herman Benjamin, relator do Recurso Especial nº 440.502 (2002/0069996-6), mais recente, inclusive que a decisão do Ministro Celso de Mello proferida no bojo da ADPF 45/2004¹⁵⁸:

“VOTO: Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição e pela lei. Ao comentar esse dispositivo, Ingo Sarlet bem nota que alegar-se, neste contexto, eventual indeterminação ou incompletude das normas constitucionais beira as raias do absurdo (A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 6ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.354). **Em tal contexto, seriam impertinentes os argumentos relativos à reserva do possível e à incompetência dos tribunais para examinar o direito ao ensino público gratuito, pois as regras sobre as competências na esfera do ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição**”¹⁵⁹. (Grifou-se)

DA POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO.

Evidenciado a não aplicação da reserva do possível em matéria educacional, debrucemo-nos agora sobre a legitimidade do Judiciário para conferir eficácia ao mandamento constitucional através de intervenção judicial.

Em sede preliminar, insta comentar que a Constituição de 1988 foi além dos temas tradicionalmente tratados nas Leis Fundamentais dos diversos países, abrangendo pormenorizadamente um vasto campo de relações sociais, econômicas e públicas (VIEIRA, 2018). Tal Lei Fundamental ao elencar enquanto direito fundamental o amplo

¹⁵⁸ ADPF 45-9 – Distrito Federal, Relator: Min. CELSO DE MELLO DJ DATA-04/05/2004 P – 00012.

¹⁵⁹ Voto do Ministro do STJ Herman Benjamin, relator do Recurso Especial nº 440.502 - 2002/0069996-6.

acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, torna possível a existência da plena judicialização de matérias elementares ao Estado.

Calha destacar que, conforme bem exposto por PINTO (2010), a Constituição da República de 1988 entregou ao Poder Judiciário o controle da ordem pública, da legalidade, além do controle sobre a constitucionalidade de leis (em sentido amplo) e atos públicos ou privados. A Carta de 1988, em especial, não admitiu que fosse afastada a possibilidade de haver controle judicial sobre qualquer lesão ou ameaça a direito.

Por isso, VIANNA (1999) defende que foi dado um grande e denso voto de confiança institucionalizado constitucionalmente a que todos os magistrados pudessem intermediar os interesses e conflitos sociais sob a linguagem do sistema jurídico. O mesmo autor denuncia que se o Judiciário passa a determinar imperativamente a agenda pública por meio de ações localizadas, quer tenha sido provocado individualmente, quer tenha lhe chegado a demanda pelo Ministério Público, os cidadãos – que, por falta de informação ou de recursos, não têm como ingressar com ações judiciais – jamais verão seus interesses representados.

Dito de outro modo, uma minoria com acesso ao Judiciário passa a fixar – sem qualquer regra de representação política – uma grande parte da agenda pública. Com isso não se está dizendo que tal processo seja bom ou ruim, mas apenas restritivo do ponto de vista da formulação das políticas públicas, as quais, constitucionalmente, devem passar pelo crivo dos poderes com representação política, quais sejam, o Executivo e o Legislativo (VIANA, 1999 *apud* PINTO, 2010).

Para MEDEIROS (2016), a judicialização significa dizer que algumas questões de grande repercussão política ou social serão resolvidas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, como Congresso Nacional e Poder Executivo. Assim, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Decorre daí que a judicialização não decorreu de uma opção ideológica ou filosófica do Judiciário, pois esse decide em cumprimento, de modo estrito, ao ordenamento jurídico vigente.

Em contramão da judicialização, para SALOMÃO (2018), o ativismo judicial relaciona-se ao comportamento dos juízes. Significa conduta que desborda da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira expansiva. Assemelha-se ao que a nova – e não tão reconhecida no meio acadêmico – doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo, a depender do ângulo), consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.

Aqui é de extrema importância frisar que o Brasil, historicamente, é considerado um país adepto da *Civil Law*, um sistema de direito consubstanciado pelas normas positivadas através do Poder Legislativo. Contudo, é inegável a crescente influência do sistema de *Common Law*, no qual as decisões dos tribunais são dotadas de um caráter vinculante. Tal fenômeno é melhor compreendido a partir da análise feita pelo Doutor em Direito Constitucional Dirley da Cunha Junior, em sua obra “Controle de constitucionalidade: teoria e prática”, na qual ele faz uma brilhante comparação entre as Constituições brasileiras, evidenciando a ascensão da relevância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a importância deste órgão, responsável pela proteção dos valores constitucionais.

Dessa forma, a jurisprudência tornou-se algo de extrema relevância no país, principalmente quando oriunda do Supremo Tribunal Federal, que acumula funções de corte constitucional e suprema corte e cujas decisões possuem, em determinados casos, força *erga omnes*. É dizer as decisões do STF têm efeito para todos. Essa amplitude opõe-se ao efeito “*inter partes*” – aquilo que fica restrito somente às partes participantes da relação.

O Supremo Tribunal Federal, atento a necessidade fundamental que é a educação, bem como respeitado o direito de acesso à justiça, estabeleceu precedente vital a discussão aqui proposta, por meio do qual a Corte se posicionou no sentido de manter a condenação de município a criar vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos em unidade próximas de suas residências, afastando, em definitivo, a tese da suposta impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na seara da administração, que sucumbe diante da clareza do texto constitucional relativo à obrigatoriedade da oferta de educação infantil para todas as crianças. Reconhece ainda, na mesma decisão, a possibilidade da imposição das "astreintes" ao Poder Público.

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE

CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas

implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso

ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial.”¹⁶⁰

Há de se salientar, ainda, importante julgado da Corte Suprema, datado de 12/05/2016, ratifica as decisões anteriores, *in verbis*:

“EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006).

¹⁶⁰ STF. 2ª T. ARE nº 639337 AgR/SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 23/08/2011

COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTO AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAODINÁRIO PROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como a primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e, também, o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de *maneira concreta*, em favor das “crianças até 5(cinco) anos de idade”(CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se *inaceitável omissão governamental*, apta a frustrar, *injustamente*, por inércia, o integral adimplemento, *pelo Poder Público*, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, *por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização*, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, *prioritariamente*, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – *não poderão demitir-se do mandato constitucional*, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da *discricionariedade político-administrativo* dos entes municipais, cujas opções, *tratando-se de atendimento* das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, *com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade*, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, *no entanto*, ao Poder Judiciário, *ainda que em bases excepcionais*, determinar especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, *com a sua omissão*, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados

Importa enaltecer, que o STF, nos seus mais recentes julgados, todos do ano de 2018, vêm mantendo e consolidando seu posicionamento acerca da matéria supracitada. Nesse sentido, são as seguintes ementas:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE 1101106 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 08-08-2018 PUBLIC 09-08-2018)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 25.09.2017. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESTRUTURAÇÃO E REGULARIZAÇÃO DE ESCOLAS PÚBLICAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECURSO NEGADO. 1. A decisão recorrida está de acordo com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal que consolidou-se no sentido de que, nos casos de omissão da administração pública, é legítimo ao Poder Judiciário impor-lhe obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso dos autos, que trata da obrigação de promover obras e adquirir materiais necessários ao bom funcionamento de escolas públicas com a finalidade de garantir o acesso à educação infantil. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ARE 679066 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.(RE 1076911 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 10-04-2018 PUBLIC 11-04-2018)

CONCLUSÕES

À guisa de arremate há de se esclarecer que carece de fundamento a alegação costumeira de que a matrícula determinada pelo Poder Judiciário resultaria na violação do Princípio da Isonomia. Ora, a ofensa ao referido princípio é uma falácia, posto que todos têm direito à educação infantil, motivo pelo qual deveria inexistir critérios de acesso ou fila de espera. Repita-se: TODOS têm o mesmo direito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**, in *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, org. Marcelo Novelino Camargo, Salvador: Jus Podium, 2ª ed., 2007, p. 43/64.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática.** Salvador: Jus Podivm, 10ª ed., 2019.

MEDEIROS, Amanda. **Judicialização ou ativismo judicial? Entenda a diferença.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/judicializacao-e-ativismo-judicial/>. Acesso em 14 de novembro de 2020.

PINTO, Élidia Graziane. **Financiamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real.** Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

SALOMÃO, Luís Felipe. **Ativismo judicial: para quem e por quê?** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial-para-quem-e-por-que>. Acesso em 14 de novembro de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

VIANNA, Luiz Werneck . **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15-45, 149-156.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia em Crise** in A batalha dos poderes.

A SIMPLIFICAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO TITULAR DE DADOS NA LGPD E AS IMPLICAÇÕES NO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NAS REDES SOCIAIS.

Resumo: Este artigo objetiva demonstrar como, apesar da importância da sanção da LGPD e seu marco histórico, problemáticas tangentes à garantia do direito à privacidade nas redes sociais ainda vigoram diante desta nova legislação. Por meio da abordagem do desenvolvimento histórico e da importância do direito fundamental à privacidade aliada à explanação acerca do uso dos filtros-bolha e o encontro destes com a privacidade dos titulares de dados visa-se apontar os aspectos gerais da legislação e as suas lacunas no que diz respeito à simplificação do consentimento dos titulares de dados e suas repercussões jurídicas e sociais almejando, sobretudo, inquietar quanto ao desrespeito aos direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de escolha.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; privacidade; consentimento; direitos fundamentais

1 INTRODUÇÃO

Todos os direitos fundamentais decorrem da dignidade e do valor inerente à pessoa humana, e nada mais são do que reivindicações por uma vida digna, que precisa de proteção contra a ação arbitrária e coercitiva do Estado, eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, definidos pelo povo (poder constituinte), que seriam merecedores de uma proteção normativa privilegiada.

A Lei Geral de Proteção de Dados tem sido debatida e construída a quase uma década e passou por inúmeras modificações e aperfeiçoamentos. Fruto de um diálogo entre o governo, sociedade civil e a iniciativa privada é um importante avanço para o Brasil no tocante a regulamentação de uso de dados pessoais e tem como objetivo proteger a privacidade e intimidade dos indivíduos, além de formalizar a responsabilidade sobre o uso de dados pelas empresas.

Busca-se com a presente pesquisa explicar a importância vital dos direitos fundamentais e sua efetividade em um Estado Democrático de Direito, a partir de uma interpretação da história dos direitos fundamentais e do Princípio da Dignidade Humana e a necessidade de observância do direito à privacidade em atenção a aspectos relevantes da nova Lei Geral de Proteção de Dados.

¹⁶¹ Graduanda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. E-mail: isabeltxrs@gmail.com

¹⁶² Graduanda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. E-mail: suterioluana@gmail.com

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A crença de que todos os seres humanos, por sua própria humanidade, têm a garantia de direitos fundamentais é demasiadamente moderna. No entanto, suas raízes se originam em tradições e documentos de diversas culturas remotas. Ao longo de grande parte da história, as pessoas adquiriram direitos e responsabilidades por meio de sua participação em um grupo - uma família, nação indígena, religião, classe, comunidade ou estado. O Código Babilônico de Hammurabi, a Bíblia, o Alcorão (Alcorão), são fontes escritas antigas que tratam de questões sobre os deveres, direitos e responsabilidades das pessoas.

Na verdade, todas as sociedades, seja na tradição oral ou escrita, tiveram sistemas de propriedade e justiça, bem como formas de cuidar da saúde e do bem-estar de seus membros. O estabelecimento dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é fruto de um longo processo de “amadurecimento” da sociedade. Com a transformação do mundo, suas revoluções e declarações, outros direitos vão ganhando status de direito fundamental e inaugurando novas dimensões.

A existência dos direitos fundamentais sobreveio da necessidade de definições das relações entre indivíduos e estruturas de poder, especialmente com relação ao Estado. Os direitos fundamentais delimitam o poder do Estado e, ao mesmo tempo, exigem que os Estados tomem medidas positivas garantindo um ambiente que permita que todas as pessoas gozem de seus direitos.

A história nos últimos séculos foi moldada pela luta para criar esse ambiente. Começando com as revoluções francesa e americana no final do século XVIII, a ideia dos direitos humanos impulsionou muitos movimentos revolucionários pelo empoderamento e controle sobre os detentores do poder, uma vez que, o poder do estado deve ser contido para que os direitos fundamentais de cada ser humano se perfectibilizem.

Tais direitos são os mais importantes tutelados por um ordenamento jurídico, são basilares para um estado democrático de direito, visto que possuem alta carga de obediência por todos que compõe o Estado, são todos inter relacionados, interdependentes e indivisíveis, além de serem essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana. No entendimento de Canotilho¹⁶³:

(...) a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa

¹⁶³ apud, Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, p. 56

para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir comissões poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Destaca-se que a característica elementar dos direitos fundamentais é a historicidade, ou seja, os direitos evoluem com o passar do tempo na medida em que a sociedade progride e se transforma, com efeito, o que hoje é determinado como um direito fundamental mais à frente pode deixar de ser, bem como o que não é pode vir a ser, uma vez que estes surgem como produto das experiências do povo. Como afirma Norberto Bobbio:

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p.9)

Vale ressaltar a existência da teoria dos deveres estatais de proteção, esta pressupõe o Estado como parceiro na realização dos direitos fundamentais, e não como seu inimigo, incumbindo-lhe sua promoção diuturna.

Por ter como qualidade essencial a indivisibilidade, os doutrinadores utilizam o termo “gerações” ou “dimensões” para melhor explicar e classificar a evolução dos direitos fundamentais¹⁶⁴. Muitos eventos políticos desempenharam um papel nas origens políticas desses direitos, mas estes efetivamente nasceram com a Idade Moderna, entre o final do século XVII e XVIII, junto as constituições escritas, para contrapor o absolutismo monárquico.

A primeira geração dos direitos fundamentais ratifica à luta pela liberdade e segurança diante do Estado. A liberdade do indivíduo deveria ser resguardada face ao poder do Estado absolutista, ao mesmo tempo em que o cidadão buscava uma maior participação nesse poder. Os primeiros reconhecimentos formais desses direitos estão na Constituição dos Estados Unidos (1787) e Constituição da França (1791), nelas foram

¹⁶⁴ Sobre o tema, ensina André Batista Neves, professor de Direitos Fundamentais da Universidade Federal da Bahia: Não é preciso muito para constatar a incompatibilidade da ideia de gerações/dimensões com uma teoria crítica dos direitos humanos, particularmente nas sociedades latino-americanas. Marcadas pela desagregação da sociedade civil e pela fragilidade constitutiva dos entes estatais, comprometidos pelo clientelismo pelo patrimonialismo, elas são incapazes de se tornar verdadeiros Estados de Direito, no sentido esperado (= eurocêntrico) do termo. Justamente por isso, os novos direitos fundamentais são quase sempre importados de forma irrefletida e incoerente, na tentativa de copiar dos ordenamentos jurídicos tidos como “mais civilizados”, muitas vezes de forma meramente simbólica.

positivados os direitos de liberdade, tratada no seu caráter negativo de atuação – o Estado negativa-se frente ao indivíduo; os direitos civis, determinado autonomia individual e política e direitos de nacionalidade, estabelecendo-se assim, o Estado de Direito.

O nascimento da segunda geração é marcado pela desigualdade no setor econômico do mundo decorrente da Primeira Guerra Mundial, dessa forma, a partir do século XX, a sociedade compreendeu que o Estado deve agir no sentido de buscar a igualdade entre os desiguais. Nota-se que a Constituição do México (1917) e Constituição Alemã (1919-Weimar ratificaram os direitos sociais, econômicos e culturais buscando um equilíbrio, na tentativa de alcançar igualdade material ou real entre os indivíduos. São os chamados direitos de igualdade e possuem caráter ativo por parte do Estado visando um Estado social de direito.

No final do século XX, como resposta aos efeitos da Segunda Guerra Mundial, a comunidade jurídica começou a buscar assegurar todo o gênero humano e a dignidade da pessoa humana, manifestando-se assim os direitos de terceira geração, também chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade, voltados à tutela dos direitos de toda coletividade, um direito difuso e coletivo.

No entanto a história não é estanque, possui natureza dinâmica e novas gerações passaram a ser identificadas, além disso, se faz imprescindível frisar que não existe hierarquia ou sucessão entre os direitos fundamentais.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É evidente, por conseguinte, a importância da posituação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico de um país para consolidar um Estado democrático de direito, uma vez que é necessário assegurar aos cidadãos uma vida digna e limitar e controlar o poder estatal. Como Lei Maior, a Constituição Federal 1988 tem o papel de fundamentação institucional e política, por isso à legislação ordinária e seus textos encontram-se preenchidos com inúmeros dispositivos relativos aos direitos fundamentais. Diz o Prof. José Afonso da Silva sobre o assunto:

(...) o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários. (SILVA, 1992, p.137)

No Brasil, vemos o reconhecimento desses direitos com o início do processo de redemocratização em 1985, logo após anos de um regime militar excepcional e ditatorial iniciado com o golpe de 1964, o qual resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988, que não apenas estabelece um regime político democrático, mas também um grande avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais. Estes encontram-se expressos especialmente no Artigo 5º, Capítulo I, do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

A Constituição brasileira atribuiu importância excepcional aos direitos individuais e estabeleceu no parágrafo 1º do artigo 5º que estes possuem aplicação imediata, dessa forma todas as normas que versam sobre direitos e garantias fundamentais estão prontas para serem aplicadas e cobradas, sem a necessidade de outros instrumentos como leis complementares. Além disso tais direitos estão previstos em tratados internacionais e em princípios constitucionais.

4 O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

O direito à privacidade variou ao longo dos anos, inicialmente buscou-se à preservação contra intromissões indesejadas no âmbito pessoal do indivíduo, como pode-se ver desde 1948 com Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo XII prevê a inviolabilidade da vida privada, seja no meio familiar, no lar, e até mesmo nos meios de comunicação como a correspondência. Se tratava, primordialmente, no mecanismo de proteção da personalidade humana contra interferências alheias indesejadas e ilegítimas.

Nessa perspectiva, o direito à privacidade está positivado na Constituição Federal de 1988, sendo assim salvaguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental em seu artigo 5º, inciso X¹⁶⁵ e XII, prevendo inclusive a responsabilização civil daquele que viola o direito de privacidade de outrem.

“Art. 5º, X, CF/88 “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. 7GOMES, Orlando. *Introdução ao Código Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Enuncia “Sob a denominação de **direitos da personalidade**, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”

¹⁶⁵ Art. 5º, X, CF/88 “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

Além disso, o direito à privacidade está vinculado profundamente aos direitos de personalidade¹⁶⁶, que são intrínsecos ao próprio homem, existindo com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana¹⁶⁷. Sobre o tema, Maria Helena Diniz aponta:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens. (2005, v. I. p. 121)

O Código Civil dedica-se a tratar sobre o tema em seu artigo 11 e, exceto para casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Bem como em seu art. 21 prevê a inviolabilidade da vida privada. Vejamos:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O direito à privacidade é um direito de personalidade contra intromissões na vida privada e intimidade, que necessita cada vez mais de proteção para, com efeito, garantir a dignidade humana e o mínimo existencial, tanto na esfera material quanto moral e os direitos fundamentais são reconhecidamente o núcleo dessa defesa. No entanto, a doutrina brasileira não define e distingue de forma precisa a vida privada da intimidade enquanto bens jurídicos da personalidade, dignos de tutela singular muitas vezes concebendo os termos vida privada e intimidade como sinônimos. Discorre quanto ao tema o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família,

¹⁶⁶ GOMES, Orlando. Introdução ao Código Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Enuncia “Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”

¹⁶⁷ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, t. VII, p. 5 e ss.; DE CUPIS, Adriano. I diritti della personalità; DE-MATTIA, Fabio Maria. Direito da personalidade. Enciclopédia Saraiva do direito, v. 28, p. 155 e ss; e AMARAL, Francisco. Direito civil – introdução, p. 283 e ss. Por sua vez, KAYSER, Pierre, Protection de la vie privée, classifica os direitos de personalidade em: direito de se opor à divulgação da vida privada, direito de se opor a uma investigação na vida privada e, ainda, direito de resposta.

no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros.¹⁶⁸

Modernamente, pode-se afirmar que a privacidade evoluiu, de modo a abranger em seu conteúdo acontecimentos de tutela de dados sensíveis, de seu controle pelo titular e o respeito à liberdade das escolhas individuais. Os avanços tecnológicos modificaram as relações pessoais e profissionais, promovendo novas questões sobre o tema, assim, sobreveio a necessidade de existir diretrizes claras, no sentido de mais privacidade e segurança de dados de pessoas naturais.

Evidentemente, em decorrência do avanço tecnológico nas últimas décadas, a popularização e o uso da internet nos dias de hoje são demasiados. Tal prática provoca conflitos entre direitos fundamentais, quando seu uso adentra a esfera privada, criando um domínio público de informações, dados e conteúdo. À luz da Constituição Federal, é forçosa uma interpretação lado a lado do Princípio da Dignidade da Humana e a aplicação sem tardar dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à intimidade e à vida privada, violados na era digital, pela desvalorização à dignidade humana.

5 O USO DOS FILTROS-BOLHA E O DESRESPEITO AO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

O direito à privacidade, emergente da modernidade com seu marco temporal inicial no século XIX é considerado e assimilado como um dos direitos inerentes à pessoa humana, sendo positivado na Constituição Brasileira de 1988 no inciso X do seu artigo 5º, no Marco Civil da internet por meio dos incisos II e III do artigo 3º e também figura como objeto protegido da (recente) Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais de nº 13.709/2018.

Apesar da sua reconhecida importância social e dos dispositivos legais disponíveis para garantir a sua proteção, tal direito é constante e estruturalmente desrespeitado, como será demonstrado, pela estrutura das redes sociais mais utilizadas atualmente. Artifícios utilizados por essas plataformas como o uso de algoritmos e a manipulação de dados por meio do uso de filtros-bolha ferem contundentemente o respeito à privacidade e a autodeterminação informativa dos usuários e titulares de dados destas redes.

¹⁶⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, p. 79.

Redes sociais como o Facebook, Twitter, Instagram e o novo Tik Tok utilizam recursos algorítmicos que visam filtrar as informações e os conteúdos que chegam até seus usuários, personalizando-os a fim de que esteja mais próximo dos gostos e preferências dos usuários, ou melhor dizendo, próximo do que eles acham que é melhor para estes usuários.

Para isso são utilizados os chamados filtro-bolhas, como conceitua Eli Pariser (apud FREITAS, C; BORGES, M.; RIOS, R, 2016), que atuam analisando o comportamento desses internautas nessas redes, observando minuciosamente cada atividade desempenhada pelos seus usuários com o objetivo de padronizar os conteúdos que chegam até eles a fim de que estes sejam sempre de interesse do internauta.

Anteriormente, redes sociais como o Facebook, Twitter e o Instagram apresentavam conteúdos seguindo a ordem cronológica, de modo que as publicações mais recentes apareciam no topo da linha do tempo. Entretanto, com a quantidade absurda de conteúdos produzidos nestas redes, o Facebook encabeçou essa filtragem e personalização de conteúdo, introduzindo o uso do algoritmo conhecido como EdgeRank que atua customizando as informações que chegam até os usuários através de três principais fatores pontuados por Eli Pariser (apud FREITAS, C; BORGES, M.; RIOS, R, 2016):

O primeiro é a afinidade: quanto mais próxima a nossa amizade com alguém -o que é determinado pelo tempo que passamos interagindo com a pessoa e investigando seu perfil -, maior será a probabilidade de que o Facebook nos mostre suas atualizações. O segundo é o peso relativo de cada tipo de conteúdo: atualizações sobre relacionamentos, por exemplo, têm peso grande; todos gostam de saber quem está namorando quem [...] O terceiro é o tempo: itens mais recentes têm mais peso do que postagens mais antigas (p. 3).

Como estes três aspectos são cirúrgicos e pertinentes, uma vez que garantem um melhor engajamento dos usuários na plataforma, redes sociais posteriores como o Twitter e o Instagram e mais recentemente, o Tik Tok passaram a utilizar recursos semelhantes ao EdgeRank tendo em vista seus benefícios, haja vista que ao ter sempre disponível conteúdos que se aformoseiam aos seus gostos, os usuários passam mais tempo nestas redes sociais.

Além disso, esses mecanismos que mapeiam o perfil dos usuários e descobrem seus gostos e preferências são altamente úteis para a atuação de marketing de empresas, por exemplo, uma vez que por meio deste mecanismo é possível direcionar produtos para um grupo de pessoas preterido aumentando a lucratividade.

Contudo, a aplicação desse algoritmo é essencialmente benéfica apenas para as redes sociais e empresas beneficiadas pelo mapeamento e manipulação dos dados dos usuários, pois para estes últimos há benefícios a curto prazo, mas grandes possibilidades de gerar prejuízos a longo prazo tanto para o usuário¹⁶⁹ quanto para a sociedade¹⁷⁰.

A aplicação desses filtros-bolha nas redes sociais amplamente utilizadas pela população mundial e por 130 milhões de brasileiros¹⁷¹ gera o que Mark Andrejevic (apud VALENTE, 2020, p.5) chama de “alienação algorítmica”, uma vez que por meio dessa personalização dos conteúdos e informações que chegam aos usuários mediante o uso de algoritmos, os indivíduos muitas vezes são restringidos de acessar informações e opiniões que vão de encontro a suas percepções de mundo e no casos das fake news, que vão de encontro a sua “verdade”.

Dessa forma, surgem as bolhas ideológicas, as quais, na maioria das vezes, são revestidas de intolerância e completa parcialidade, perfeitamente propícias à disseminação de ódio e fake news. Essas repercussões negativas não afetam somente o indivíduo e como tudo que acontece em um meio social, repercute significativamente na sociedade. Nos últimos anos foi possível assistir e vivenciar a influência das redes sociais nas eleições presidenciais, em manifestações, etc., como exprimem casos emblemáticos como o da Cambridge Analytica¹⁷² e eventos como o da importância do Facebook na limpeza étnica em Myanmar¹⁷³.

Outrossim, o uso de artifícios como esses que apresentam uma atmosfera completamente personalizada e familiarizada aos indivíduos promove o engajamento intenso e constante destes usuários que dedicam muito mais tempo e exposição de dados a essas redes sociais. Essa situação também propicia prejuízos para o indivíduo como problemas sociais e psicológicos.

¹⁶⁹ Uso em excesso da internet pode afetar a sua concentração: entenda. Revista Galileu, 11/06/2019. Disponível em: [<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2019/06/uso-em-excesso-da-internet-pode-afetar-sua-concentracao-entenda.html>]. Acesso em: 02/12/2020.

¹⁷⁰ DUARTE, Letícia. Como as redes sociais formam bolhas de radicalização e intolerância. Gauchazh, 18/11/2016. Notícia disponível em: [<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/11/como-as-redes-sociais-formam-bolhas-de-radicalizacao-e-intolerancia-8377226.html>]. Acesso em 25/11/2020.

¹⁷¹ Segundo estudo feito em 2017 pela agência We Are Social e a plataforma Hootsuite, 130 milhões de brasileiros utilizam as redes sociais. Desses, 120 milhões realizam o acesso através de seus celulares, representando 57% do total da população brasileira. Disponível em: [<https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/02/10-fatos-sobre-o-uso-de-redes-sociais-no-brasil-que-voce-precisa-saber.ghtml>]. Acesso em 25/11/2020

¹⁷² A empresa Cambridge Analytica capturou dados de 50 milhões de usuários do Facebook por meio de um aplicativo de teste psicológico. Os dados foram atualizados pela empresa para angariar a campanha política de Donald Trump em 2016. Disponível em: [<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/01/09/cambridge-analytica-se-declara-culpada-por-uso-de-dados-do-facebook.ghtml>]. Acesso em 25/11/2020

¹⁷³ O Facebook foi o meio de transmissão do discurso islamofóbico do clero budista. Notícia disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/12/internacional/1523553344_423934.html]. Acesso em 25/11/2020.

Apesar de que a customização do ambiente digital pode gerar uma sensação prazerosa para os indivíduos como relata a professora Jenny Radesky em entrevista feita pela Gizmodo Brasil¹⁷⁴:

Às vezes, ambientes digitais personalizados e sem atrito são um alívio para um mundo caótico – ou pelo menos são uma alternativa mais agradável a uma criança chorona ou a um parceiro mal humorado.

A fala da especialista evidencia como estes artifícios são pensados e projetadas para causar essas sensações, conforme discorre o professor Pierre Berthon na mesma entrevista:

As técnicas incluem reforço de proporção variável, manipulação social, loops de Zeigarnik (antecipação sem fim e satisfação diferida) e hiperfoco e perseveração induzidos (estados negativos de “fluxo” de ciclos de comportamento descontrolados e repetidos sem fim). Tais técnicas, combinadas com zero barreiras à entrada (preços “gratuitos”) e onipresença (sempre disponíveis, em qualquer lugar e a qualquer momento), são projetadas para maximizar o vício.

Assim, esse processo de aderência intensa e até “vício” nessas redes acontece de maneira completamente inconsciente nos indivíduos que a essa altura pensam que tal situação ocorre devido à aderência pessoal e consciente a essas redes, quando na verdade é o contrário: esses artifícios são utilizados para prender a atenção e fazer com que o usuário passe cada vez mais tempo nessas plataformas de maneira incôscia, demonstrando como o funcionamento da rede foge da percepção e conhecimento do indivíduo.

É a partir disso que começa a discussão sobre a vilipendiação do direito fundamental à privacidade nas redes sociais. Retomando à abordagem dos dispositivos legais em torno do direito à privacidade, primeiramente é importante observar a menção deste em leis brasileiras importantes para regulamentar o mundo digital.

Na Lei Geral de Proteção de Dados, nº 13.709/2018, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa bem como o livre desenvolvimento da personalidade estão positivados como fundamentos da lei, conforme assevera o artigo 2º:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

¹⁷⁴KOLITZ, Daniel. Por que as redes sociais são tão viciantes? Gizmodo Brasil, 24/03/2020. Disponível em: [https://gizmodo.uol.com.br/por-que-redes-sociais-viciantes/]. Acesso em: 25/11/2020.

I - respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Esses direitos também são protegidos pelo Marco Civil da Internet, conforme seu artigo:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

Diante dessas garantias legislativas, como considerar que mecanismos como esses - que exploram “gatilhos” mentais do inconsciente desses indivíduos, além de extrair e manipular os dados desses usuários de maneira indiscriminada - respeitam o direito fundamental à privacidade e a autodeterminação informativa¹⁷⁵ (CARVALHO, 2018)

A problemática começa quando essas redes exploram dados dos usuários sem explicar minuciosamente onde, como e para que essas informações serão utilizadas e se agrava quando silencia e despreza a capacidade de escolha e liberdade desses indivíduos nas redes.

Uma alternativa que poderia facilmente substituir a metodologia de funcionamento dessas redes seria a substituição do uso de algoritmos que personalizam o ambiente digital desses usuários pela criação de plataformas e instrumentos midiáticos digitais que permitam aos usuários definir como deve ser o seu ambiente digital, de modo que as redes sociais sejam responsáveis por garantir a promoção dessa autodeterminação e a proteção e descrição do uso desses dados. Entretanto, como essa lógica apenas seria satisfatória e positiva a curto e a longo prazo para os usuários— haja vista que assim o controle e a persuasão que garantem a lucratividade dessas plataformas seriam postos em jogo— não é utilizada na prática.

O desrespeito à privacidade dos usuários se expressa de forma mais branda nessas situações demonstradas anteriormente— na filtragem e manipulação de dados e

¹⁷⁵ “A autodeterminação informativa é entendida como a prerrogativa de que dispõe o indivíduo de se resguardar contra a indiscriminada coleta e uso de seus dados e informações, tendo sobre eles autonomia de disposição.” (CARVALHO, 2018, pag.26)

no pouco, quase nulo conhecimento sobre como operam estes algoritmos, haja vista que as noções de funcionamento que temos são sempre gerais, nunca assertivas e detalhadas—, mas podem evoluir para um quadro mais grave e catastrófico, à nível de vazamentos massivos de dados e/ou venda ilícita destes para grandes empresas e plataformas, a exemplo do icônico caso da Cambridge Analytica.

A SIMPLIFICAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO TITULAR DE DADOS NA LGPD¹⁷⁶

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais de nº 13.709/2018¹⁷⁷ dispõe sobre o consentimento em alguns de seus dispositivos, determinando que o consentimento seja escrito e manifeste livre, informado e inequivocamente que o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada, conforme assevera o inciso XII do artigo 5º e o artigo 8º. Na prática, esse consentimento é garantido por um simples clique do usuário em determinada checkbox ou em um link confirmando que ele concorda com o contrato de adesão¹⁷⁸ das redes sociais e autorizando o uso de seus dados por essas plataformas e por terceiros em alguns casos.

Apesar de redes sociais como o Facebook, Instagram e Twitter possuírem termos de uso e privacidade disponíveis a qualquer momento para serem consultados, pouquíssimos usuários o fazem. Segundo levantamento feito pela Folha, seriam necessárias 4 horas e meia para ler os regulamentos das redes sociais mais utilizadas no Brasil e no mundo¹⁷⁹.

Além da extensividade desses regulamentos, que soam mais como contratos de adesão tendo em vista a impossibilidade de reclamar mudanças nas cláusulas mediante acordos, o linguajar utilizado também não é muito convidativo. Imperam linguagens técnicas que exigem conhecimentos jurídicos e da área da ciência da computação para total compreensão, somado à linguagem vaga sobre os procedimentos. É muito comum se deparar com uma política de privacidade e uso de dados que não explique exata e

¹⁷⁶ A sigla se refere à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais de nº 13.709/2018.

¹⁷⁷ A LGPD foi aprovada em 2018 e sancionada em 17/09/2020 pelo presidente Jair Bolsonaro. A lei entrou em vigor a partir do dia 18/09/2020. No entanto, por força da Lei 14.010/20, as sanções entram em vigor a partir de 1º de agosto de 2021.

¹⁷⁸ Contrato de adesão é o termo utilizado para se referir aos termos de uso/serviço, política de dados/privacidade e regras da comunidade das redes sociais mais utilizadas no Brasil. Utiliza-se esse termo por entender que esses contratos são celebrados entre duas pessoas, mas de forma que os deveres e condições são estabelecidos pelo proponente, sem que o aderente possa discutir o conteúdo como no caso das redes sociais.

¹⁷⁹ HERNANDES, Raphael. Leitura de 'termos e condições' de serviços na internet exige 4,5 horas. Folha de S. Paulo, 24/12/2017. Disponível em: [<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2017/12/1945132-leitura-de-termos-e-condicoes-de-servicos-na-internet-exige-45-horas.shtml#:~:text=Afinal%2C%20quem%20l%C3%AA%20esses%20termos,ser%20consideradas%20abusivas%20no%20Brasil>]. Acesso em: 02/12/2020.

minuciosamente quais dados são extraídos, como, para que e quais os impactos que o uso destes traz.

Essas circunstâncias contribuem para esse péssimo hábito que não somente brasileiros, mas toda a população mundial adquiriu de não ler os termos e serviços dos aplicativos e plataformas que utilizam.¹⁸⁰

Diante disso outros problemas são ensejados. Como considerar legítimo e suficiente o consentimento dado por um usuário através de um clique sem que esse indivíduo tenha de fato ciência sobre os termos e sobre o que acontece com seus dados *offline*?

Considerando as circunstâncias citadas, não parece ser só uma questão unilateral de punir somente o usuário por não ler os termos. Não deveria ser prioridade e responsabilidade de redes sociais como o Facebook, Instagram e Twitter assegurar informações de como os dados são utilizados de forma assertiva e detalhada, sem se valer da linguagem dificultada genérica tão comum a esses contratos? Ainda mais tendo em vista que o interesse maior é dessas plataformas, haja vista que para os usuários essas redes sociais são essencialmente formas de entretenimento e diversão, sobretudo, mas do outro lado a coisa é séria: há negócios e muito lucro com os dados dos usuários.

Nessa troca de privacidade e dados pessoais sensíveis¹⁸¹ por diversão e entretenimento parece razoável que essas plataformas se comprometam a inteirar seus usuários da melhor forma possível a fim de evitar vícios de consentimento passíveis de anular negócios e no âmbito do direito à privacidade, vedar o tratamento de dados mediante vício de consentimento conforme estabelece o § 3º do artigo 8 da lei 13.709/2018¹⁸².

Sem entrar na discussão sobre a ocorrência de um vício de consentimento implícito como o dolo¹⁸³ por razões acadêmicas¹⁸⁴, mas levantando a

¹⁸⁰ De acordo com a pesquisa realizada pela Deloitte em 2017, “91% dos usuários dizem concordar com os termos de uso das plataformas que utilizam, sem nunca sequer terem lido, e quando se trata de pessoas jovens (entre 18 e 34 anos de idade) esse percentual chega a 97%.” É fundamental ler contratos, termos de uso e políticas de privacidade. Instituto Information Management. 30/10/2020. Disponível em: [https://docmanagement.com.br/10/30/2020/e-fundamental-ler-contratos-termos-de-uso-e-politicas-de-privacidade/]. Acesso em: 02/12/2020.

¹⁸¹ A LGPD conceitua dados sensíveis como todo “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” no inciso II do seu artigo quinto.

¹⁸² O §3 do artigo oitavo da LGPD dispõe que “É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.”

¹⁸³ O vício por dolo seria passível de existir por considerar os termos mencionados em que se dá o consentimento pelo titular. Nesse sentido, os indivíduos estariam viciados por 1) erro, uma vez que estariam alheios às cláusulas indesejadas e seus riscos, por desconhecimento e 2) dolo haja vista a possibilidade de intencionalidade no modo genérico e dificultoso que as redes sociais veiculam seus contratos de adesão.

¹⁸⁴ A autora entende que 1) ainda não tem conhecimento suficiente para defender essa tese e se restringe somente a levantar essa hipótese e 2) este não é foco do artigo.

sua possibilidade, ainda assim há outra objeção em relação a como se dá o consentimento do usuário nos contratos de adesão das redes sociais e a aquiescência da LGPD em torno disso.

Estariam essas condições, em que o usuário não lê os contratos/termos, pelos motivos já pontuados anteriormente, mas “consente” pois 1) a facilidade de clicar no “li e concordo” e entrar imediatamente no universo dessas plataformas é bastante tentadora e 2) os usuários são obrigados a assumir os inúmeros ônus que as consequências de ceder seus dados podem trazer pela necessidade de se sentir pertencente¹⁸⁵, de acordo com o que a LGPD estabelece como consentimento em seu inciso XII do artigo 5?

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

Dadas as reverberações negativas causadas por essas políticas de uso de dados e privacidade adotadas pelas grandes redes sociais, não. E disso desprende-se que o modo de consentimento do titular de dados estabelecido pela LGPD não está sendo de fato respeitado por essas plataformas, pois conforme assegura a lei no inciso XII do seu artigo quinto, e os princípios de livre acesso¹⁸⁶ e transparência¹⁸⁷ descritos no artigo sexto e também do artigo oitavo, uma vez que, resumidamente, esses dispositivos impõem que o usuário seja informado assertiva e detalhadamente sobre as formas de coleta desses dados, a definição de quais dados são utilizados, os propósitos, os critérios e parâmetros de valoração para cada uso e processamento específico, as formas de processamento dos dados, os resultados e eventuais indicações e outros aspectos.

Todavia, a LGPD não trata de formas específicas, melhores ou piores condições de consentimento juridicamente eficazes, pois compreende essa questão de forma abrangente, noutra escala, expondo limites históricos e sociais para qualquer forma de cessão de dados pessoais, independente de seus adjetivos. Por mais que a vigência dessa lei venha a significar um marco jurídico para a proteção de dados pessoais no Brasil, ela precisa ser visto no contexto da economia política que lhe recebe, que é da mercantilização dos dados em uma economia da vigilância.(FORNASIER e KNEBEL, 2020, pag.5)

¹⁸⁵ A necessidade de pertencimento enseja diversas ações precipitadas no mundo virtual. Diga se de passagem, “essa é um dos calcanhares de Aquiles dos usuários no mundo digital”.

¹⁸⁶ Descrito no inciso IV como “garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;”

¹⁸⁷ Mencionado no inciso VI como “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”.

Diante do que assegura Fornasier e Knebel (2020), é importante destacar que é compreensível os avanços trazidos pela LGPD até na garantia que esta traz até nessa forma “clicável” de garantir o consentimento, haja vista o que relata Bruno Bioni (2018):

Antes da entrada em vigor do GDPR, não era incomum que aplicações de internet simplesmente incluíssem links para seus termos no rodapé de seus websites, não exigindo do usuário qualquer demonstração de concordância. Da mesma forma, não era incomum que tais documentos contivessem cláusulas indicando que o mero acesso à aplicação de internet seria considerado aceitação do usuário.

Entretanto, verifica-se, diante das situações expostas aqui, que quer seja por uma padronização mundial nessa forma de garantir o consentimento e/ou por dificuldades em estruturar outras formas de garantir o consentimento de forma legítima ao mesmo tempo que seja prático para o usuário, a LGPD falha em reconhecer essa forma ainda frágil e não tão legítima de consentimento como válida.

Nesse sentido, torna-se fulcral garantir formas mais legítimas e consistentes de garantir os consentimentos dos usuários que estejam de fato em consonância com o que dispõe os dispositivos citados da LGPD.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, torna-se importante pautar formas de garantir a coexistência das redes sociais e de direitos fundamentais do usuário como a privacidade, liberdade e a autodeterminação informativa a fim de tornar o meio digital um lugar aprazível para todos.

Sendo assim, o uso de algoritmos como os filtros-bolha que geram alguns encargos individuais e coletivos, como constatado, deve ser repensado com o objetivo de dar lugar a uma forma mais orgânica e menos pretensiosa de conduzir o entretenimento e as informações, tendo em vista a importância da garantia da privacidade e autonomia dos usuários nesse meio.

Outrossim, tais mudanças devem ser direcionadas a resolver os problemas mais recorrentes, como os citados, e prevenir e/ou diminuir outros existentes nesse meio digital tão complexo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm#art65> Acesso em: 20/11/2020.

BOBBIO, Norberto, 1992: A Era dos Direitos, Campus, Rio de Janeiro [original de 1990; ensaios de 1964-90].

CUNHA Jr., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 3a ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

CARVALHO, Vitor Miguel Barros de. O Direito fundamental à privacidade ante a monetização de dados pessoais na internet: apontamentos legais para uma perspectiva regulatória. Trabalho de Conclusão de Curso- UFRN, Natal, 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I.

FREITAS, Carlos; BORGES, Messias; RIOS, Riverson. O algoritmo classificatório no feed do Instagram. Intercom, Fortaleza, p.1-11, 05/09/2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 1, p. 77-90, 1992.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. “O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados”. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020.

NEGRÃO, Sônia Regina. Direitos da personalidade. O direito à intimidade sexual. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 704, 9 jun. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6829>. Acesso em: 1 dez. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ªed. São Paulo: Malheiros, 1992.

VALENTE, Jonas. Apresentação do dossiê temático "Algoritmos, economia e poder". Brasília: **Revista Eptic**, 2020.

COMUNIDADES QUILOMBOLAS E A LUTA PELO DIREITO AO TERRITÓRIO.

Bianca Ramos Avelino¹⁸⁸

Danilla Guimarães dos Santos¹⁸⁹

Jaqueline Machado de Queiroz¹⁹⁰

RESUMO: O artigo se propõe a discutir o processo de luta das comunidades quilombolas pelo reconhecimento do direito à terra tradicionalmente ocupada, bem como aborda a normatização jurídica do processo de regularização fundiária destes territórios. Neste ensejo, é trazido o caso do quilombo Rio dos Macacos, sendo dialogado sobre a mobilização e enfrentamento realizados por tal comunidade em busca da efetivação do direito à terra, bem como pelo acesso à demais políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVES: quilombo, território, direito à terra

INTRODUÇÃO

Ao considerarmos a diversidade cultural, étnica e racial do Brasil, faz-se possível aferir que há uma dificuldade histórica de garantir direitos constitucionais para os povos das comunidades tradicionais. Sendo estes, conforme definição de Nascimento, Batista e Nascimento (2016, p.2), a parcela remanescente da população negra escravizada no país. Assim:

Ao longo do tempo, essa parcela da população criou núcleos de resistência, através de movimentos de luta pela garantia de seus

¹⁸⁸ Graduanda no Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades com concentração em Estudos Jurídicos, na Universidade Federal da Bahia.

¹⁸⁹ Graduanda em Direito, na Universidade Federal da Bahia.

¹⁹⁰ Graduanda em Direito, na Universidade Federal da Bahia.

direitos, tanto antes quanto após a abolição [...]. Uma dessas formas de resistência era o quilombo, no qual os negros viam a possibilidade de se reproduzirem e se manterem física, social e culturalmente face ao sistema escravista.

Apesar do tempo decorrido, a realidade de exclusão e flagelos continua a acometer à população quilombola, conforme salienta a Cartilha de Direitos dos Povos e Comunidades tradicionais, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais:

Sabemos que boa parte dessas comunidades se encontra ainda na invisibilidade, silenciada por pressões econômicas, fundiárias, processos de discriminação e exclusão social. (s.d, p.8)

Tais processos de exclusão são reforçados com a morosidade na demarcação de terras historicamente pertencentes às comunidades tradicionais, no caso específico que esse artigo trata, das comunidades quilombolas, sendo asseguradas a estas, desde que “[..] estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos” (BRASIL, 1988).

Pois, o reconhecimento dessas áreas territoriais como próprias das comunidades quilombolas “[...] tem o efeito prático de produzir um tipo de conhecimento que, ao determinar a indivíduos e grupos seu lugar no universo social, pretende revelar suas identidades [...]” (O’DWYER, 2002, p.2). No entanto, esse reconhecimento tende a ser feito de maneira tal que o processo passe de uma forma de garantia de direito para uma luta travada contra as comunidades tradicionais.

Visto que, menos de 7% das terras pertencentes às comunidades quilombolas estão em situação regular no Brasil hoje, mostra à parcialidade do Estado, uma vez que, sem o devido reconhecimento, tais terras ficam sem acesso à políticas públicas e ainda mais vulneráveis à disputas territoriais, violência e marginalização (BERALDO, 2019).

No primeiro momento, o artigo traz uma contextualização sobre as comunidades quilombolas e sua relação identitária com as terras herdadas e ocupadas historicamente pela população quilombola desde o período colonial. Para tanto, faz-se necessário entender que :

os quilombos são a materialização da resistência negra à escravização, foram uma das primeiras formas de defesa dos negros, contra não só a escravização, mas também à discriminação racial e ao preconceito. (CONAQ, s.d)

Todavia, justamente por essa relação de pertença que há entre as comunidades quilombolas e a terra e a não noção de terra enquanto propriedade por parte destes, que

se tem, ainda hoje, disputas e violações do direito constitucional garantido às comunidades quilombolas: o direito a ser titular do seu local de resistência.

Assim, a questão da terra, no Brasil, é parte de uma política colonial e capitalista por determinar a terra como uma propriedade, ignorando o processo de ocupação por parte daqueles que não possuem formas de adquiri-las monetariamente, marginalizando ainda mais as comunidades negras quilombolas (CONAQ, s.d).

Tendo como foco à comunidade quilombola Rio dos Macacos, situado na região de Simões Filho, e sua disputa secular pelo reconhecimento ao território ocupado por eles, mostrando que, apesar de ser tratar de um direito impetrado, o reconhecimento das terras quilombolas está muito distante de ser uma realidade garantida sem resistência pelo Estado.

Este artigo, utilizando como referencial teórico artigos, sites, organizações e instrumentos jurídicos que tratam sobre tema, propõe discutir os meios e causas da morosidade do Estado no que tange à demarcação das terras quilombolas, sobretudo do quilombo dos macacos. Partindo justamente dos pontos supracitados, na expectativa de poder auxiliar todos aqueles pesquisadores e/ou curiosos acerca do tema, dando espaço à uma reflexão sobre o tema e a importância dele ser debatido e pesquisado.

COMUNIDADES QUILOMBOLAS E A LUTA PELO DIREITO AO TERRITÓRIO

O reconhecimento e aplicação dos chamados direitos fundamentais por parte do Estado brasileiro, não pode ser entendido como uma concessão unilateral e sem conflitos, mas, ao contrário, são as lutas de diversos grupos, o elemento norteador que marca todo e qualquer processo de conquista por direitos. Essa premissa pode ser considerada verdadeira, se utilizarmos como referência a situação das comunidades quilombolas no Brasil, cujas lutas e mobilizações históricas já atravessaram mais de um século, provando que o reconhecimento jurídico diante da pauta quilombola, não significa que a garantia de direitos ocorra de maneira efetiva.

Nesse sentido, Herrera Flores afirma que “o reconhecimento jurídico não soluciona todo o problema que envolve as situações de desigualdade ou de injustiça que as normas devem regular” (FLORES,2009, p. 19). As lutas quilombolas no Brasil não são um fenômeno da atualidade, remontam ao período da colonização brasileira, se considerarmos como parte fundamental desse longo processo, as resistências indígena e africana diante do projeto de colonização portuguesa que era pautado na apropriação territorial e escravidão. (FILHO, 2014, P.20).

O que é conhecido na nossa contemporaneidade como lutas e resistências quilombolas, pode ser ampliado numa perspectiva histórica de longa duração, (perpassando da colônia até a república) das lutas por terras protagonizadas pelos povos indígenas e negros no Brasil. A respeito das lutas serem o elemento fundante dos diversos processos em prol dos direitos fundamentais, Flores defende que:

Os direitos humanos, mais que direitos propriamente ditos, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida. (FLORES, 2009, p.28).

É necessário pontuar, que as lutas quilombolas não se resumem apenas a uma questão de disputa e legitimação territorial. De acordo com Herrera Flores, o que está sendo almejado em sua completude, é a conquista de dignidade, não numa perspectiva subjetiva, mas tendo como fim a materialidade do que é essencial para viver. “A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja digna de ser vivida”. (FLORES, 2009, p.31).

A busca por educação, saneamento, saúde, cultura, seguridade social, respeito, entre outros, também fazem parte do motivo de mobilização quase permanente do povo quilombola, cuja questão agrária é a base que engloba outras demandas.

A partir dessa compreensão de que as lutas quilombolas estão inseridas num amplo e histórico processo de construção coletiva de direitos, cabe ressaltar a importância da Constituição de 1988 como locus privilegiado do reconhecimento de importantes direitos fundamentais. Elaborada após um período de 20 anos de ditadura no país, a Carta Cidadã, como ficou conhecida, trouxe expresso em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência. Para as comunidades quilombolas, a C/F de 1988 também foi um marco importante para o processo de reconhecimento territorial, segundo Diosmar Filho:

A questão é que entre os anos de 1988 e 2001, os governos no plano federal trabalharam para gerir o processo de reconhecimento dos territórios quilombolas, exclusivamente no campo da cultura com a criação da Fundação Cultural Palmares (FCP), em 1995. Vinculada ao Ministério da Cultura, tem como atribuição acolher as demandas culturais da população negra e identificar os territórios quilombolas, assim como, a gestão cultural da memória do Quilombo de Palmares na Serra da Barriga. No período de 2000-

2003, a Fundação, recebeu como atribuição a função de identificar, delimitar, demarcar e titular os territórios quilombolas no Brasil. (FILHO, 2014, p. 90).

Ainda de acordo com Filho, o processo de reconhecimento dos territórios quilombolas que começou a ocorrer na gestão do ex presidente Fernando Henrique Cardoso, foi marcado por contradições a exemplo do Decreto Presidencial 3.912, de 10 de setembro de 2001, que tinha por finalidade:

normatizar os procedimentos administrativos do Governo Federal para a identificação, delimitação, demarcação e titulação dos territórios, 91 cabendo a FCP essa função em cooperação com o INCRA e os demais órgãos de terras estaduais. Este decreto em sua essência se destina a efetivar a política, mas não se distancia de tudo aquilo que era pauta de conflito com a agenda afirmativa do movimento negro nas décadas de 70 e 80. (FILHO, 2014, p. 90).

Um dos motivos de ser este Decreto conflitante com os interesses dos povos quilombolas, estaria no fato de que este documento estipulava que só seriam reconhecidas as comunidades que conseguissem comprovar a ocupação territorial dentro da temporalidade que era exigida no Decreto. O problema estava justamente no fato de que boa parte dessas comunidades não teriam como comprovar legalmente algo que nunca tinha sido demarcado pelo Estado, ficando unicamente para elas o ônus de provar sua existência e pertencimento ao território reivindicado, como aponta Diosmar Filho.

Contudo, o Decreto 3.912/2001 passa a determinar temporalidade de existência para acesso e direito a terra, sendo uma contradição porque sem ter produzido estudos sobre as terras ocupadas pelos territórios quilombolas, como o Estado pode determinar quem poderá acessar a política de direito estabelecida constitucionalmente. Dessa maneira, os dois incisos do parágrafo único do Art. 1º, repete os preconceitos e limita o processo de avanço institucional da política de regularização fundiária no Governo FCP. (FILHO, 2014, p. 91).

As reiteradas mobilizações por parte das comunidades quilombolas e dos demais segmentos do Movimento Negro Unificado (MNU) que discordavam dos aspectos limitantes do Decreto 3.912/2001, teve como efeito positivo a construção de um novo Decreto, o nº 4.887, de 20 de dezembro de 2003 e a revogação do antigo. O novo documento representou um grande avanço para as pautas quilombolas na seara jurídica na medida que:

O Decreto 4.887/2003, revogou o Decreto Presidencial 3.912/2001, do ex-presidente FHC. Sendo um marco para a regularização fundiária dos territórios quilombolas no Brasil, por que sua institucionalidade, finalidade, objetivos,

princípios e conceitos dão à Administração Pública Federal uma nova dinâmica as relações estruturais e formas de diálogo e a efetivação de direitos para/e com a população negra quilombola. (FILHO, 2014, p.94).

O Decreto 4.887/2003 derrubou com a exigência de comprovação de temporalidade que era exigido no anterior e de fato, marcou um avanço no longo e disputado processo de reconhecimento e demarcação das terras quilombolas. Nas páginas a seguir, trataremos de outros aspectos importantes deste Decreto, que nos serve de eixo norteador para analisarmos a articulação dos povos quilombolas em conjunto com outros segmentos de movimentos sociais na luta por dignidade.

Buscou-se realizar as pesquisas referentes ao tema em sites institucionais como o da Fundação Cultural Palmares, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, dentre outros. Percebeu-se a existência de uma recente e crescente produção acadêmica relativamente vasta sobre o tema das comunidades tradicionais, mais especificamente sobre as comunidades quilombolas.

Em uma análise preliminar, notou-se que o conceito de quilombo passa por uma ressignificação, deixa-se de lado a ideia das comunidades quilombolas como resquícios do passado e encaminha-se para um compreensão das comunidades quilombolas como grupos autônomos e que possuem características sociais próprias com existência e reprodução fortemente ligada à terra. Trata-se de grupos marcadamente relacionados à resistência, que pleiteiam o reconhecimento e sobretudo a efetivação de seus direitos. Nesse processo de ressignificação deixa-se de lado as classificações direcionadas por atores externos passando a prevalecer o reconhecimento do grupo quanto ao fator de pertencimento. Conforme aponta O'dwyer (2002, p. 15), “a base da identidade dos membros dessa comunidade é a relação de parentesco, a qual está estreitamente vinculada à ocupação territorial e aos critérios de pertencimento do grupo”.

A partir da identificação destas comunidades como remanescentes quilombolas houve uma desconstrução da antiga representação social a que estavam presas, passando a terem um reconhecimento atrelado à luta e à resistência. Essa condição deu significado à possibilidade de assumir um novo lugar no contexto social em que vivem e ainda reconfigurar as representações que fazem de si mesmos.

Assim, quando discorre sobre o uso do termo remanescentes em substituição ao termo quilombo, Arruti (2006, p. 81), aponta que, neste caso, “[...] o que está em jogo não são mais as ‘reminiscências’ de antigos quilombos, mas as ‘comunidades’, isto é, organizações sociais, grupos de pessoas que ‘estejam ocupando suas terras’, como diz o artigo 68”.

Neste sentido, “o termo ‘remanescentes’ também surge para resolver a difícil relação de continuidade e descontinuidade com o passado histórico, em que a

descendência não parece ser um laço suficiente” (ARRUTI,2006). Assim, as comunidades quilombolas são tomadas como uma nova categoria, que ao contrário de antes, deixa de ser direcionada por estudiosos e observadores externos às realidades dessas comunidades.

Desta forma, passam a serem considerados prioritariamente os critérios que o referido grupo julgar importante, predominando o critério de auto reconhecimento e de auto atribuição da identidade quilombola por parte destas comunidades.

Diante do contexto e da dinâmica histórica e socioespacial específica vivenciada pelas comunidades tradicionais em relação à dificuldade de regularização de seus territórios, cabe trazer uma discussão sobre o conceito de território que está intrinsecamente relacionado a esta realidade. Para Haesbaert (apud BRISKIEVICZ; SAQUET, 2009 p. 5-6), é possível identificar diferentes visões na discussão sobre o conceito de território, sendo elas: a jurídico-política, na qual o “território é visto como um espaço delimitado e controlado sobre o qual se exerce um determinado poder, especialmente o de caráter estatal” (p.05); a culturalista que “prioriza sua dimensão simbólica e mais subjetiva, em que o território é visto fundamentalmente como produto da apropriação feita através do imaginário e/ou da identidade social sobre o espaço” (p. 05); e a vertente econômica, que destaca “a des-territorialização em sua perspectiva material, concreta, como produto espacial do encontro entre classes sociais e da relação capital-trabalho” (p. 06);.

Ainda nesta perspectiva ao pensar identidade e territorialidade, Saquet (2007, p. 56), afirma que,

O processo de produção do território é constituído pelo movimento histórico e por simultaneidades. Há um movimento constante que se materializa na vida cotidiana e no território, centrado na intersecção entre os tempos histórico e coexistente (multiescalar). No território há uma conjugação entre aspectos da economia, da política, da cultura e da natureza exterior ao homem.

Deste modo é preciso considerar os diversos aspectos que interferem sobre a abordagem da concepção de território. Neste estudo, tomamos o território sob a perspectiva cultural e econômica, considerando as relações estabelecidas entre os atores sociais em questão e a noção de identidade que está diretamente associada a esta discussão. Ainda sobre a discussão de território, Gusmão (1999, p.149), ressalta que:

O território é condição especial que define quem são os grupos negros, onde estão e por quê. A relação com a terra estrutura diferentes visões de mundo e constitui o direito de nela estar, e nela permanecer. A terra-território torna-se um valor de vida, investido pela história particular de cada grupo, tornando-se polissêmica, dinâmica e mutável. A terra não é apenas realidade física; antes

de tudo é um patrimônio comum e, enquanto tal difere de outras terras, de outros lugares, de outros grupos. A terra é sinônimo de relações vividas, fruto do trabalho concreto dos que aí estão, fruto da memória e da experiência pessoal e coletiva de sua gente, os do presente e os do passado.

Assim, considerando as colocações de Gusmão (1999), podemos depreender que através do território os sujeitos se afirmam enquanto grupo social, e afirmam sua identidade cultural e histórica. É através de sua relação com a terra é que continuam a reproduzir seu modo de viver e sua trajetória de resistência. Como é destacado a seguir:

Os grupos negros contemporâneos têm, portanto, a posse e usufruto de uma terra que partilham em comum com um grupo de parentes e cuja realidade comporta interpretações de ordem diversa daquela que a sociedade inclusiva faz da mesma terra. A terra, impregnada pela luta negra, transforma-se em território singular, território de liberdade e vida, sobre o qual se inscrevem diferentes trajetórias, universos culturais próprios e lugares de força e luta. (GUSMÃO, 1999, p. 150)

Esses territórios passaram por inúmeras transformações, sendo que, a especulação imobiliária com a conseqüente valorização do espaço ocasionou uma mudança do valor de uso para o valor de troca da terra, e isso se reflete na organização social dos grupos, que veem ameaçados o seu modo de vida e suas atividades laborais.

Neste sentido o Decreto nº 4887/2003, em seu Art. 2º traz o seguinte classificação:

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

No que tange às comunidades tradicionais, a garantia do direito ao território configura-se como elemento essencial. Podemos compreender que um território ganha significado a partir do seu uso, das relações sociais, históricas e econômicas que nele se estabelecem. Neste sentido, Haesbaert (2001), traz uma abordagem onde o território abarca tanto a dimensão do simbólico, quanto a do material:

Desde a origem, o território nasce com uma dupla conotação, material e simbólica, pois etimologicamente aparece tão próximo de terra-territorium quanto de terreo-territor (terror, aterrorizar), ou seja, tem a ver com dominação (jurídico-política) da terra e com a inspiração do terror, do medo – especialmente para aqueles que, com esta dominação, ficam alijados da terra,

ou no “territorium” são impedidos de entrar. Ao mesmo tempo, por extensão, podemos dizer que, para aqueles que têm o privilégio de usufruí-lo, o território inspira a identificação (positiva) e a efetiva “apropriação”. (HAESBAERT, 2001, p. 674)

Para as comunidades tradicionais o território reflete uma identidade étnica e evidencia os modos de fazer e de viver desses povos, de forma que a identidade e território tornam-se conceitos indissociáveis. A relação com a terra, a organização do trabalho, os afazeres do cotidiano, são direcionados a partir da relação com a natureza, com as práticas tradicionalmente desenvolvidas pelos membros da comunidade. Nas comunidades pesqueiras, por exemplo, toda a organização do tempo é condicionada ao horário das marés, que determina a mobilidade no território de água, bem como quais espécies o pescador poderá encontrar e capturar a depender da tábua das marés.

No caso das comunidades quilombolas o direito à posse coletiva da terra foi assegurado constitucionalmente através do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Art. 68 (ADCT), que estabeleceu que “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”

Tal reconhecimento formal do direito ao território não se trata de mera concessão, mas se apresenta como resultado de intensa luta e mobilização do Movimento Negro e Movimento Quilombola. Compreendendo as comunidades quilombolas como o “sujeito de direito coletivo”, é válido ressaltar que se configuram como os “novos atores da cena política capazes de produzir direitos”. Dessa maneira, conforme Geraldo (2008), fica clara a potencialidade que as lutas dos grupos marginalizados possuem para reformular o Direito, dando ênfase para a realidade social retratada pelo Direito achado na rua, em constante adequação com o processo histórico de resistência. No entanto, embora haja o reconhecimento formal posto pela Constituição Federal de 1988, tais direitos raramente se efetivam na realidade das comunidades.

Até o ano de 2003 a competência para a identificação, certificação, delimitação dos territórios quilombolas na esfera federal era uma atribuição da Fundação Cultural Palmares, e após a promulgação do Decreto nº 4887/2003 essa competência passou a ser do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária-INCRA.

Em síntese, o Decreto nº4887/2003 regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por comunidades quilombolas de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Tal decreto configura-se como um elemento primordial na luta pela garantia do direito ao território tradicionalmente ocupado, que dentre outros aspectos contribui para que esse segmento social, que notadamente vivencia um processo

de exclusão e vulnerabilidade nos mais diversos aspectos, possa ter acesso aos direitos fundamentais que derivam de alguns princípios previstos pela Constituição, como por exemplo, o direito à vida e à existência digna. Vale destacar que,

A atual legislação assevera os direitos das comunidades quilombolas e as metodologias administrativas para a regularização fundiária e ingresso nas políticas públicas programadas pelo governo. Ao longo do tempo, outras tutelas foram utilizadas para a efetividade do direito remanescente: o Artigo 68º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), (promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004), imperioso para o desenlace da ADIn nº 3.239-9; o Decreto nº 6.040/2007; o Decreto nº 4.887/2003 nas Portarias nº 127 e nº 342 de 2008, e na Portaria da Fundação Cultural Palmares (FCP) nº 98/2007, a Lei 13.043/13, que define como obrigatória a isenção do Imposto Territorial Rural (ITR) cobrado às comunidades quilombolas, bem como na Instrução Normativa nº49 do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA/Ministério do Desenvolvimento Agrário). (SANTOS,2015, p. 31).

O caso do Quilombo Rio dos Macacos

Composta por mais de 70 famílias (CONAQ, 2017), o quilombo Rio dos Macacos tem mais de 200 anos de existência e foi certificado pela Fundação Cultural Palmares no ano de 2010, através de estudo realizado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Na década de 1960, a referida comunidade começou a ser pressionada pela instalação e crescimento da Base Naval de Aratu, dando início a uma disputa com a Marinha do Brasil, que passou a utilizar a área para construir casas e demais espaços destinados aos oficiais do seu quadro funcional.

Conforme aborda Santos (2015), a área utilizada pela comunidade, era conhecida como “Fazenda Macacos” anteriormente era de propriedade de Coriolano Bahia, o qual teria prometido aos seus trabalhadores parte da terra, como forma de pagamento por serviços. Porém, o referido senhor teria perdido a propriedade devido a dívidas tributárias, de modo que o Estado passou a deter a posse, e posteriormente doou o terreno à Marinha do Brasil. Tal doação não levou em conta a comunidade que ali já vivia, e a Marinha passou à construção da Base Naval de Aratu, sem qualquer tipo de diálogo ou planejamento junto aos moradores.

Tal comunidade, composta por um número de pouco mais de 70 famílias, vive cotidianamente sob um regime de tensão e violência. De acordo com Santos, (2015, p. 85),

O conflito entre os moradores e oficiais da Marinha iniciou-se em 1954, período em que a prefeitura de Salvador instalou uma barragem no local atual do conflito. Em 1970 foi construída a Vila Naval com a finalidade de alojar os militares e suas respectivas famílias. Vale salientar que o território da Comunidade Rio dos Macacos encontra-se na região dos municípios de Simões Filho e da capital baiana, Salvador, sitiada pela Marinha que, além da ocupação ostensiva do espaço, estabelece fortes restrições àqueles que procuram entrar e sair da comunidade. Neste sentido, no ano de 2011 a disputa territorial foi agravada por meio da decisão proferida em processo que transita na Justiça Federal legitimando a solicitação de despejo da comunidade remanescente.

Os conflitos relatados trazem diversos impactos socioambientais para os moradores locais, a exemplo de alterações no regime tradicional de uso e ocupação do território, falta de saneamento básico, insegurança alimentar, dificuldade de acesso a água (para fins de manutenção da vida e de uso em práticas religiosas), dificuldades de acesso a políticas e serviços de saúde, educação, dentre outros. Conforme depoimentos de moradores amplamente divulgados na imprensa, bem como denúncias realizadas a órgãos como o Ministério Público Federal¹⁹¹, a comunidade acusa a Marinha do Brasil de violar direitos básicos, e de impedir o uso do território pelas famílias quilombolas.

Tais depoimentos narram reiteradamente a ocorrência da expulsão de diversas famílias, ameaças, prática de violência física contra moradores, proibição de construção ou melhoramentos das casas, proibição da prática da agricultura de subsistência, da pesca, etc., o que acaba por reverberar também na dimensão cultural e simbólica do modo de viver da comunidade. A situação em tela perpassa ainda pela questão da criminalização de lideranças, visto que os moradores foram acusados de utilizar a água de forma irregular, de degradar o meio ambiente, bem como de invadirem instalações que supostamente seriam de propriedade da Marinha. Sobre tal aspecto, Santos, (2015, p. 88) aponta que:

“[...] as narrativas também transcorrem por ações cometidas pela Marinha do Brasil (MB) contra a vida e a integridade física dos residentes da comunidade. A exemplo, Rosemeire dos Santos, uma das principais lideranças do Quilombo Rio dos Macacos, já foi ameaçada de morte, tendo inclusive uma arma apontada para cabeça, no momento que pleiteava a entrada de integrantes da Universidade Federal da Bahia no território quilombola, para o cumprimento de atividade de extensão universitária[...]”

¹⁹¹ Vide Inquérito Civil Público nº 1.14.000.000833/2011-91, instaurado pelo Ministério Público Federal, que acompanha a situação de conflito vivenciada pela Comunidade Quilombola Rio dos Macacos.

Neste sentido foram feitas recomendações pelo Ministério Público Federal da Bahia (MPF), bem como por outras organizações de defesa de Direitos Humanos, no intuito de que fossem cessadas, por parte da Marinha do Brasil, práticas que de alguma maneira (física ou moralmente) violassem direitos dos quilombolas. Conforme demonstraram reportagens.

Ao longo da última década sucessivas decisões judiciais determinaram a saída dos moradores do Quilombo Rio dos Macacos. No ano de 2011, foi determinada. No ano de 2011, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou uma ação civil pública na qual foi solicitado o deferimento da permanência das famílias na comunidades. No entanto, tal requerimento não acatado pelo judiciário, sendo objeto de recurso. Posteriormente, no ano de 2012, após sucessivos diálogos com o Governo Federal, foi acordada que a ordem de reintegração de posse seria suspensa até a finalização do do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

A partir de tal contexto a comunidade passa a se organizar no sentido de reverter as decisões judiciais que determinavam a remoção da terra tradicionalmente ocupada e constitucionalmente garantida e começam organizar a partir de mobilizações e apelos nas redes sociais. Com o apoio de organizações da sociedade civil e com a assistência de órgãos como por exemplo a Defensoria Pública da União, Defensoria Pública Estadual, Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia – AATR a comunidade passou a contestar tais decisões, obtendo alguns avanços.

Tendo em vista o que dispõe o Decreto nº 4887/2003, no que tange às fases legalmente previstas para regularização fundiária de áreas ocupadas por remanescentes de quilombos, atualmente a comunidade Rio do Macacos já passou por todas as etapas, quais sejam: identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas.

A titulação da comunidade ocorreu recentemente, no mês de julho do ano de 2020, após conclusão do processo administrativo por parte do INCRA, foi emitido coletivo em nome da Associação dos Remanescentes de Quilombo Rio dos Macacos. No entanto, da área de 301 hectares reivindicados como território tradicionalmente ocupado pela comunidade, apenas 97 hectares foram reconhecidos e titulados.

Ainda assim, a referida comunidade continuou a ser alvo de diversas investidas por parte da Marinha, sendo recorrente a existência de conflitos. É importante ressaltar que, apesar de ter tido parte das suas terras titulada, a comunidade ficou sem acesso ao Rio dos Macacos, importante fonte de subsistência das famílias moradoras da região.

O Quilombo Rio dos Macacos é um exemplo vivo do movimento de aquilombar-se, ou seja

[...] de lutar pela garantia da sobrevivência física, social e cultural, é histórico. Abarca uma dimensão secular de resistência e luta dos africanos e seus descendentes, muitas vezes em conjunto com indígenas e até brancos, e chega aos dias atuais na batalha pela garantia de direitos fundamentais, como a titulação das terras que tradicionalmente ocupam as comunidades quilombolas. (SOUZA, 2008, p. 14)

Principalmente porque o processo de aquilombamento, mostrou-se como um processo de resistência negra (SOUZA, 2008, p. 34) Contra as investidas federais e municipais de desestabilizar essa população e realizar investida ainda mais violentas nos quilombos. A dimensão da exclusão do acesso à terra fica mais nitidamente expressa na Lei de Terras, de 1850, que proibia a aquisição das terras a não ser pela via da compra.

Considerações finais

Os quilombos representam uma forma de resistência constante das comunidades tradicionais brasileiras sujeitas a invisibilidade social e estatal. Assim, pode-se entender como "aquilombamento" o processo responsável por mostrar uma outra perspectiva (não ocidental/colonial) de existência e resistência.

Hoje, pensar em realidades quilombolas é pensar na luta pela garantia do seus direitos fundamentais dificultados pela lógica de invisibilidade e marginalização à qual estão acometidas. Isso porque:

A noção de terra coletiva, tal como são concebidas as terras de comunidades quilombolas, coloca em crise o modelo de sociedade baseado na propriedade privada como única forma de acesso à terra, [...] (SOUZA, 2008, p. 176).

A realidade sobre a titulação de terras quilombolas no Brasil atualmente impossibilita uma visão positiva sobre o caminho percorrido por essas comunidades tradicionais, sobretudo porque 44% dos 1.695 processos que tramitam hoje no INCRA, foram abertos há mais de 10 anos. E ainda, 85% do total de processos não possuem o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) - necessário, pois é à parte inicial da demarcação (CPI-SP, s.d).

Sabendo do processo demorado que o Quilombo Rio dos Macacos passou para receber a titulação de suas terras - assinada somente em 2020- pode-se concluir que o Estado Brasileiro tem dificultado a demarcação de terra, favorecendo e acentuando as disputas nas regiões ocupadas pelas comunidades quilombolas.

Apesar da vitória alcançada pelo Quilombo Rio dos Macacos, o caminho a ser percorrido continua. Pois, apesar disso, o estigma social e a noção de terra enquanto

propriedade e não como parte integrante de uma cultura, continua a vigorar e ameaçar a segurança e os direitos fundamentais dessa e das outras comunidades invisibilizadas e condenadas à própria sorte, seguindo a lógica do capital.

Dessa forma, faz-se urgente reconhecer e entender que a terra quilombola não é apenas mais uma parte da extensão territorial do Brasil, mas sim uma parte fundamental e formadora de uma cultura humana secular que tem o direito de ter as suas garantias fundamentais respeitadas e realizadas.

Pois, precisa-se também entender que à relação das comunidades originárias com a terra favorece também ao meio ambiente e à sociedade em geral, uma vez que à preservação assegurada nesses locais devido à falta de processos industriais é contínua, sobretudo por se tratar de locais onde a terra não é vista como mercadoria.

Por fim, a garantia dos direitos fundamentais das comunidades quilombolas, e o reconhecimento da possibilidade real dessa titularização ocorrer, como no caso do Quilombo Rio dos Macacos, atinge outros níveis sociais que estão a margem da grande urbanização da sociedade brasileira, fortalecendo ainda o Estado enquanto operador que reconhece sua pluralidade (SOUZA, 2008).

REFERÊNCIAS

ARRUTI, J. M. **Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola**. Bauru, SP, Edusc, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**, Brasília, 1988.

BRASIL. Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais (CIMS) - Ministério Público de Minas Gerais (MPMG). **Direitos dos povos e comunidades tradicionais**. Belo Horizonte, *s.d.* 52p. Disponível em: < <https://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/Cartilha>

Povos-tradicionais.pdf >. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 4.887, DE 20 de novembro de 2003**. Disponível e; <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em 20 Nov. 2020.

CONAQ (Brasil). **O que é Quilombo?**. S.d, s.n s.n. Disponível em: <http://conaq.org.br/coletivo/terra-e-territorio/>. Acesso em: 5 dez. 2020.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FILHO, Diosmar Marcelino de Santana. **A Geopolítica do Estado Nacional e a Territorialidade Quilombola na Bahia no Século XXI** / Diosmar Marcelino de Santana Filho - Salvador, 2014. 236 f. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/18981/1/DISSETA%20DE%20MESTRADO%20EM%20GEOGRAFIA%20-%20DIOSMAR%20M.%20SANTANA%20FILHO.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2020.

GERALDO, José de Sousa Júnior. **Direito como liberdade: O Direito Achado na Rua. Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito**. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/1401/1/TESE_2008_JoseGeraldoSJunior.pdf. Acesso em: 20 Nov. 2020.

GUSMÃO, N. M. M.. **Herança quilombola: negros, terras e direitos**. In: Bacelar, Jeferson & Cardoso, Carlos. (Orgs.) Brasil: um país de negros? 2ª ed., Rio de Janeiro/Salvador: Pallas /CEAO, 1999.

HAESBAERT, R., **Da Desterritorialização e Multiterritorialidade**. Rio de Janeiro. In: Anais do V Congresso da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional - ANPUR, v. 3, 2001.

O'DWYER, Eliane Cantarino. **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: FGV, 2002. 268p. (introdução. p. 13-42).

PACHECO, Ana Iris Nogueira. **O Quilombo Rio dos Macacos (BA): Silenciamento e Invisibilidade na Imprensa Baiana**. FORTALEZA – CE. 2013. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/26644/1/2013_tcc_ainpacheco.pdf. Acesso em 20 Nov. 2020.

QUILOMBO Rio dos Macacos. Direção de Josias Pires. Bahia: 2017. Filme documentário (120 min). Disponível em :<<https://www.youtube.com/watch?v=c0GXT1ICis>>. Acesso em 04 Dez.. 2020

SANTOS, Marli Mateus dos. **O Direito Quilombola na encruzilhada dos Direitos Fundamentais: Marinha do Brasil x Quilombo Rio dos Macacos** / Marli Mateus dos Santos - Salvador, 2015. 130 f. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17238/1/Marli%20Mateus%20dos%20Santos%20PPGD.pdf>>. Acesso em 20 Nov. 2020.

[SAQUET, M. A.](#); BRISKIEVICZ, M. **Territorialidade e identidade: um patrimônio no desenvolvimento territorial.** Caderno Prudentino de Geografia, v. 1, p. 3-16, 2009. Disponível em: <<http://agbpbpp.dominiotemporario.com/doc/CPG31A-3.pdf>>. Acesso em: 07 Nov. 2020.

SAQUET, M.A. **As diferentes abordagens do território e a apreensão do movimento e da (i)materialidade.** Geosul, Florianópolis, v. 22, n. 43, p 55-76, 2007. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/download/12646/11806>. Acesso em 07 Dez.. 2020.

SOUZA, Bárbara Oliveira. Aquilombar-se: panorama histórico, identitário e político do Movimento Quilombola Brasileiro. 2008. 204 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://repositorio.unb.br/handle/10482/2130&ved=2ahUKEwj15eab37rtAhV1GbkgHRFwDvsQFjAJegQIFxAC&usg=AOvVaw340zUGCQdP_D2VDrHqjs1H&cshid=1607305332297. Acesso em 06 Dez. 2020.

DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS: DIREITOS EFETIVOS OU NÃO NAS CONSTITUIÇÕES

Alice Araujo Paixão¹⁹²

Andréa Santos De Jesus¹⁹³

Elisangela Santos Do Monte¹⁹⁴

RESUMO: Neste artigo propomos mostrar que mesmo sendo um direito Constitucional, a delimitação das fronteiras das terras indígenas ainda está longe de ser efetivado, e que isso se dá devido aos interesses financeiros de alguns determinados grupos que tentam a todo custo retirar o usufruto exclusivo das terras dos povos originários. Com base em uma pesquisa qualitativa, foram realizados levantamentos de dados bibliográficos e documentais. No processo de pesquisa, foi constatado que existe um direito

¹⁹² Graduanda em Direito pela UFBA

¹⁹³ Graduanda em Direito pela UFBA

¹⁹⁴ Graduanda em Direito pela UFBA

constitucional, todavia a efetiva implementação desse direito encontrou obstáculos em razão de interesses econômicos sobre as terras indígenas.

Palavras-chave: Demarcação; Terra indígena; Direito constitucional.

ABSTRACT: In this article we propose to show that even though it is a Constitutional right, the delimitation of the boundaries of indigenous lands is still far from being effective, and that this is due to the financial interests of certain groups that try at all costs to take away the exclusive enjoyment of the use of the lands of the original peoples. Based on qualitative research, bibliographic and documentary data surveys have been conducted. In the research process, it was found that there is a guaranteed constitutional right, but the effective implementation of this right encounters obstacles due to economic interests on indigenous lands.

Keywords: Demarcation; Indigenous Lands; Constitutional Law.

1 INTRODUÇÃO

O direito originário, reconhecido desde o processo de colonização aqui efetivado, assegura aos índios as terras habitadas pelos seus antepassados quando os portugueses vieram apossar-se dos territórios brasileiros em 1500. Os índios foram chamados de “silvícolas” por algumas das constituições do Brasil após sua independência do reino de Portugal.

A Constituição Federal de 1967, afirma no art. 4º “Incluem-se entre os bens da União, incisos IV e V: as terras ocupadas pelos silvícolas” e, “os que atualmente lhe pertencem”. Tecendo-se um contraponto entre a Constituição e o Estatuto do Índio - Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973, Título III, art. 17: reputam-se terras indígenas: “as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas”.

A análise acerca da demarcação de terras indígenas elencadas como direito dos índios brasileiros, sob o prisma, se são efetivos ou não, previsto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988, é urgente e de essencial importância.

Ainda hoje, em 2020, milhares de índios vivem fora de suas terras por causa dos intrusos que tomaram seus habitats naturais, conforme a tradição de seus antepassados, primeiros habitantes do Brasil. Essa realidade acontece por diversos fatores: falta de celeridade nos processos demarcatórios, fiscalização mais efetiva da FUNAI, estabelecimento das fronteiras das terras indígenas e regulamentação da desintrusão das terras demarcadas para evitar os conflitos. Essas dificuldades resultam em conflitos entre índios e não índios no Brasil.

O trabalho apontará os acertos e falhas na efetivação dos direitos indígenas diante da legislação vigente, ao mesmo tempo que sugere mecanismos aplicáveis de forma realista pelo sistema jurídico brasileiro.

Conforme o exposto, pode-se perguntar: há direitos efetivos dos povos indígenas mediante ao ordenamento jurídico brasileiro? Esses direitos são aplicados no cotidiano dos indígenas efetivamente ou não nas questões de suas terras? São eles brasileiros e iguais perante à lei, conforme o art. 5º da CF/1988?

O objetivo geral dessa pesquisa é mostrar que a delimitação das fronteiras das terras indígenas mesmo sendo um direito Constitucional, ainda está longe de ser efetivado, e que isso se dá devido aos interesses financeiros de alguns determinados grupos que tentam a todo custo retirar o usufruto exclusivo do uso da terra dos povos originários.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: apresentar a evolução histórica indígena e judiciária, conceituar demarcação de terras indígenas, e apresentar a relação do governo Federal e a demarcação.

O renomado pesquisador Robério Nunes dos Anjos Filho (2009) é um dos principais referenciais teóricos dessa pesquisa, apresenta um compêndio acerca da questão indígena no tocante ao direito ao desenvolvimento de suas comunidades e o direito constitucional indigenista, em face da colisão com os demais, a saber: “discriminações positivas de natureza permanente” no ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

A primeira parte deste artigo discute a evolução histórica dos povos indígenas e sua luta territorial desde os tempos antigos até os atuais. A segunda parte trata da delimitação fundiária, da classificação das terras indígenas de acordo com a Constituição Federal de 1988 e a Lei 6001/1973, e também do posicionamento contrário do governo em relação a demarcação. A terceira parte trata da representação política dos povos indígenas e as suas pautas. A quarta parte refere-se as terras que já foram demarcadas conforme a Constituição Federal de 1988. Conclui-se que mesmo com o direito garantido pela CF/1988 a delimitação das terras indígenas em sua totalidade ainda está longe de acontecer, por causa de interesses econômicos sobre o usufruto desses territórios.

2 EVOLUÇÃO DA HISTÓRIA INDÍGENA E O JUDICIÁRIO

O ser humano para se desenvolver precisa ter os instrumentos e meios ideais para obter qualidade de vida e bem-estar na sociedade em que vive. E, a partir dessa premissa, é impossível imaginar o “desenvolvimento dos povos indígenas sem que lhes garanta o direito ao território e a utilização dos recursos respectivos” (ANJOS FILHO, 2009, P. 609). “A disputa das terras indígenas e de suas riquezas é o núcleo da questão indígena

hoje no Brasil”, pensamento da pesquisadora Manuela Carneiro da Cunha em 1987, conforme análises do também pesquisador da questão indígena, Robério Nunes dos Anjos Filho (2009, p. 609), e para ele, na prática, isso acontece desde o século XVI.

Desde tempos remotos os indígenas têm enfrentado dificuldades infindas ao longo de sua história. Os coordenadores, Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho e Manoel Jorge e Silva Neto, por ocasião do XXVII Encontro Nacional do COPENDI, Salvador-Ba, destarte, o tema central sobre Direitos e Garantias Fundamentais II (2018), publicam o artigo de Lília Teixeira Santos, que diz: “as ações a serem realizadas pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro e possibilitam a máxima eficácia da interpretação” das normas que asseguram direitos e garantias fundamentais descrito na Constituição; objetivando a plena cidadania de cada cidadão na República Federativa do Brasil. A pesquisadora observa o caráter humanista da Constituição de 1988, baseados na democracia participativa e nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”, é “fundada na harmonia social {...} e com a busca da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”(SANTOS,2018, p.290) em alinhamento com a Carta Magna de 1988, (Preâmbulo, art. 1º, 2º, 3º e 4º). Neste contexto de regime político democrático que se funda na soberania da vontade popular e o Estado prover um aparato de técnicas e instrumentos para cumprir a vontade do povo (SANTOS, 2018, p. 291), pois

a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história [...] é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo (apud,SILVA, 2001, p. 130).

Sabe-se que é na política que se processa as decisões pertinentes a vida de todos os cidadãos, especialmente dos indígenas no que se refere às suas terras. O Brasil é um país democrático, para tanto, admite direitos a seus cidadãos, inclusive aos indígenas. Segundo o advogado, Gustavo Proença, “os indígenas são cidadãos plenos e têm direito aos benefícios sociais e previdenciários do Estado brasileiro”, reconhecidos pela Constituição de 1988. No quesito direito à terra, os índios têm a posse, sim, das terras, que são bens da União, contudo, a Constituição de 1988, fixou que os direitos deles sobre as terras são de natureza originária.

Por isso, Gustavo Proença, entende que a demarcação do território indígena “é a espinha dorsal de toda luta ancestral da população indígena no Brasil”. Para ele, o maior

avanço que aconteceu atualmente acerca dos direitos de demarcação de terra, foi a “demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol”, mas, ainda há muitas ameaças aos direitos conquistados, diz o advogado, e que há “possibilidades de retrocesso” porque projetos de lei tramitam no Parlamento acerca da exploração econômica das terras pertencentes aos índios. “Qualquer exploração econômica da terra dentro da comunidade indígena deve ficar a cargo exclusivamente da população indígena”, bem como os lucros, os ganhos, tudo deve ser gerido pelos próprios, porque se deve prezar a autonomia desses povos, reconhecidos como primeiros habitantes do Brasil.

A Terra Raposa do Sol conta apenas uma década de demarcada em decisão da Corte Suprema do Brasil, Supremo Tribunal Federal, aplicando os dispositivos constitucionais em favor dos índios remanescentes daquele lugar. É preciso acelerar os processos de demarcação e efetivar direitos com a atuação do Ministério Público (Art. 129, V) em favor dos povos indígenas. O pesquisador Robério Nunes dos Anjos Filho tem analisado diligentemente a questão indígena e com maestria admite, “o respeito aos povos indígenas brasileiros e a sua preservação enquanto minorias culturais não é possível sem a proteção às terras indígenas”. Observando atentamente o texto constitucional, a demarcação das terras indígenas serve para regularizá-las e dar sossego às comunidades, sendo que a “natureza de terra tradicionalmente ocupada por índios independe de demarcação” (ANJOS FILHO, 2008, p. 9).

Para Natália Albuquerque Dino, pesquisadora do Grupo de Direitos Étnicos da Universidade de Brasília, indígenas adquiriram direitos à participação social e a consulta prévia, conforme a Constituição de 1988 e a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil, representa um grande avanço devido ao Estado Democrático de Direito do país. Ela afirma que as teorias de Dussel e Habermas contribuíram para que os indígenas alcançassem o exercício do poder político legitimamente com autonomia argumentativa acerca dos fatos que interferem diretamente em seus territórios.

Mas, ainda há questionamentos “sobre os limites do usufruto exclusivo das riquezas das terras indígenas, de titularidade da União, em oposição ao relevante interesse público”, segundo Natália, deste ente, e a premissa do § 6º do art. 231 da CF/1988. Toda essa proteção constitucional não impede os conflitos em terras habitadas pelos indígenas desde os primórdios, a exemplo do caso “Raposa Serra do Sol” que depois de muitas batalhas judiciais, o STF confirmou a demarcação desse território indígena em 2009, situado em Roraima.

O escritor Peter Schröder fez análises dos trabalhos de vários estudiosos e em 2018 publicou uma atualização sobre um dos povos indígenas mais antigos do Maranhão: os Guajajara. Também são conhecidos como Tenetehára (nome dado pelos Tupinambá).

Eles habitam as Terras Indígenas que ficam no centro do Maranhão, junto aos rios Pindaré, Grajaú, Mearim e Zutiua. São 11 TI ocupadas pelos Guajajara, isso corresponde a 85% dessa população (dados de 2002) precisamente. A partir de 1615, deu-se os primeiros contatos com o homem branco às margens do Pindaré, onde começou o processo de escravidão. De 1653-1755 houve as missões jesuítas que lhes deu proteção com dependência e servidão ao clero. Depois os jesuítas foram expulsos pela Coroa, os Tenetehára conquistaram sua independência, seguidos de muitos conflitos com os brancos que invadiram suas terras e com os índios guerreiros Canela, em 1897, em Alto Alegre, na atual região de Cana-Brava (MA). Outros conflitos surgiram nos anos 1960 e 70 por causa da ação desenfreada de latifúndios no centro do Maranhão e a entrada de posseiros nas Terras Indígenas. Nos anos 1980, outras ameaças se deram contra os Tenetehára por causa do Programa Grande Carajás e a ação das pequenas madeireiras da região. Atualmente existe “ressentimentos interétnicos, particularmente contra os Canelas e os Guajá, segundo Peter Schröder.

3 DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

Segundo o dicionário digital Dicio a palavra demarcação significa ação ou efeito de determinar limites por meio de marcos, balizas, estacas. Conforme Calvacante (2016, p.7-8),

Diante disso, a demarcação de terras indígenas é tida tão somente como um ato declaratório do Poder Executivo Federal. Por isso, salvo em casos de criação de reservas Indígenas, não há que se falar em “criação de terras indígenas”, mas tão somente de seu reconhecimento por parte da União Federal. As terras indígenas, deste modo, são entendidas como tais, sendo a demarcação apenas um ato de reconhecimento do Estado. Apesar disso, tal ato assume enorme importância, pois, sem ele, os povos indígenas dificilmente conseguem ter posse plena de suas terras; mesmo quando detém a posse precária, enfrentam inúmeras dificuldades para a instalação de aparelhos destinados à prestação de serviços públicos. Isso ocorre porque, de maneira injustificada, muitas entidades governamentais se negam a construir obras públicas ou a prestar serviços em áreas não homologadas como terras indígenas. Em suma, os indígenas ficam sem a proteção do Estado.

Então a delimitação desses territórios são o reconhecimento realizado pela União Federal, esse ato garante aos povos o direito a prestação de serviços nessas áreas. O assunto da demarcação das terras ocupadas pelos povos indígenas, está em evidência. Isso porque algumas manobras políticas, de alguns ruralistas, do agronegócio, da

indústria madeireira, da mineração ilegal, dentre outros, que tem como objetivo ampliar as áreas de exploração e insiste em usurpar o direito ao solo pertencente aos indígenas. Existe uma luta travada para garantir o direito pelo usufruto da terra que é garantido constitucionalmente. No início da atual presidência, essa pauta passou a ganhar ainda mais notoriedade, pois o grande objetivo desse governo é o crescimento econômico às custas da desestabilização, silenciamento e apagamento das minorias.

7

3.1 CLASSIFICAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

No artigo 231 da Constituição brasileira, encontram-se descritos os direitos dos povos indígenas. Pode-se observar que estes são reconhecidos quanto sua forma de organização social, costumes, linguagem, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. À União, cabe o papel de demarcá-las, como descrito no decreto nº 1775 de 8 de Janeiro de 1996:

Art. 1º - As terras indígenas, que tratam o art. 17 da Lei 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

Ainda no parágrafo 1º do artigo 231 da Constituição Federal o texto constitucional declara que:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários à seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

São reservas indígenas segundo o art. 26 da lei 6001/73 as áreas estabelecidas pela União em qualquer lugar do território nacional que tem como destino a posse e ocupação pelos índios, para viver e obter meios de subsistência, com direito a usufruto, de fruir das riquezas naturais e dos bens nela presente. O art. único classifica as reservas nas seguintes modalidades: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena. Conforme ainda ao parágrafo único do mesmo artigo, as reservas não podem ser confundidas com posse o memorial das tribos.

As Terras Dominiais segundo o art. 32 da mesma lei são as terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

3.2 Demarcação e as ações atreladas ao governo

Em contrapartida ao que está descrito na lei, o Estado, representado pelo então presidente Jair Messias Bolsonaro, busca meios de contrariar seu papel nesse quesito que é a determinação das fronteiras territoriais desses povos. Em janeiro de 2019, ele editou a Medida Provisória 886/2019 com a intenção de transferir a identificação e a demarcação das terras indígenas para a pasta do Ministério da Agricultura, a intenção aqui era justamente abrir brechas para a exploração e desapropriação desses territórios, justificado pelo avanço da economia por meio do agronegócio e da agropecuária.

No mesmo ano, no mês de agosto, numa entrevista no Palácio do Planalto, ele ressalta sua indisposição quando o assunto é limitar as fronteiras quando afirma:

enquanto eu for presidente não tem demarcação de terra indígena. eles têm 14% do território nacional. imagine região sudeste, uma área maior que essa já é terra indígena, não é suficiente? ontem (15 de agosto), eu estive de novo com um grupo de indígenas e eles querem liberdade para trabalhar na sua área, não querem viver em um confinamento, como seres pré-históricos.

Um reflexo desse posicionamento, é analisado pelo Observatório do agronegócio no Brasil, o site afirma que apenas no primeiro ano do governo bolsonarista as invasões das terras indígenas dobraram em comparação com 2018, saltando de 109 para 256, um aumento de 134,9%, segundo o relatório Violência contra os Povos Indígenas do Brasil - dados de 2019, lançado pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi).

Para Ailton Krenak, um dos principais líderes indígenas do Brasil, em entrevista ao mesmo site acima citado, o Estado está em posição contrária, e mesmo as demarcações que deveriam ter ocorrido a mais de 25 anos, conforme aponta a Constituição. Para ele é mais urgente e imprescindível, que haja um fim na pressão que o agronegócio exerce a fim de tomar posse do território habitado por eles. Para Krenak, a concepção e simbologia da terra para os povos originários, não perpassa pelos interesses financeiros, para eles existe uma ligação intimista, coletiva e pelo bem comum do povo.

Para o líder indígena, quando fala sobre a democracia no Brasil, nesse contexto das delimitações territoriais, ele foi enfático ao afirmar,

Estamos vivendo um tempo de tantas falsidades, é uma delas é dizer que vivemos numa situação que se chama democracia relativa ou um estado de direito relativo, no qual o pleno exercício da cidadania fica suspenso, onde as pessoas podem ser aviltadas, ofendidas. E não têm a quem recorrer porque o sistema da justiça não está a serviço do bem comum, ele está cooptado. O aparelho de justiça está cooptado.

Daí, é possível perceber a descrença nas ações democráticas e na execução do papel do Estado neste cenário. Segundo ele, o capitalismo adoece a vida democrática, e afirma que quem opera a justiça no país está na posição de subalternos ao dinheiro. Quando fala dos seus medos em relação aos enfrentamentos que se fazem necessário para tentar combater o avanço desenfreado desse adoecimento que o capitalismo provoca, ele lamenta que a imagem dos povos indígenas é atrelada aos ameaçadores, é mais uma tentativa de invalidar as lutas desses povos. E lembra que a sociedade brasileira é fundamentada nos parâmetros de posicionamentos escravocratas, racistas e preconceituosos. Ele afirma: "Eles dizem que eles toleram. Mas tolerar não é aceitar."

Para ele, para além das questões territoriais, a preservação do meio ambiente é outra questão urgente atrelada ao processo demarcatório, e chama à atenção no que diz respeito às atividades extrativistas e como essas estão e vão afetar ainda mais a existência dos rios, das florestas, do clima e do ecossistema de forma geral. E essa preocupação é muito válida e pertinente, pois para os indígenas a terra é uma extensão de si, todos são uma integralidade, existe uma relação de respeito e familiaridade com a terra.

Como tentativa de estabelecer um discurso mais equânime entre as diversas lideranças indígenas e representantes do governo, ainda em 2019, o Ministério Público Federal (MPF), realizou um diálogo aberto entre as partes na tentativa de ajustar os interesses ao que garante a Constituição num encontro denominado de - Diálogo: Perspectivas dos Direitos Constitucionais Indígenas, na ocasião a Procuradora Geral da República Raquel Dodge, reafirma o lugar do Estado quando se trata de fomentar e garantir os direitos constitucionais dos povos e comunidades indígenas e diz "há muitas normas da Constituição de 1988 que ainda não foram cumpridas", como exemplo, ela cita: "o mandamento constitucional de que, até o ano de 1993, todas as terras indígenas estivessem demarcadas..."

No encontro, é possível perceber os posicionamentos distintos e com interesses completamente diversos quando é claro a percepção que visa o desenvolvimento econômico e do outro, a relação com a terra e com o meio ambiente. Numa dessas falas distintas, pode-se destacar a de Luiz Eloy Amado, indígena do povo Terena e integrante da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), ele ressalta a preocupação com a demarcação, no sentido de já ser um direito garantido, mas que na prática, esbarra na pouca ou falta de ação do Estado. Quando cita a MP 886/2019, ele vai contra ao que estava estabelecido e afirma: "Nós sabemos que o Ministério da Agricultura é afetado sim pelos interesses do agronegócio, que é um dos contrários aos povos indígenas" e complementa "perspectivas do povo indígena, que não é a mesma dos brancos."

Em contrapartida à fala de Luiz, o então Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, afirma que há um excesso de demarcações e de unidades de conservação ambiental, segundo ele, a extensão desses locais dificulta a fiscalização e diz: " Em caso de excessos de demarcações, nós também fragilizamos aquelas que poderiam ter mais foco e mais substância. Toda vez que o conceito é excessivamente aumentado, nós temos uma fragilidade no cerne das questões."

É como se essa fala invalidasse todo processo histórico de lutas, de vidas ceifadas, de enfrentamento e de organização dos povos indígenas, com esse discurso, o então Ministro deslegitima os avanços e os lugares alcançados pelos povos originários.

4 REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DOS POVOS INDÍGENAS NA LUTA PELA TERRA

Não é apenas o corpo indígena que é político, atualmente pode-se perceber a presença dos povos indígenas na vida política é um sinal de que há uma organização e necessidade de representação desses povos nas posições de poder para que suas reivindicações sejam efetivadas.

Sabe-se que, historicamente, o período eleitoral acaba por gerar ainda mais conflitos, ameaças e as situações de violência contra os povos indígenas, mas ainda assim, existem mudanças significativas nesse cenário no sentido de maior participação dessa parcela da população brasileira. Alguns fatores externos contribuíram para o aumento, ainda que pouco expressivo, da presença de índios no cenário político, como por exemplo a recuperação demográfica da maioria dos povos, o aumento da escolarização e do eleitorado indígena, a maior facilidade de acesso às cidades vizinhas e a instalação das urnas eletrônicas em várias comunidades. Essas formas de garantir o acesso e o direito de escolha fizeram com que em 2016, houvesse um salto na representação dos povos originários no âmbito político, nesse ano foram eleitos 169 vereadores, 10 vices prefeitos e 6 representantes em prefeituras em estados diversos do Brasil. Nas eleições municipais de 2020, as candidaturas indígenas cresceram 88%, isso é um reflexo da busca pelo direito à voz, de não se sentir representados nas falas de quem faz leituras equivocadas da forma de vida e da relação dos povos indígenas do a terra, para Bigaira Veloso, uma das 124 candidatas a importância da ocupação desses lugares se dá exatamente por conta desse lugar de fala que muitas vezes é ocupado por quem menospreza e deslegitima as lutas, ela afirma: "temos voz sim, mas como sempre querem nos silenciar, precisamos voltar a esta atuação e ação de combate. Não queremos mais ninguém falando por nós."

Entre as principais pautas dos candidatos representantes e pertencentes aos povos indígenas, estão a demarcação das terras e o reconhecimento dos seus direitos e existência. É uma questão de manutenção das comunidades e de existência, é não é um olhar apenas voltado para as comunidades originárias, as candidaturas indígenas são importantes porque mostram a atenção voltada também aos problemas que são comuns à sociedade como um todo. O maior problema neste caso, segundo Daniel Mundukuru, liderança indígena e doutor em Educação pela Universidade de São Paulo (USP) é “convencer as pessoas que temos condições de atuar no cenário para além da visão estereotipada ou folclórica que a sociedade ainda faz dos indígenas.

O ideal é reafirmar o caráter coletivo dessas candidaturas, especialmente quando ocorrem em municípios próximos às aldeias.” Ele também ressalta a importância da união com outras frentes que são percebidas como minorias sociais, como o movimento negro, por exemplo, ele diz: “Candidaturas coletivas e em união com outros segmentos menos favorecidos – negros, LGBTQIA+, mulheres- podem se estabelecer como pautas para que rompam com o estereótipo e com a negação que normalmente se faz contra os povos indígenas.”

Essa representatividade se faz necessária para que a sociedade entenda a partir de quem tem o poder de se posicionar politicamente, quais são as necessidades dos povos, e qual a forma da organização de vida, da manutenção e fortalecimento da cultura e respeitando a maneira de como eles se organizam socialmente e, a partir daí estabelecer as políticas públicas que os contemplem ser descaracterizar ou ainda mais, descredibilizar o modo de viver e suas relações com a terra, com a comunidade e com a sociedade.

Para Merong Paraxó Hã Hã Hãe Kamakã, que também foi candidato a vereador em Porto Alegre, pela Unidade Popular pelo Socialismo (UP), um dos grandes entraves enfrentados pelas comunidades é a chegada das políticas públicas nesses locais, como por exemplo, os que trabalham vendendo seus artesanatos no centro da capital que tem seu trabalho ameaçado por “esse governo de elite, que só favorece os grandes empresários.” E ainda ressalta, “na minha opinião vejo que o indígena se cansou de ouvir promessas dos brancos e resolveu ele mesmo representar seu próprio povo.”

Como resultado desses posicionamentos, nas eleições municipais de 2020, tivemos ao menos 225 indígenas eleitos para os cargos de vereador, prefeito e vice – prefeito no território brasileiro, esse ano já pode ser visto como um marco para os povos indígenas, considerando apenas os números oficiais do TSE, houve um aumento de 11%, quando se compara ao ano de 2016, como mostra o quadro atualizado pelo Instituto Socioambiental (ISA).

Resultados das Eleições 2020 para os povos indígenas

Atualizado pelo Instituto Socioambiental (ISA) até às 16h15 de 19/11/2020

Estado	Prefeitos	Vice-prefeitos	Vereadores	Total	Total %
AM	1	2	37	40	17,7
PB	1	1	17	19	8,4
PE	1	1	15	17	7,5
RR	2	3	10	15	6,6
BA	0	0	15	15	6,6
RS	1	0	13	14	6,2
MS	0	0	13	13	5,7
AC	1	2	9	12	5,3
MT	0	0	11	11	4,8
MG	1	1	8	10	4,4
PA	0	1	8	9	4
MA	0	0	8	8	3,5
SC	1	0	6	7	3,2
TO	0	0	6	6	2,6
PR	0	0	5	5	2,2
AL	1	0	4	5	2,2
CE	0	0	4	4	2,2
SP	0	0	4	4	2,2
RO	0	0	4	4	2,2
AP	0	0	3	3	1,3
RN	0	0	1	1	0,4
GO	0	0	1	1	0,4
ES	0	0	1	1	0,4
PI	0	0	1	1	0,4
	10	11	204	225	100

Fonte:

Instituto Socioambiental.

13

Esses números evidenciam que os grupos das populações indígenas estão em constante organização para pleitear o que é seu por direito, o uso e permanência da terra, que é garantido por lei, mas que ainda assim é um direito sob ameaça, sinaliza a sede por representações que expressem exatamente quais são os sentimentos no que diz respeito aos territórios ocupados e aqueles que ainda estão em disputa, sinaliza também a necessidade de serem olhados com mais empatia e respeito, não apenas com o solo onde habitam e seus corpos, que já são políticos por existência, mas sim, respeito ao direito de existir conforme suas tradições, cultura, credo, religiosidade e modo de vida escolhidos por eles.

5 TERRAS DEMARCADAS EFETIVAMENTE PELO DIREITO CONSTITUCIONAL DE 1988

A partir de 1973 houve muitos decretos endossando demarcações de terras indígenas. Na atualidade o decreto em vigor é: Decreto n. 1.775, de 08.01.1996, editado após a promulgação da Carta Magna de 1988 e juntamente a Portaria MJ nº 14, de 09.01.1996, trazendo a regulação do relatório de identificação

e delimitação de Terras Indígenas. Para o jurista, Robério Nunes dos Anjos Filho, o balanço das demarcações é positivo no período pós-1988.

Em março de 2008, a FUNAI repassou à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que existia 615 (atualmente são 672) nas seguintes condições: 399 regularizadas, 45 declaradas, 112 em estudo, 18 encaminhadas RI, 23 homologadas e 18 delimitadas (ANJOS FILHO, 2008, p.10). Analistas das questões indígenas observam que há muito a ser feito para que o direito desses povos seja aplicado efetivamente, apesar dos avanços conquistados após a promulgação da Constituição de 1988.

O mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rafael Bezerra de Souza, enfatiza o pensamento do Ministro Luís Roberto Barroso, referente ao mérito administrativo do Poder Judiciário: “concretizar um direito fundamental significa dar efetividade a esse direito, ou seja, concretizar é dar a materialização da norma no mundo dos fatos”, verdadeiro ato concreto da função social do direito. O ministro prossegue: “a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o ‘dever ser’ normativo e o ‘ser’ da realidade social (apud BARROSO, 1996, p. 83), assim, direitos fundamentais, no caso dos povos indígenas, podem ser respeitados nas esferas da mais alta Corte do país.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos indígenas são garantidos pelas constituições brasileiras e mais especificamente na Constituição Federal de 1988. O principal objetivo dos povos indígenas é apossar-se das suas terras garantidas pelo Direito Originário, pois são eles, os primeiros habitantes do Brasil. Ainda há muitos entraves para que seus sonhos sejam alcançados. A disputa das terras indígenas e suas riquezas é o cerne da questão; por causa do desenvolvimento econômico e dos interesses do Agronegócio e de setores afins. Certamente a riqueza mais disputada é a água.

A Amazônia possui em toda sua bacia hidrográfica cerca de 60% de toda a água doce do mundo (ANJOS FILHO, 2009, p.654), e é óbvio que boa parte das terras indígenas ficam nessa região; fazendo ascender a cobiça dos não índios pelas riquezas e pela exploração dos potenciais energéticos advindos dessas terras. Certo é que os povos originários têm visões diferentes no usufruto da terra. Se importam mais com a ancestralidade e com o antigo modo de viver dos seus antepassados; por isso, preservam a terra e querem conservar o meio ambiente sem exploração desmedida. Eles não são adeptos do desmatamento, construção de barragens, ação de garimpeiros e

madeireiros e outros de tipos de exploração comercial, atendendo a interesses do mundo globalizado e capitalista.

Para Ailton Krenak, o Estado brasileiro já deveria ter concluído as demarcações das terras indígenas, a mais de 25 anos. Como ele disse: “tolerar não é aceitar”; sua fala tem fundamento, pois, a quinhentos anos, o povo indígena luta pela terra e pelo usufruto exclusivo dela, conforme nossas constituições anteriores declararam, e especificamente pela nossa “Constituição Cidadã”. Ela foi elaborada com os ideais da dignidade da pessoa humana, sem distinção de raça, cor ou preconceito de qualquer espécie. Convém que os legisladores atentem mais para a questão indígena com mais humanidade e menos burocracia e com ações conjuntas da União, do Congresso Nacional, da FUNAI e do Ministério Público, prime-se pela demarcação, delimitar as fronteiras e a devolução das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários do Brasil: os índios.

Os representantes dos povos indígenas veem com intensa preocupação os projetos que tramitam no Congresso nacional, sendo que versam sobre a liberação de exploração econômica das terras indígena, apesar de a Constituição garantir a consulta prévia das comunidades afetadas. Sabe-se que os interesses do agronegócio são de montantes consideráveis na composição do PIB (Produto Interno Bruto) do Brasil e que a bancada ruralista tem peso nas decisões políticas na capital do país. Necessário se faz, que a mais alta Corte do país, o STF, intervenha, utilizando a ponderação na questão do usufruto das terras indígenas. O ideal seria que virássemos essa página tão triste de negação de direitos e se efetivasse na prática a demarcação de todas terras que pertencem aos indígenas desde tempos remotos. Mas, isso é utopia! Há quem diga que serão necessários mais quinhentos anos para os índios se apossarem de suas terras. Espera-se que tais prognósticos não sejam verdadeiros.

No começo de nossa História eram mais de 6 milhões de índios. Na atualidade um pouco mais 800 mil, é possível que haja um maior contingente, tudo é estimado; alguns se misturaram tanto, que não sabem mais sua identidade. Em muitas famílias brasileiras é forte a miscigenação, isso é inegável. E esses aspectos também se devem às questões territoriais, pois sem terra não há história, não pode ser plantado e regado a ancestralidade que é de suma importância para a manutenção do modo de vida dos indígenas, negar a posse da terra, é negar também a continuidade do que foi construído e alicerçado em bases não só históricas mais também humanitárias.

Aos povos originários, mesmo com tantas atrocidades que ocorreram ao longo desse período onde a luta pela demarcações se estendem, cabe a permanência na briga para que esses direitos que a Constituição garante sejam efetivados e respeitados pelos órgãos que insistem em ignorar o que está descrito na Lei suprema da organização do Estado. Pois, não se trata apenas de espaço, é sim de um lugar vital para permanência da

cultura, modo de vida, espiritualidade, religiosidade e sobretudo, ligação e cuidado com o meio ambiente, é aqui é válido lembrar, que os não índios também dependem da natureza para sobreviver. Logo, o compromisso é de todos! O pesquisador Robério Nunes dos Anjos Filho, relembra a necessidade de respeitar os povos indígenas e o seu direito às suas terras para o seu completo desenvolvimento e manutenção da sua própria cultura. Eles têm completa devoção pelo meio ambiente, por isso, cuidam e não destroem. Vale a pena pensarmos acerca do seu modo simples de viver e de cuidar da terra.

Os indígenas brasileiros, quem sabe, gostariam de contar uma nova história nos próximos anos. E para isso, é necessário uma junção e empenho de todas as ditas minorias em prol de auxiliar e fortalecer essa causa indígena, já que segundo algumas lideranças, aqui podemos citar a Sônia Guajajara, não haverá recuo, eles não irão retroceder no que se refere à luta pela demarcação, cabe à sociedade se mobilizar para agregar a essa causa, já que o Brasil é um Estado democrático e o direito já está garantido por lei, só resta ser efetivado na prática. A União é imprescindível para que todas as terras indígenas sejam demarcadas e suas comunidades desfrute de uma vida próspera com tranquilidade e segurança. A dignidade da pessoa humana é o princípio básico da nossa Constituição Cidadã.

REFERÊNCIAS

AGENCIA SENADO- SENADO FEDERAL. MP volta a transferir demarcação de terras indígenas para o Ministério da Agricultura. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/19/mp-volta-a-transferir-demarcacao-de-terras-indigenas-para-o-ministerio-da-agricultura>> Acesso em 25.11.2020.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v.2, n. 8, p. 93-130, 2008.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Gilberto Bercovici. São Paulo, 2009.

ARAÚJO, Alana Samara Dias. O direito originário dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e os impactos da PEC 215/00. Âmbito Jurídico, 2017.

Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-originario-dos-povos-indigenas-sobre-as-terras-que-tradicionalmente-ocupam-e-os-impactos-da-pec-215-00/>>. Acesso em 27.11.2020.

ARROYO, Priscilla. Aílton Krenak: a mentira e a manipulação colocam a vida das pessoas íntegras em risco. De olho nos ruralistas. Disponível em: <<https://deolhonosruralistas.com.br/2019/06/19/ailton-krenak-a-mentira-e-a-manipulacao-colocam-a-vida-das-pessoas-integras-em-risco/>> - Acesse em 25.11.2020.

CALVACANTE, Thiago Leandro Vieira. “ Terra Indígena”: Aspecto históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. Resista História(São Paulo), v.35, e75, São Paulo , 2016.

CUNHA, Manuela Carneiro da. O futuro da questão indígena: Estudos Avançados, vol. 8, n. 20, São Paulo, 1994. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40141994000100016>>. Acesso em 25/11/2020.

DAMBRÓS, Cristiane. Contexto histórico e institucional na demarcação de terras indígenas no Brasil. Revista NERA, v. 22, n. 48, p. 174-189, Dossiê Território em Movimento, 2019. Disponível em: <<file:///C:/Users/Login/Downloads/6371-23050-1-PB.pdf>>. Acesso em 02.12.2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012, Os indígenas no Censo Demográfico 2010, primeiras considerações com base no quesito cor e raça. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<https://indigenas.ibge.gov.br/estudos-especiais-3.html>>. Acesso em 02.12.2020.

LACERDA, Rosane. Direitos indígenas. Conselho indigenista Missionário, 2020. Disponível em: <<https://cimi.org.br/direitos-indigenas/>>. Acesso em 25.11.2020.

FERNANDES, Sarah, invasões de terras indígenas dobram no primeiro ano de governo Bolsonaro. De olho nos ruralistas. Disponível em: <<https://deolhonosruralistas.com.br/2020/09/30/invasoes-de-terras-indigenas-dobram-no-primeiro-ano-de-governo-bolsonaro/>> - Acesso em 25.11.2020.

FUNAI – FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Participação Indígena na construção de políticas públicas. Fundação Nacional do Índio, 2020. Disponível em:

<<http://www.funai.gov.br/index.php/participacao-indigena-na-construcao-de-politicas-publicas>>. Acesso em 02.12.2020.

Portal da constituição cidadã. Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes-Brasileiras/constituicao-cidada>>. Acesso em 25.11.2020.

PUTTI, Alexandre. Bolsonaro: “enquanto eu for presidente não tem demarcação de terra de índio. Carta Capital. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-enquanto-eu-for-presidente-nao-tem-demarcacao-de-terra-indigena/>> - Acesso em 25.11.2020.

SANTOS, Lília Teixeira. A função social dos Direitos Humanos: cidadania e desenvolvimento na democracia do Estado Brasileiro: coordenação de Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho e Manoel Jorge e Silva Neto, COPENDI, Salvador, 2018. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/0ds65m46/n03e5rj0/lj14cngWouD46rPn.pdf>>. Acesso em 27/11/2020.

SANTILLI, Márcio. Eleições municipais são desafio para povos indígenas. Instituto Socioambiental, 2020. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/eleicoes-municipais-sao-desafio-para-povos-indigenas>>. Acesso em 04.12.2020.

SCHRÖDER, Peter. Povos indígenas no Brasil: São Paulo: ISA, 2018. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Guajajara>>. Acesso em 02/12/2020.

SPEZIA, Adivalné. “Por que quem invade terras indígenas não é tratado como terrorista?” questiona Sônia Guajajara em evento do MPF. Conselho indigenista Missionário, 2019. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2019/01/por-que-quem-invade-terras-indigenas-nao-e-tratado-como-terrorista-questiona-sonia-guajajara-em-evento-do-mpf/>>. Acesso em 25.11.2020.

VIEIRA, Tiago Leandro. “Terra indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. História. São Paulo: FAPESP, v.35, e.73,2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742016000100501&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em 01/12/2020.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)

Marco Aurélio da Silva Thompson¹⁹⁵

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo estudar o direito ao esquecimento à luz dos Direitos e Garantias Fundamentais conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), incluindo as alterações propostas pela Lei 13.853/19 que altera a LGPD e dá outras providências. Na busca por esse objetivo iniciaremos questionando se o direito ao esquecimento é um direito de todo cidadão, como as novas tecnologias da informação e comunicação trouxeram para o Direito essa discussão, o que diz a Constituição Federal de 1988 sobre o assunto no tocante aos Direitos e Garantias Fundamentais e como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais se propõe a contribuir para a solução jurídica dos conflitos envolvendo essa questão.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Garantias e Direitos Fundamentais. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

1 INTRODUÇÃO

Partindo de uma situação hipotética, se a longevidade do ser humano tivesse permitido que um dos personagens bíblicos mais conhecidos, o apóstolo Judas Iscariotes, ainda estivesse vivo, ele teria direito ao esquecimento?

Mexendo um pouco na linha do tempo, mas ainda considerando uma suposta longevidade ampliada da vida humana, se Adolf Hitler (1889-1945) ainda estivesse vivo, ele teria direito ao esquecimento?

Podemos ser um pouco mais realistas e usar como exemplo um hipotético, mas plausível, caso de estupro de vulnerável conforme previsto no Código Penal: “Art. 217-

¹⁹⁵ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). (mthompson@ufba.br)

A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos (BRASIL, 1940)”.

Em um cenário em que já se passaram mais de vinte anos e o réu foi inocentado após recorrer da sentença, haverá ao alcance de uma busca na internet informações relacionadas a condenação e a absolvição, entretanto essas informações não necessariamente estarão na mesma página que registrou o fato e talvez nem mesmo na mesma página com os resultados da pesquisa.

No que depender dos algoritmos dos serviços de indexação das páginas da Web o resultado da pesquisa tanto pode destacar a condenação quanto a absolvição após recurso. Seria cabível, ao nosso fictício e inocentando réu, ter direito ao esquecimento? E a vítima? Caberia a ela igualmente esse direito? Como caso concreto podemos recorrer a Canotilho; Mendes et al (2013) com a descrição de um caso análogo:

Recurso Especial n. 1.334.097, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, em que, em nome do direito ao esquecimento, se condenou rede de televisão a indenizar indivíduo que fora processado e absolvido por envolvimento na “Chacina da Candelária”, em razão da exibição de programa que revelara seu nome e imagem, pontando-o (sic) como um dos envolvidos na dita chacina.

Tudo indica que o nosso fictício estuprador inocentado teria o mesmo direito ao esquecimento, mas na mesma obra encontramos outro caso com outra decisão:

Recurso Especial n. 1.335.153, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013, em que se rechaçou pretensão indenizatória, baseada no direito ao esquecimento, de irmãos de vítima de rumoroso homicídio ocorrido em 1958, narrado em programa televisivo. Assentou-se que seria impossível, na hipótese, retratar o fato histórico sem alusão à vítima do crime.

Quem decide quem tem e quem não tem direito ao esquecimento? Qual sua previsão legal? O direito ao esquecimento integra os Direitos e Garantias Fundamentais?

2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Comparando a história da humanidade como uma peça teatral podemos identificar os seguintes atos:

- a. Ato I – Os caçadores coletores.

- b. Ato II – Os agricultores.
- c. Ato III – Os industriais.
- d. Ato IV – O *Homo Informaticus*.

Cada um desses atos predominou em determinada época, mas apesar disso ainda é possível encontrar grupos sociais em cada um deles.

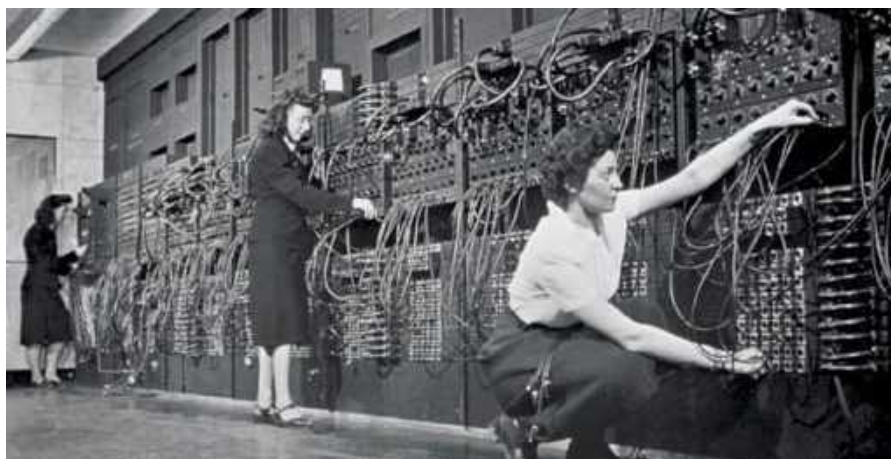
O que nos interessa para explicar a relação do Direito com a sociedade da informação e desta com o direito ao esquecimento é o *Homo Informaticus*, um neologismo que vem sendo usado para explicar a informática como parte integrante da cultura humana desde a globalização.

A Globalização é um fenômeno decorrente dos avanços nas Tecnologias da Informação e Comunicação e na logística de nível mundial. O embrião da globalização como a conhecemos teve início após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), ocasião em que houve pesados investimentos na logística e nas comunicações.

As micro-ondas por exemplo, apesar de terem sido descobertas em 1864, se popularizam nos radares da Segunda Guerra Mundial e, no pós guerra, foram aproveitadas nos satélites, fornos de micro-ondas, telefones sem fio e celulares.

Da mesma forma os computadores, deixaram de ser imensas estruturas eletromecânicas na década de 1950 para se tornarem estruturas miniaturizadas, colocando nas mãos de qualquer pessoa, na forma de smartphone, mais poder de processamento do que o usado para levar o homem à Lua.

Figura 1 – Em 1946 o ENIAC se torna o primeiro computador digital eletrônico.



Fonte: <https://img.ibxk.com.br/2018/10/30/pessoas-trabalhando-30095843913010.jpg>

As TICs propiciaram o surgimento de uma sociedade informatizada, descrita como Sociedade da Informação¹⁹⁶. Essa nova configuração da sociedade trouxe um desenvolvimento muito mais acelerado do que as tecnologias que a precederam.

¹⁹⁶ <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2>

Uma criança nascida nas primeiras décadas do Século XX compartilharia com seus filhos e netos o gosto pelo rádio até o final da década de 1950. A tecnologia de comunicação substituta, a televisão, só se popularizou a partir da década de 1970.

Os nascidos nessa época, conhecidos por Geração X¹⁹⁷, compartilharam com seus filhos a TV como fonte de informação e entretenimento até a virada do Século, incluindo o videocassete, o ritual da ida até a videolocadora nos finais de semana, mas se distanciaram na música, com o CD e o MP3 substituindo o antigo disco de vinil.

O maior impacto social causado pelas TICs se deu a partir da virada do Século, começando pela popularização da banda larga, a chegada do primeiro smartphone, seguida pelo império dos aplicativos.

As novas gerações, conhecidas por Y ou *Millennials* e Z, estão muito distantes tecnologicamente dos seus pais. São gerações muito dependentes das TICs e as mais impactadas em todos os sentidos, principalmente no Direito e na Economia.

A informação passou a ter um valor que, ou não existia antes ou não era percebido ou não havia a infraestrutura para que ela pudesse ser explorada. Podemos perceber isso quando comparamos o valor das ações e de mercado de empresas como a Vale e a Petrobrás com outras cujo serviço está relacionado a informação.

O maior ativo da Sociedade da Informação é a informação e entre as empresas mais rentáveis do mundo estão aquelas que de alguma forma são envolvidas com as TICs.

A Google por exemplo, disponibiliza inúmeros serviços sem custo aparente para o consumidor final, isso porque o consumidor, na verdade seus dados, estão sendo usados como forma de pagamento pelos serviços prestados pela empresa.

Nessa pesquisa realizada no site WolframAlpha podemos verificar que pelo valor de mercado da Google seria possível adquirir a Petrobras e a Vale e ainda sobriariam 76,85 bilhões de dólares:

Figura 2 – Pesquisa no site WolframAlpha.

¹⁹⁷ Filhos dos Baby Boomers, a Geração X nasceu entre 1960 e 1980.

Sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies. Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social. São apenas três exemplos. Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para alguns autores, a Magna Carta de João Sem Terra (1215)¹⁹⁸ é o marco histórico dos direitos fundamentais. Segundo os historiadores, esse rei inglês se viu acuado por súditos descontentes com impostos exorbitantes e se viu ele mesmo obrigado a restringir o poder real, no citado documento que passou a reconhecer uma série de direitos à população. Algo inexistente até então.

Um marco histórico mais recente é a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹⁹, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro 1948. Essa é mais uma herança da Segunda Guerra Mundial, além dos avanços nas TICs citados anteriormente.

Sob o assunto, lemos em Canotilho; Mendes et al (2013):

Introduz a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, sendo a primeira Constituição brasileira a consagrar, dentre os princípios a reger o Brasil no plano internacional, o princípio da prevalência dos direitos humanos. [...] Uma breve análise sobre a evolução constitucional brasileira mostra que a CF 88, inspirada principalmente no constitucionalismo alemão, português e espanhol, foi a primeira a lançar mão da expressão genérica direitos e garantias fundamentais, abrangendo as diversas espécies de direitos (individuais e coletivos, sociais, nacionalidade, direitos políticos), o que aproxima o direito constitucional positivo pátrio da tendência dominante no âmbito do direito comparado, especialmente a partir da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949. [...] No âmbito da teoria constitucional dos direitos fundamentais, também no Brasil tem sido recepcionada a noção de que a função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, já que também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico. Em outras palavras, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos

¹⁹⁸ <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf?sequence=1>

¹⁹⁹ <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais.

Os Direitos Fundamentais aparecem na Constituição Federal de 1988 em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos, cujo destaque para nosso propósito recai sobre o Art. 5º Inciso X conforme expresso em Brasil (1988) “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

Antes de prosseguirmos se faz necessário diferenciar Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais. Os Direitos Fundamentais são prerrogativas conferidas pela constituição ao seu povo e as Garantias Fundamentais são os instrumentos que protegem os direitos fundamentais. É uma forma de proteção contra a violação dos Direitos Fundamentais pelo próprio Estado e incluem o Habeas Corpus²⁰⁰, Habeas Data²⁰¹, Mandado de Segurança²⁰², Mandado de Injunção²⁰³ e Ação Popular²⁰⁴. Os chamados Remédios Constitucionais.

O que são, na verdade, os direitos fundamentais e como eles se aplicam ao direito ao esquecimento? Podemos avançar em direção a essa definição começando por elencar as características consagradas pela doutrina e jurisprudência.

Figura 3: Características dos direitos fundamentais

²⁰⁰ Ação judicial com o objetivo de proteger o direito de liberdade de locomoção lesado ou ameaçado por ato abusivo de autoridade.

²⁰¹ Ação que assegura o livre acesso de qualquer cidadão a informações a ele próprio relativas, constantes de registros, fichários ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

²⁰² Remédio constitucional utilizado de forma subsidiária para garantir direitos

²⁰³ Remédio constitucional destinado a sanar a ausência, total ou parcial, de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania

²⁰⁴ Meio processual a que tem direito qualquer cidadão que deseje questionar judicialmente a validade de atos que considera lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural

CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

<p>1 – UNIVERSALIDADE: Para todo e qualquer ser humano.</p> <p>2 – IMPRESCRITIBILIDADE: Têm caráter eterno.</p> <p>3 – INDIVIDUALIDADE: Podem ser exercidos por apenas um indivíduo.</p> <p>4 – COMPLEMENTARIDADE: Interpretados em conjunto, não existe hierarquia.</p> <p>5 – INVIOABILIDADE: Não podem ser descumpridos.</p> <p>6 – INDISPONIBILIDADE: Não podem ser renunciados.</p> <p>7 – INALIENÁVEIS: Estão fora de comércio.</p> <p>8 – INDIVISIBILIDADE: Não podem ser divididos.</p>	<p>9 – INTERDEPENDÊNCIA: Estão vinculados uns aos outros.</p> <p>10 – INTER-RELACIONARIEDADE: Se inter-relacionam permitindo que seja escolhidos entre os mecanismos de defesa Global ou Regional.</p> <p>11 – HISTORICIDADE: Desenvolvimento histórico e cultural.</p> <p>12 – IRRENUNCIABILIDADE: Não podem ser objeto de renúncia.</p> <p>13 – VEDAÇÃO DO RETROCESSO OU REGRESSO: Não permite retrocesso para limitação de direito.</p> <p>14 – EFETIVIDADE: O Estado deve garantir a efetivação.</p> <p>15 – LIMITABILIDADE: Podem ser limitados em situações excepcionais previstas nas legislações.</p>
---	--

Fonte: Google Imagem, 2020.

Apesar de os direitos fundamentais e direitos humanos serem referenciados como sinônimos, podemos diferenciá-los considerando direitos humanos como um aspecto supranacional, pois todos os países devem promovê-los e protegê-los, enquanto os direitos fundamentais possuem um aspecto nacional, sendo reconhecidos pela constituição de cada país como os mais importantes.

Autores divergem quanto a conceituação de direitos fundamentais, conforme sugere Dimoulis (2012):

Muitas têm sido as expressões utilizadas para identificar “direitos fundamentais” (inclusive pela própria Constituição brasileira de 1988), não sem gerar certa confusão conceitual: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos civis (Thomas Paine, em 1791), liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. Também é comum certa variação conceitual relacionada à categoria dos direitos fundamentais. Ambos os fenômenos estão diretamente relacionados à relevância da matéria, que leva inúmeros autores, com a formação mais variada possível, a se debruçar sobre o tema e elaborar suas próprias concepções.

Ainda segundo o autor, os Direitos Fundamentais são um “Conjunto de direitos pertencentes ao homem e positivados constitucionalmente, devendo-se incluir os direitos individuais, sociais, econômicos, culturais e coletivos.”.

Não poderíamos encerrar essa breve introdução sem antes citar as três gerações de direitos fundamentais:

- a. A dos direitos individuais e políticos que exprimem os ideais de liberdade;
- b. A dos direitos sociais, econômicos e culturais que exprimem os ideais de igualdade; e
- c. A dos direitos de solidariedade internacional que exprimem os ideais de fraternidade.

4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Começamos nossa narrativa com casos hipotéticos, mas com potencial para causar dano psicossocial aos envolvidos. Seja a vítima ou o agressor, nos parece punição excessiva deixar ao alcance de uma busca na internet *ad infinitum* informações sobre o passado.

Essa problemática não era evidente até mesmo nos primeiros anos da internet comercial, que começou no Brasil em dezembro de 1994²⁰⁵ pela Embratel. Isso porque, nas décadas de 1980 e 1990 não existia o smartphone, uma invenção apresentada ao público pelo visionário Steve Jobs (1955-2011) em 2007²⁰⁶. O que a geração Baby boomer e X fazia era fotografar usando filmes que precisavam ser revelados, filmar usando fitas de VHS e não era comum se gravar ou fotografar o tempo todo. Havia um custo, um conhecimento e um tempo envolvido. Isso não existe mais. Qualquer inteligência mediana atualmente consegue fazer fotos, registrar em vídeo o que está fazendo e compartilhar na internet, uma rede mundial de computadores. Tudo isso com pouquíssimo conhecimento tecnológico e a baixíssimo custo.

Em se tratando de conteúdo multimídia, as gerações passadas não produziram tanto material e como ainda não havia a internet por banda larga, uma facilidade da virada do Século que só se popularizou dez anos depois, também não havia o risco ocasionado pela produção constante de conteúdo, riscos de conteúdo sensível ser acessado e compartilhado e da superexposição nos grupos e redes sociais.

Diferente das gerações atuais, a Z e Y, os nascidos na virada do milênio e os nascidos na internet, desde os primeiros anos alimentam a rede de forma voluntária e involuntária, com conteúdo do qual podem se arrepender depois e com dados pessoais sem suspeitarem de que eles estão sendo capturados.

A problemática sobre a qual estamos discutindo diz respeito a perda do controle do que se publica e do uso que fazem do que está sendo publicado. A personalidade das pessoas muda com a experiência e até por questões biológicas, com o passar dos anos.

²⁰⁵ <https://homepages.dcc.ufmg.br/~mlbc/cursos/internet/historia/Brasil.html>

²⁰⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=9ou608QQRq8>

Um adolescente vítima de bullying²⁰⁷ geralmente teria esquecido o assunto após alguns anos, mas se for transformado em meme compartilhado infinitamente na internet, estará diante de uma lembrança com grande potencial para causar danos psicossociais.

Um caso emblemático ocorreu em 2002 quando um jovem de apenas 15 anos foi filmado simulando uma luta de sabres de luz no estilo da franquia Star Wars. Inicialmente o vídeo foi compartilhado apenas entre os alunos da escola que frequentava, mas um ano depois foi parar na internet e viralizou, sendo assistido por milhões de pessoas ao redor do mundo, (re)editado e transformado em meme cuja repercussão foi tão grande que a cena foi incluída em um especial do desenho animado Família da Pesada (Family Guy). A história do Star Wars Kid está registrada no museu do meme²⁰⁸ e tudo indica que ficará lá para sempre.

Figura 4 - Star Wars Kid em um especial do desenho Family Guy.



Fonte: Google imagem, 2020.

Provavelmente se o episódio ocorresse hoje, o Star Wars Kid capitalizaria a exposição para monetizar em um canal do Youtube, mas nem todo vazamento é passível desse tipo de monetização, principalmente quando está relacionado ao vazamento de fotos íntimas, as chamadas *nudes*.

A modelo Daniella Cicarelli até hoje é lembrada por um vídeo em que aparece supostamente tendo relações sexuais com o namorado em uma praia na Espanha. O episódio ocorreu em 2006 e quatorze anos depois ainda é possível assisti-lo ou ler sobre o assunto em uma das quase 60 mil páginas indexadas pelo Google²⁰⁹. Até quando essa informação estará lá?

²⁰⁷ Bullying é a prática de atos violentos, intencionais e repetidos contra uma pessoa indefesa, que podem causar danos físicos e psicológicos às vítimas. O termo surgiu a partir do inglês *bully*, palavra que significa tirano, brigão ou valentão, na tradução para o português.

²⁰⁸ <https://www.museudememes.com.br/sermons/star-wars-kid/>

²⁰⁹ <https://www.google.com/search?q=daniela+cicarelli+praia+transando>

Apesar de a modelo ter recebido uma vultosa indenização após ação movida contra a empresa Google, a mesma sorte não tem as pessoas com menor poder aquisitivo com muito mais a perder com esse tipo de exposição.

Algo parecido ocorreu com a atriz Carolina Dieckmann que teve fotos íntimas vazadas e compartilhadas na internet em 2012. A atriz, que revelou em entrevista²¹⁰ concedida ao site G1 em maio do mesmo ano, que nunca havia posado nua em respeito ao filho de 13 anos na época, inesperadamente viu as fotos que ela mesma fizera em um momento íntimo que queria compartilhar com o então namorado, serem compartilhadas milhares de vezes na internet.

Figura 5 – Um dos memes que circulou após a superexposição das fotos da atriz.



Fonte: Google imagem, 2020.

Como este episódio aconteceu algum tempo depois do escândalo com a modelo Daniella Cicarelli, a Google tomou a iniciativa de restringir o acesso ao material vazado, tornando-o invisível em suas ferramentas de busca. Apesar disso, a Google não detém o controle da internet mundial e as tais fotos ainda estão disponíveis para quem souber realizar buscas avançadas, fazer consultas a partir de outras ferramentas de busca ou pesquisar na internet não indexada, a Deep Web.

A comoção em torno do episódio acelerou a aprovação de legislação pertinente ao caso e fez surgir a Lei 12.737/2012²¹¹, que ficou conhecida como Lei Carolina Dieckman, dispondo sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; alterando os artigos 154-A, 154-B, 266 e 298 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dando outras providências.

²¹⁰ <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2012/05/carolina-dieckmann-fala-pela-1-vez-sobre-roubo-de-fotos-intimas.html>

²¹¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm

Apesar de a Lei 12.737/2012 tratar exclusivamente do delito informático, a dificuldade para remover em curto espaço de tempo o material vazado contribuiu para as discussões das leis subsequentes relacionadas ao direito ao esquecimento.

Direito à intimidade é aquele que preserva o ser humano da sua vida particular e seus pensamentos mais secretos do conhecimento de outras pessoas e do Estado. E é nesse contexto que o Direito passou a considerar a necessidade de intervir nos casos em que o indivíduo seja exposto indefinidamente em situação vexatória, criando uma espécie de pena perpétua para crimes que às vezes sequer foram praticados.

Apesar de enfatizarmos as TICs como potencializadoras da superexposição e dos pedidos de esquecimento em meio digital, podemos ler em Luz (2019) que “o direito ao esquecimento já vem sendo estudado há algumas décadas, sem muito alarde, e seus fundamentos pareciam bem consolidados a partir da famosa decisão do Caso Lebach, ocorrido na Alemanha dos anos 1960.”

O tema ainda é pouco estudado, mas sua importância vai se revelando nas poucas obras sobre o assunto que têm se tornado referência, incluindo uma compilação do Supremo Tribunal Federal (2017) que elenca as seguintes palavras-chave em pesquisas indexadas:

- a. Direito ao esquecimento
- b. Direito à intimidade
- c. Liberdade de informação
- d. Liberdade de expressão
- e. Direitos da personalidade.
- f. Princípio da dignidade da pessoa humana
- g. Direito à própria imagem
- h. Honra

Mais adiante veremos como esse caso da década de 1960 influenciou a discussão e posterior criação da legislação específica de proteção aos dados pessoais, mas antes vejamos o que nos diz Luz (2019):

Entre essas variadas formas, concentra-se inicialmente no tema da privacidade e em sua relação com o esquecimento, até porque, como se verá no estudo de casos clássicos, as primeiras formulações desse direito estavam relacionadas ao valor da privacidade em sua acepção primeva como “o direito de ser deixado em paz”, havendo ainda outros autores que vislumbrem na autodeterminação informativa um desdobramento hodierno da privacidade, o fundamento

contemporâneo do direito ao esquecimento. Para Joana Machado e Sergio Negri, “as diversas dimensões históricas da privacidade representam respostas ao desenvolvimento das tecnologias de comunicação”. Essa é uma premissa a ser seguida até se chegar na sociedade informacional. O objetivo desse estudo é o de responder a indagação: qual é a relação da privacidade com o direito ao esquecimento? [...] A privacidade se encontra em uma região de penumbra, tratando-se de um conceito jurídico indeterminado tal qual a dignidade da pessoa humana, o interesse público, a justiça, entre outros. O grande malefício dessa falta de clareza no conceito é a dificuldade de formulação de políticas públicas e a resolução de casos práticos, muitas vezes deixando definição e delimitação do que seja a privacidade na mão de juristas (tanto doutrinadores quanto juízes) – o que pode gerar verdadeira insegurança jurídica.

5 A LGPD

Um caso emblemático considerado o estopim da discussão para posterior criação das leis visando a proteção dos dados pessoais, se deu a partir da decisão proferida pela Corte Europeia em 2014 envolvendo o Google e o espanhol Mario Costeja González. A questão, aparentemente banal, dizia respeito a exposição de seus dados pessoais no buscador Google relacionando-o a uma situação já resolvida, mas como os dados foram exibidos sem tratamento, sugeriam que dez anos após o ocorrido, a situação permanecia a mesma.

A banalidade do caso não desobrigou os legisladores e demais envolvidos terem que discutir conceitos e fundamentos do Direito na Sociedade da Informação.

Além do caso Gonzáles, a insegurança da internet propiciou sucessivos vazamentos de dados pessoais tutelados por empresas e governos ao redor do mundo, chegando ao cúmulo de quase toda a população do Equador ter seus dados vazados²¹², o que aconteceu também com todos os habilitados no Brasil até 2019, que tiveram seus dados vazados devido a uma falha de segurança no Detran do Rio Grande do Norte²¹³.

O encrudescimento da legislação relacionada aos direitos fundamentais, incluindo a privacidade e dignidade, de certa forma protege o cidadão de ter sua vida devassada por buscadores como o Google. Apesar dessa proteção, estas bases de dados continuam sendo distribuídas e/ou comercializadas em sites de leilão e também na Deep Web, uma internet não indexada cujo acesso depende de um navegador específico, o Tor²¹⁴.

²¹² <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/vazamento-de-dados-atinge-quase-toda-populacao-do-equador.html>

²¹³ <https://olhardigital.com.br/2019/10/08/noticias/exclusivo-detrans-vaza-dados-pessoais-de-quase-70-milhoes-de-brasileiros/>

²¹⁴ <https://www.torproject.org>

A Lei Geral de Proteção de Dados segue os passos da sua irmã europeia, a RGPD ou Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, cujo propósito é descrito exemplarmente em Pinheiro (2020):

Lei n. 13.709/2018 é um novo marco legal brasileiro de grande impacto, tanto para as instituições privadas como para as públicas, por tratar da proteção dos dados pessoais dos indivíduos em qualquer relação que envolva o tratamento de informações classificadas como dados pessoais, por qualquer meio, seja por pessoa natural, seja por pessoa jurídica. É uma regulamentação que traz princípios, direitos e obrigações relacionados ao uso de um dos ativos mais valiosos da sociedade digital, que são as bases de dados relacionados às pessoas. [...] O espírito da lei foi proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais, que passa a ter que cumprir uma série de princípios, de um lado, e de itens de controles técnicos para governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo a categoria de dados sensíveis.

É importante destacar que a LGPD é uma norma técnica, por outro lado, a previsão de pesadas multas e punições das empresas que descuidarem da cibersegurança, deve contribuir para que os vazamentos involuntários ocorram com menor frequência. Isso porque, muitos dos vazamentos que posteriormente originam os pedidos de remoção e/ou esquecimento, nem sempre quem deu causa foi quem teve os dados vazados ou exposição indevida na internet.

E mesmo nos casos em que o indivíduo tenha compartilhado partes constrangedoras de sua vida, é preciso reconhecer o direito ao arrependimento e remoção ou, no mínimo, dificultar o acesso a esses dados.

A LGPD não foi criada para importunar ou desestimular as empresas e os avanços tecnológicos, mas para garantir ao titular dos dados a autonomia sobre seus dados pessoais.

Destaque-se, como bem pontuou Pinheiro (2020):

[...] a proteção das pessoas físicas relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais é um direito fundamental, garantido por diversas legislações em muitos países. Na Europa, já estava previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; no Brasil, já tinha previsão no Marco Civil da Internet e na Lei do Cadastro Positivo, mas a questão ainda era, muitas vezes, observada de forma difusa e sem objetividade no tocante aos critérios que serão considerados

adequados para determinar se houve ou não guarda, manuseio e descarte dentro dos padrões mínimos de segurança condizentes.

Espera-se que a partir dessa e de outras iniciativas as pessoas possam conhecer e decidir o que querem e o que não querem exposto na rede mundial de computadores, fazendo valer um direito elencado na categoria de direitos fundamentais.

6 CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais tem como propósito proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. O direito ao esquecimento é contemplado no rol de direitos e garantias fundamentais previstos na constituição, cuja regulamentação e detalhamento ocorre na LGPD e afins.

Não é um direito automático ou facilmente reconhecido, pois considera outras esferas envolvidos, a hermenêutica aplicada a cada caso, além da limitação da imposição de limites na tecnologia. Existe uma enorme dificuldade, às vezes uma impossibilidade de remover o que foi compartilhado. Isso ocorre por diversos motivos, entre eles o incontável número de cópias espalhadas ao redor do planeta, a existência de uma internet pouco controlada e não indexada, a Deep Web, tecnologias de ocultação de origem e conteúdo, como torrents e criptografia.

Toda legislação que possibilite ao cidadão exercer o direito ao esquecimento é bem-vinda, mas não devemos esperar efeitos além dos limites da própria tecnologia, capaz de copiar e compartilhar qualquer conteúdo milhões de vezes em poucos minutos.

As conquistas relacionadas aos direitos fundamentais oriundas da Constituição Federal de 1988 encontram na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais novas formas de tutela desse direito constitucional.

REFERÊNCIAS

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022**: Artigo em publicação periódica científica impressa. Rio de Janeiro: ABNT, 2003.

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: Referências – elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2018.

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6024**:
Numeração progressiva das seções de um documento. Rio de Janeiro: ABNT, 2003.

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6028**:
Resumos. Rio de Janeiro: ABNT, 2003.

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**:
Citações em documentos - apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**:
Trabalhos acadêmicos - apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. [S. l.]: Malheiros Editores,
2015. *E-book* (673 p.).

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial
da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 1
dez. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de
1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 dez.
2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio
L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina,
2013. *E-book* (4.660 p.).

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. - 2. ed.-
São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book* (523 p.).

GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas constituições brasileiras. **Revista de informação legislativa**, Brasil, abr./jun. 2008, v. 45, n. 178, p. 108-129 p.. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176526>. Acesso em: 4 dez. 2020.

JUSBRASIL. **Uso de imagem de Aida Curi morta no programa Linha Direta não configurou dano moral.** [S. l.], 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100545604/uso-de-imagem-de-aida-curi-morta-no-programa-linha-direta-nao-configurou-dano-moral>. Acesso em: 5 dez. 2020.

LUZ, Pedro Henrique Machado da. **Direito ao esquecimento no Brasil.** Curitiba: Gedai/UFPR, 2019. *E-book* (224 p.).

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book* (967 p.).

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais:** Comentários à Lei N. 13.709/2018 (LGPD). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book* (93 p.).

PLANALTO. **Lei 13.709.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 1 dez 2020.

PLANALTO. **Lei 13.853.** Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm. Acesso em: 3 dez 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Secretaria de Documentação. **Direito ao Esquecimento:** Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática. 1. ed. Brasil: Coordenadoria de Biblioteca, 2017. *E-book* (81 p.).

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e Suas Repercussões no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book* (81 p.).

**DIREITOS FUNDAMENTAIS ADJUNTOS AO CÁRCERE
FEMININO: UMA ANÁLISE SENSÍVEL SOBRE A RELAÇÃO
ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E
AS MULHERES ENCARCERADAS.**

Lara Francisca Lima Cardoso Silva²¹⁵

²¹⁵ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Resumo: O presente artigo possui como objetivo principal discorrer sobre o sistema prisional feminino brasileiro, o perfil das presas e os desafios enfrentados ao longo da história. Nesse sentido, para abordar e enfatizar a quebra dos direitos fundamentais das mulheres institucionalizadas, além da seletividade penal explícita, analisamos desde a primeira medida legal relacionada ao feminino e o cárcere em 1940 até as últimas jurisprudências relevantes para o cotidiano dessas mulheres, como o Habeas Corpus coletivo 141.641. Baseamos nossa pesquisa em pesquisa documental, legislação nacional e pesquisa bibliográfica. Conclui-se, através do método de pesquisa, que a população carcerária feminina é, ainda, extremamente vulnerabilizada e, que apesar dos crescentes avanços jurídicos, somente uma mudança real no sistema carcerário brasileiro poderá garantir o acesso aos direitos fundamentais das mulheres encarceradas.

Palavras-chave: Mulheres; cárcere; vulnerabilidade social; maternidade; seletividade penal; história; direito brasileiro; direitos fundamentais.

Abstract: The main objective of this article is to discuss the Brazilian female prison system, the profile of prisoners and the challenges faced throughout history. In this sense, to address and emphasize the breach of the fundamental rights of institutionalized women, in addition to explicit criminal selectivity, we analyzed from the first legal measure related to women and prison in 1940. To the latest relevant jurisprudence for the daily lives of these women, such as Habeas Collective Corpus 141,641 we base our research on documentary research, national legislation and bibliographic research. In conclusion, through the research method, the female prison population is still extremely vulnerable. Despite the increasing legal advances, only a real change in the Brazilian prison system can guarantee access to the fundamental rights of incarcerated women.

Keywords: Women; prison; social vulnerability; maternity; criminal selectivity; story; Brazilian law; fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

²¹⁶ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia

²¹⁷ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Ao tratar do sistema penitenciário brasileiro, há a necessidade de entender, a priori, qual foi o papel imposto para a mulher no contexto de formação desse país. Sendo o Brasil colonizado pelo povo português, cuja, de acordo com o Cheikh Anta Diop, a sua base está ligada a cultura do norte de renegar os direitos das mulheres através da implementação do sistema familiar patriarcal, essa parte da população tem em sua história uma crescente luta em busca de ser enxergada como elemento efetivo dessa sociedade. (DIOP, 2015)

Posto isso, pode-se dizer que o cárcere feminino em seu princípio dispôs ligação, sobretudo, com preconceitos morais e religiosos que regiam a época, tendo a intenção de coagir a mulher a seguir determinados padrões sociais. Por conta disso, Bastos (1997) desfrutava da tese que o crescimento da criminalidade feminina estava inerente a crescente inserção da mulher no meio trabalhista, enunciado que logo foi posto em derrubada através dos estudos de Lemgruber (1999), o qual certificava que “apesar da maior participação feminina no mercado de trabalho, não se observou aumento proporcional de encarceradas”.

Assim sendo, se faz necessário ressaltar que as primeiras medidas efetivas do Estado visando as acomodações legais femininas se sucederam apenas em 1940, ano do Código Penal com a primeira diretriz legal referente às mulheres encarceradas, afirmando no 2º parágrafo, do Art. 29º, que as mulheres deveriam cumprir “pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno”. Entretanto, apesar da ampliação do debate de gênero no âmbito carcerário ao decorrer dos anos, pode-se perceber uma persistente condição de vulnerabilidade implantada e potencializada através das prisões existentes nesse país. (LIMA, 1983)

Por incumbência dessa visão androcêntrica vigente, a singularidade feminina, muitas vezes, não é considerada na cultura jurídico-penal, trazendo consigo uma impossibilidade de atingir os direitos fundamentais imprescindíveis para uma vivência humanizada daquelas que se encontram encarceradas. Sendo assim, apesar dos Direitos Fundamentais surgirem, segundo Gilmar Mendes, com o princípio de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos, a humanização das detentas podem ser vistas como cada vez mais precárias. (MENDES, 2014)

Consoante as ideias de Ingo Sarlet (1988), os direitos fundamentais, na condição de direitos constitucionalmente assegurados, possuem uma abrangência em parte distinta dos direitos humanos, pois depende do nível de posituação desses últimos na seara internacional. À vista disso, pode-se alegar que os direitos fundamentais foram implantados na Constituição Federal de 1988 com o intuito de garantir a dignidade da pessoa humana, visando assegurar condições existenciais mínimas para uma vida

saudável. Todavia, pode-se dizer que há uma negação do aparato legislativo no cárcere, devido a uma visão masculinizada a qual impede que as políticas públicas sejam implantadas coerentemente, sem que haja uma enfadonha restrição do uso desses direitos. (SARLET, 1998)

Além disso, para Alexandre de Moraes os direitos individuais e coletivos estão diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua personalidade, como a vida, a dignidade, a honra, a liberdade e a saúde. No entanto, não é possível se garantir somente no art. 5º da Constituição que enuncia que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, pois ao fazer uma análise concreta sobre quais as características proeminentes nas mulheres que habitam os presídios, se faz possível confirmar que há uma seletividade penal contínua existente no judiciário deste Estado. (MORAES, 2006)

Por conseguinte, apesar das ideias de Cesare Lombroso parecerem estar bem distantes do contexto atual brasileiro, sabe-se que a realidade existente ainda hoje se baseia no determinismo biológico pautado na “natureza feminina”. Desta forma, o autor em questão buscou conciliar as patologias e os distúrbios sexuais delimitados por sexólogos para explicar os desvios sociais das detentas, utilizando, também, das características físicas como modo de estipular o padrão da mulher “delinquente”, conjuntura que permeia a realidade desse país que ainda sofre com as heranças do período colonial e do seu etnocentrismo. (LOMBROSO, 2004)

Dessa maneira, Lombroso, também, afirmava em sua obra que o comportamento monogâmico representava o topo da cadeia evolutiva feminina, sendo estas consideradas “mulheres morais” que se encontravam distante do seu estágio evolucionário ancestral (“estado atávico”). Do mesmo modo, a teoria de Richard Von Krafft-Ebing assegurava que quanto mais sexualizada uma mulher fosse mais degenerada e desviante ela seria, visão ainda vigente na sociedade machista e patriarcal como a do Brasil, podendo esse ser um dos fatores primordiais que dificultam um aparato social coerente para mães, grávidas ou já com filhos. (LOMBROSO, 2004)

Destarte, ao que tange às gestantes privadas de liberdade, torna-se essencial imputar a importância da preocupação com o direito à saúde, o qual deveria ser uma garantia de todos e um dever do Estado, porém é perceptível a não valorização desse quesito. Logo, é importante se falar do art. 37 do Código Penal que estabelece que as mulheres devem cumprir “pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal”, bem como da Lei de Execuções Penal (Lei 7.210/84) em seu art. 82, § 2º, a qual também afirma que “determinadas penitenciárias sejam dotadas de seção para gestante parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos”.

No entanto, apesar do legislativo ser repleto de aparatos que buscam coibir os excessos do Estado, a prática do cárcere é bem perversa para aquelas que ali dispõe. Sendo assim, o reflexo dessa realidade se dá nos dados do Departamento Penitenciário Nacional, que afirma que o Brasil é o quarto país com a maior população carcerária feminina do mundo, fator que afeta de imediato a infraestrutura das penitenciárias do país. (INFOPEN, 2016)

Por fim, se considera importante salientar que o direito à liberdade é algo essencial da pessoa humana, estando protegida pelo art. 5º da Constituição Federal em que enfatiza que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Desta forma, se torna questionável a forma de percussão do sistema carcerário brasileiro, o qual carrega em sua essência um preconceito intrínseco e perverso que desumaniza aqueles que detém.

2 CONTEXTO DE SURGIMENTO DAS PRIMEIRAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS BRASILEIRAS

A história do encarceramento feminino brasileiro, apesar de recente, considerando que as primeiras medidas legais efetivas relacionadas a esse tema foram tomadas em 1940, demonstra a perseverança de um sistema sexista, pautado na insignificância da mulher presa. Nesse sentido, percebe-se uma quebra histórica de direitos humanos e fundamentais²¹⁸.

Torna-se válido ressaltar que, desde 1930, o Brasil passava por intensas mudanças de cunho político e administrativo, visto que houve o início da Era Vargas e com isso o surgimento do Estado Novo. Tais mudanças, nesse contexto, exigiam uma reconfiguração legal, ocasionando uma intensa produção no campo legislativo penal, protagonizada por Alcântara Machado (responsável pelo projeto inicial do código de 1940), Nelson Hungria e Roberto Lyra.

O governo de Getúlio Vargas evidenciou a necessidade de uma reforma legal, visto que boa parte da legislação era pautada no período republicano e não se encaixava nos moldes necessários para a sociedade da época, tornando a legislação anterior ultrapassada. Nesse sentido, Rafael Queiroz afirma:

²¹⁸ A respeito da nomenclatura utilizada, seguindo o exposto por Manuel Jorge e Silva Neto, pode-se entender que “não se poderá encontrar absoluta identidade entre as expressões ‘direitos fundamentais’, ‘direitos do homem’ ou ‘direitos humanos’, porquanto a designação de ‘fundamentais’ é dedicada àquele conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo-constitucional, ao passo que ‘direitos do homem’ ou ‘direitos humanos’ são terminologias recorrentemente empregadas nos tratados e convenções internacionais”(SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de direito constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.587).

“O Brasil pós 1930 assistiu à elaboração de muitos outros códigos [além do Penal e de Processo Penal], tanto na tentativa de organizar a legislação esparsa existente sobre determinadas matérias (como nos casos do direito processual civil, do direito do trabalho e, em um primeiro momento do direito penal), quanto no propósito de reformular a antiga legislação já existente sobre determinadas matérias.”²¹⁹

Surge, em um contexto de modernização e mudanças, a necessidade de reforma no sistema prisional brasileiro. Penitenciariastas, como Lemos Britto e Cândido Mendes, consideravam a modernização do sistema essencial para o avanço nacional. A existência de presídios mistos passa a ser questionada, surgindo a necessidade de estabelecimentos próprios para o encarceramento feminino.

2.1 Os primeiros presídios femininos brasileiros

Criou-se, então, em 1937, o Reformatório de Mulheres Criminosas, situado em Porto Alegre, sendo este o primeiro estabelecimento direcionado a mulheres encarceradas. Entretanto, somente em 1940, as primeiras diretrizes legais relacionadas ao encarceramento de mulheres foram determinadas pelo Código Penal e, em 1941, pelo Código de Processo Penal. Nota-se, no artigo 37 do Código Penal, a seguinte redação: "As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo."

É então, nesse contexto de mudanças, que o Presídio de Mulheres de São Paulo é projetado em 11 de agosto de 1941, através do decreto 12.116. Localizado em Carandiru (bairro paulista), ocupando a antiga e readaptada sede dos diretores da Penitenciária do Estado, o presídio iniciou suas atividades em 11 de julho de 1942.

O primeiro prédio realmente construído com o intuito de ser uma penitenciária feminina foi inaugurado em 09 de novembro de 1942, no Rio de Janeiro, nomeado Penitenciária de Mulheres do Distrito Federal (criada pelo decreto 3.971, de 24 de dezembro de 1941).²²⁰

O pensamento conservador e desigual da época nunca levou em consideração a dignidade da mulher presa, acredita-se que a separação de estabelecimentos penitenciários surge para diminuir o martírio dos homens presos. Lemos Britto, nesse

²¹⁹ Queiroz, Rafael Mafei Rabelo. A Modernização do Direito Penal Brasileiro, ed. Quatier Latin, 2007, p.118. apud Bruna Angotti. Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus, 2014

²²⁰ Lemos Britto apud Soares, Barbara e Ilgenfritz, Iara. Prisioneiras. Vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro, ed. Garamond, 2002.

sentido, afirma que “é que a presença das mulheres exacerba o sentimento genésico dos sentenciados, aumentando-lhes o martírio da forçada abstinência”.

Lemos Britto, por diversas vezes, ressalta o valor pedagógico das penitenciárias femininas. Havia uma ideologia de domesticação das mulheres presas, deveriam ser obedientes e atarefadas com atividades domésticas, para que de “meretrizes” fossem transformadas em mulheres prendadas, religiosas e educadas²²¹. Acreditava ele, nesse contexto, que os responsáveis pelos presídios deveriam ser médicos especializados em psiquiatria e criminologia ou bacharéis que possuíam essa capacidade específica.²²²

José de Moraes Mello, médico penitenciarista, acreditava, entretanto, que congregações religiosas, especializadas em reformatórios e encarceramento feminino, lidariam com maior prestígio das penitenciárias femininas em virtude do baixo grau de criminalidade feminina existente no país. Afirmando que a educação das mulheres contraventoras da lei deveria ficar sob responsabilidade “das damas de congregação religiosa especializada”²²³.

Em virtude do caráter pedagógico agregado ao cárcere feminino, a administração dos presídios ficou em posse da irmandade Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor d’ Angers, que possuía como maior missão a recuperação moral das mulheres por meio religioso. A irmandade já havia sido encarregada de outros presídios femininos localizados na América Latina, em países como Argentina e Chile. Ademais, a irmandade havia sido responsável pela administração do Reformatório das Mulheres Criminosas de Porto Alegre.

As freiras eram responsáveis por todas as atividades dos presídios, desde a administração até a fiscalização das presas. As mulheres encarceradas eram encarregadas de aprender afazeres domésticos para que posteriormente pudessem cuidar com zelo dos familiares. Recebiam educação primária, aulas de costura, jardinagem, limpeza e demais atividades relacionadas ao lar, também eram oferecidas aulas religiosas e de instrução moral.²²⁴

As presidiárias, nesse contexto, eram em sua maioria analfabetas ou tinham completado o ensino primário. Ademais, haviam berçários para que as crianças mantivessem o contato com suas mães, as crianças poderiam ficar no presídio até os 3

²²¹ Oliveira, Erika. MULHERES EM CONFLITO COM A LEI: representações sociais, identidades de gênero e letramento. Universidade Estadual de Maringá, Paraná 2008, p. 27.

²²² Britto, José Gabriel de Lemos. Os Systemas Penitenciários do Brasil. Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1924-1926 apud Angotti, Bruna e Salla, Fernando. Apontamentos para uma história de presídios das mulheres do Brasil. Revista Historia de Las Prisiones, 2018, p.16

²²³ Angotti, Bruna e Salla, Fernando. Apontamentos para uma história de presídios das mulheres no Brasil. Revista Historia de Las Prisiones, 2018, p.16.

²²⁴ Teixeira Arthur, Angela. Práticas de Encarceramento Feminino: presas, presídios e freiras. USP, São Paulo, 2017, p.70-74.

anos de idade.²²⁵ Como regulamenta o decreto- lei 12.116 de 11 de agosto de 1941, referente ao presídio das mulheres de São Paulo:

Art. 6º. A mulher-mãe, recolhida à seção, poderá ter em sua companhia o filho de até a idade de 3 anos.

Além das atividades regulares, também haviam eventos extraordinários, com festejos que contavam com a presença de crianças maiores, filhos das detentas, guardas e crianças vizinhas aos presídios.²²⁶

O período de permanência administrativa da irmandade varia bastante em relação aos estados brasileiros. A penitenciária do Rio de Janeiro, por exemplo, teve a presença da congregação até 1954, enquanto em São Paulo e Porto Alegre permaneceram até 1977 e 1981, respectivamente²²⁷.

A Irmandade Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor d'Angers foi grande responsável pelos presídios femininos no século XX. É inegável a importância da congregação para a história do aprisionamento feminino.

2.2 O dever ser feminino e o atual cenário carcerário

A diferença do tratamento dado aos presídios femininos e masculinos no século XX é evidente, os homens deveriam estar preparados para o labor das fábricas, enquanto as mulheres tinham atividades relacionadas ao lar. Não há como negar a face sexista do Estado, que sempre negligenciou o papel da mulher na sociedade, como alguém que é responsável por prover o sustento da família.

Apesar da imensa e repentina mudança ocorrida no país no século passado, marcada pelo êxodo rural e pelo crescimento das cidades, promovendo uma demanda maior de trabalhadores em virtude das fábricas, o papel da mulher sempre foi subestimado²²⁸. O avanço metropolitano não foi o suficiente para que os grandes intelectuais da época compreendessem que o papel de dona de casa fosse uma escolha e não um dever. A mulher, mesmo que trabalhando, deveria trabalhar pelos filhos e para a família.

Segundo Lemos Britto, para fugir da opressão do casamento, chamado por ele de “organização econômica”, a mulher deveria trabalhar, sendo-a um elemento de ação. Seguindo a vertente de que a desigualdade existente no lar era fruto da falta de ocupação,

²²⁵Teixeira Arthur, Angela. Práticas de Encarceramento Feminino: presas, presídios e freiras. USP, São Paulo, 2017, p. 179.

²²⁶ Teixeira Arthur, Angela. Práticas de Encarceramento Feminino: presas, presídios e freiras. USP, São Paulo, 2017, p. 180.

²²⁷ Angotti, Bruna. Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus, 2012, São Paulo, IBCCRIM, p. 224, 225.

²²⁸ Angotti, Bruna. Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus. São Paulo, 2012, IBCCRIM, p.69 e 70.

visto que o trabalho doméstico era inerente à figura feminina, não sendo ele uma ocupação digna.²²⁹

A mulher deveria ter sua honra, pudor e imagem intactos, não havia chance para erros, aquela que abortava, era solteira ou não possuía filhos tinha a imagem manchada. Mulheres consideradas delinquentes, nesse contexto, eram consideradas impuras e desonrosas.

Há no Brasil, ainda hoje, uma visão demasiadamente parecida com a do século anterior. Visto que, mulheres criminosas são colocadas à margem da sociedade, por menor que tenha sido o crime cometido. A visão de desonra a família é presente e representada pela falta de visitação em presídios femininos.

Ademais, os estabelecimentos penitenciários sofrem com a superlotação e falta de infraestrutura adequada para que as mães consigam criar seus filhos. O grande crescimento da população carcerária feminina entre os anos de 2000 e 2019 é uma das causas da superlotação. Em 2000, a população carcerária feminina era de aproximadamente 5.600 mulheres (Ministério da Justiça e Segurança Pública), enquanto em 2019, haviam aproximadamente 37.200 custodiadas (infopen). Torna-se válido ressaltar que em 2016, haviam aproximadamente 40.000 mulheres presas, em 2017 esse número sofreu redução de 7,66%²³⁰.

O número de presas por pena de caráter provisório, sem condenação, é exorbitante. Em julho de 2017, cerca de 37,67% da ocupação dos presídios femininos era formada por mulheres em regimes provisórios²³¹.

O direito ao pleno exercício da maternidade deve ser assegurado à mulher presa, todavia, pouquíssimos estabelecimentos possuem estrutura adequada para as gestantes e as lactantes. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, apenas 14,2% das unidades prisionais que recebem o público feminino possuem um espaço apropriado para o acolhimento dessas mulheres.²³²

O caráter socioeconômico das mulheres encarceradas é outro aspecto que deve ser analisado, grande parte das presas já eram invisibilizadas fora do ambiente institucional. A maior parte das custodiadas é formada por jovens, cerca de 47,33% delas têm entre 18 e 29 anos, pretas ou pardas, somando aproximadamente 63,55% do total de mulheres presas, com o ensino fundamental incompleto, somando-se 44,42%.²³³

²²⁹ Lemos Britto, José Gabriel de. *Psychologia do Adulterio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1933.

²³⁰ INFOPEN, 2019. O INFOPEN permaneceu atrasado até dezembro de 2019, o INFOPEN mulheres foi atualizado pela última vez em 2017.

²³¹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFORPEN, 2017.

²³² Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFORPEN, 2017.

²³³ Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade. DEPEN, Ministério da justiça e segurança pública. Julho de 2017.

Deve-se destacar que o sistema prisional é um espelho da sociedade brasileira, visto que dados da PNAD evidenciam que uma grande parte dos brasileiros não possui o ensino fundamental completo, cerca de 33%.²³⁴

O número de mães também deve ser analisado, observa-se que a imensa maioria das mulheres em situação de cárcere são mães, cerca de 74% delas em 2017²³⁵. A estatística estarrecedora promoveu certa comoção na esfera jurídica, tendo em vista que a maternidade atrás das grades promove problemas sociais gigantes, como afirma o ministro Ricardo Lewandowski no Habeas Corpus Coletivo 143.641:

“Afirmaram que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.”²³⁶

3 SELETIVIDADE PENAL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Com o intuito de melhor entender o que tange a seletividade penal intrínseca no sistema carcerário feminino, se faz necessário interpretar a subjetividade da população que a permeia. Para Bock, Furtado e Teixeira (2002), “a subjetividade é a síntese singular e individual que cada um de nós vai construindo conforme vamos nos desenvolvendo e vivenciando as experiências da vida social e cultural”. Portanto, para analisar o contexto penalista que intervém o Brasil, torna-se imprescindível realizar um recorte econômico e racial para melhor compreender a justiça deste país. (Bock, Furtado e Teixeira, 2002)

Em primeira instância, convém ressaltar que o histórico da colonização brasileira traz resquícios segregacionistas que impossibilitam desvincular a raça e a classe como meio de coerção estatal. Tal padrão toma como base a mestiçagem existente entre os senhores de engenhos e as escravas africanas, principalmente, ao passo que “os mestiços libertos eram, na sua maioria, filhos dos senhores, donos de terras e fazenda no âmbito da família patriarcal do Nordeste brasileiro”, de acordo com os estudos de Gilberto Freyre (2005). Desta forma, Kabengele Munanga afirma que criou-se na cultura brasileira a ideia de que:

²³⁴ IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017.

²³⁵ Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade. DEPEN, Ministério da justiça e segurança pública. Julho de 2017.

²³⁶ Habeas Corpus Coletivo 143.641. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, 2018

“O negro pode esperar que seus filhos sejam capazes de furar as barreiras que o mativeram para trás, caso eles se casem com gente mais clara. Tal possibilidade atua como uma válvula de segurança sobre o descontentamento e frustração entre os negros e mulatos, razão pela qual, disse Degler, os negros no Brasil não foram levados a formar organizações de protestos, como nos Estados Unidos”. (MUNANGA, 2019, p. 81)

Dentro dessa conjuntura, é inteligível afirmar que pretos e pardos persistem sendo grupos estigmatizados e excluídos das posições de comando na sociedade, referindo-se este último a um regime de branqueamento, que conforme Munanga afirma, sofreu um processo de alienação identitária por conta dos fundamentos ideológicos raciais do século XX. Por isso, é importante destacar que, como diria Nascimento (2016, p.83): “a posição do mulato essencialmente equivale àquela do negro: ambas vítimas de igual desprezo, idêntico preconceito e discriminação, cercados pelo desdém da sociedade brasileira inconstitucionalmente branca”. (MUNANGA, 2019, p. 19; NASCIMENTO, 2016, p. 83)

À vista disso, profere-se que a “democracia racial” sintetizada por Gilberto Freyre é uma metáfora que designa como funciona o racismo estrutural brasileiro, sendo este consoante as ideias da obra *O Genocídio do Negro Brasileiro* (2016, p. 111), de Abdias do Nascimento, não óbvio como nos Estados Unidos e nem legalizado como o *apartheid* sulafriano, mas institucionalizado de forma eficaz nos níveis oficiais do governo.

Como retrato disso, tem-se os dados do encarceramento feminino abaixo:



Gráfico 01: Composição da População por Raça/Cor no Sistema Prisional - Período de junho a dezembro de 2019²³⁷

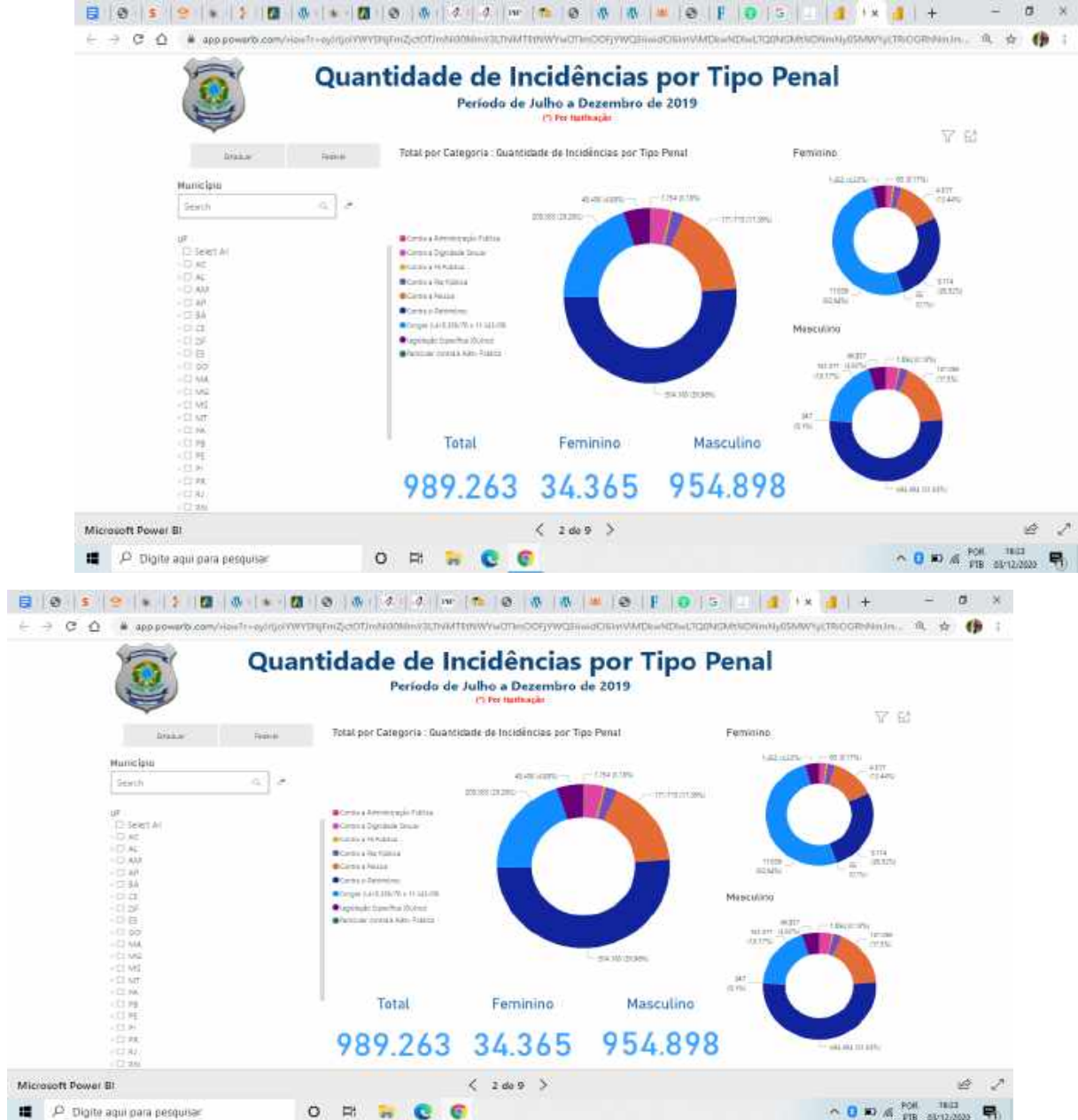


Gráfico 02: Quantidade de Incidências por Tipo Penal - Período de junho a dezembro de 2019²³⁸

Observando os índices acima, se faz possível proferir que a maioria das presidiárias são mulheres pretas e pardas que cometeram, amiúde, crimes ligados às drogas. Outrossim, segundo as estatísticas da Infopen (jun, 2017), destaca-se, mais uma vez, que a população carcerária feminina, em sua maioria, são jovens mães solteiras que dispõem de baixa escolaridade. Portanto, torna-se perceptível a demanda da questão racial no aparato das subjetividades, o qual confirma o descaso governamental com essa parte da população que, apesar de ter seus direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, se encontram cada vez mais marginalizadas. (INFOPEN, jun/2017)

²³⁸ Fonte: Infopen, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LThlMTEtNWYwOTImODFjYWQ5liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNnNy05MmYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2020.

Ao que expressa Enoque Ribeiro dos Santos (2008), os “direitos fundamentais seriam aqueles direitos, espécies do gênero direitos humanos, que em determinado momento histórico, político, cultural e social de um povo, este resolveu positivá-lo no ordenamento jurídico, sobretudo em sua Constituição Federal”. Entretanto, segundo Samuel Vida (2020), é de suma importância entender que a Organização das Nações Unidas (ONU), criadora dos direitos humanos, apesar de buscar a autodeterminação dos povos, foi constituída, em seu princípio, por colonizadores que mantinham a divisão da África e da Ásia através do pacto de Berlim.

Destarte, salienta-se que, como proclamava Piza (2002), o homem branco se considera “o modelo paradigmático de aparência e de condição humana”, não conseguindo humanizar os que se diferem dele. Assim, não se pode esperar que a ONU, órgão criado com a intenção de proteger os brancos europeus atingidos pela 2ª Guerra Mundial, tenha a capacidade de efetivar a manutenção dos deveres do Estado de forma justa, haja vista situações anteriores, como a invasão da Namíbia pela Alemanha, a qual até os dias atuais não se foi resolvida integralmente. (PIZA, 2002)

Então, ao defender que a seletividade penal vem sendo imposta até os dias atuais através dos meios de opressões ocidentais, Florestan Fernandes *apud* Nascimento (2016) questiona “até que ponto o ‘negro’ e o ‘mulato’ estão socializados não só para *tolerar*, mas também para aceitar como normal e até endossar as formas existentes de desigualdade racial, com seus componentes dinâmicos - o preconceito racial dissimulado e a discriminação racial indireta?”. Ademais, perpassando pelo cárcere feminino, Grada Kilomba (p.99, 2019) adverte que “há o impacto simultâneo da opressão racial e de gênero, que leva a formas de racismo únicas que constituem as experiências de mulheres negras”.

Desse modo, para se alcançar equidade no sistema jurídico brasileiro, deve-se compreender que “o Brasil herdou de Portugal a estrutura patriarcal de família e o preço de herança foi pago pela mulher negra, não só durante a escravidão”, pelo que diz Abdias do Nascimento (2016). Posto isso, para que essa herança colonial seja perdida no plano do encarceramento feminino desse país, há a necessidade da existência de uma sensibilidade cabível de entender as singularidades daquelas ali presentes.

Contudo, ao analisar os três poderes, percebe-se que em um país onde 56,2% da população se declara preto ou pardo, de acordo com o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2012-2019), apenas 4% dos deputados e senadores eleitos em 2018 se autodeclararam pretos, consoante o Tribunal Superior Eleitoral, além de somente 15,6% dos juizes brasileiros serem negros e pardos, segundo o Conselho Nacional de Justiça. Essa realidade é a efígie do judiciário brasileiro, cujo, Adilson José Moreira (2017) alega que:

“os juristas que negam a relevância social da raça obviamente ignoram o fato que ela tem um papel central na vida de pessoas brancas. Ela marca o lugar social delas e esse lugar é a acumulação de privilégios decorrente do pertencimento ao grupo racial majoritário. Juristas brancos não se classificam racialmente. Eles são apenas pessoas, eles são apenas indivíduos.” (MOREIRA, 2017)

Dessa maneira, tendo em vista que o sistema jurídico é o reflexo efetivo da cultura eurocêntrica, seria inverossímil esperar uma coerência factual deste. Assata Shakur (2016, p. 170) exprime em seu livro que, ao se referir às mulheres privadas de liberdade, “a maioria está ciente de que não há justiça no sistema judicial *americano* e que as negras e porto-riquenhas são discriminadas em todas as facetas da vida”, ao que ressoa o sistema penitenciário estadunidense. Entretanto, é sabido que essa realidade transpassa o cotidiano brasileiro, trazendo consigo as ideias arcaicas e preconceituosas de Cesare Lombroso, o qual afirmava que características físicas estavam diretamente ligadas aos crimes cometidos, bem como creditava que sinais atávicos estavam ligados às condutas penalmente puníveis.

A ocupação dos melhores cargos institucionais não se faz presente apenas no meio do judiciário, em conformidade com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 16,6% das mulheres negras se encontram desempregadas, sendo este o maior índice dentre aqueles apresentados. Segundo Lélia Gonzalez (1982), a mulher negra sofre um “processo de tríplex discriminação (enquanto raça, classe e sexo), assim como seu lugar na força de trabalho”, logo essa seria a justificativa precursora para cerca de 63% das casas chefiadas por mulheres negras no Brasil viverem abaixo da linha da pobreza. (IBGE, 2019)

Por conseguinte, não se pode olvidar que, a julgar pelos estudos de Del Olmo (1996 apud GERMANO *et al*, 2018), “o tráfico de drogas e entorpecentes pode ser visto como uma oportunidade de ascensão social, de complementar a renda e de estar presente em casa desempenhando os papéis tradicionais de cuidado, em especial de criação dos filhos”. Então, se torna impraticável culpabilizar somente as supostas infratoras das leis, pois o sistema que corrompe o Estado brasileiro, muitas vezes, execra as mais vastas oportunidades dessa parte da população conseguir exercer o seu direito inerente à dignidade da pessoa humana.

Ao ensejo da conclusão, reitera-se que milhares das mulheres brasileiras encarceradas nem sequer foram a julgamento. Portanto, a visão humanística que deveria ser assegurada pelos direitos fundamentais, aqueles que afirmam que a liberdade é um direito inviolável, não chega a essa parte da população que vive lutando contra o determinismo jurídico inerente a ela. Ademais, se torna importante salientar que a mulher tem singularidades e subjetividades que devem ser levadas em consideração na hora do

seu julgamento, sejam elas as suas necessidades fisiológicas de gênero ou a existência de um filho em sua vida, por exemplo. Dessa maneira, para que a seletividade penal deixe de permear o cárcere privado, há a necessidade de romper com o histórico patriarcal e embranquecedor, colocando em prática o art. 5º da Constituição Federal, o qual exprime que “todos são iguais perante a lei”.

4 CÁRCERE E MATERNIDADE

De modo geral, as instituições penais, suas estruturas e normas estão ajustadas ao ser masculino, já que este foi o público alvo na criação deste sistema²³⁹. No entanto, nas últimas décadas observa-se um aumento expressivo da população carcerária feminina no Brasil²⁴⁰ e no mundo, tornando-se necessária uma maior discussão e mais ampla visibilidade acerca desse assunto.



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública. A partir de 2005, dados do Infopen. Nota: população em milhar

Sabe-se que a situação atual do sistema prisional brasileiro apresenta inúmeros problemas, principalmente no que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁴¹. Estes problemas se intensificam quando analisamos a real situação das mulheres presas ligadas ao campo da maternidade - sejam estas gestantes ou mães.

²³⁹ De acordo com o INFOPEN Mulheres Junho/2017, é possível inferir que 74,85% dos estabelecimentos prisionais no Brasil foram construídos para a detenção de presos do sexo masculino, 18,18% para o público misto e 6,97% exclusivamente para as mulheres. (RELATÓRIO, pág 16.)

²⁴⁰ Em dezembro de 2019 foram contabilizadas mais de 37 mil mulheres presas no Brasil.

²⁴¹ No art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 consta como um postulado central do ordenamento pátrio, um fundamento axiológico sobre o qual está construído o Estado Democrático de Direito: dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da República. Este é parâmetro orientador de aplicação e interpretação (exegese).

De acordo com a Constituição brasileira, as mulheres deveriam receber um tratamento carcerário distinto, como pode ser analisado no artigo 5º:

Art. 5 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, 1988)

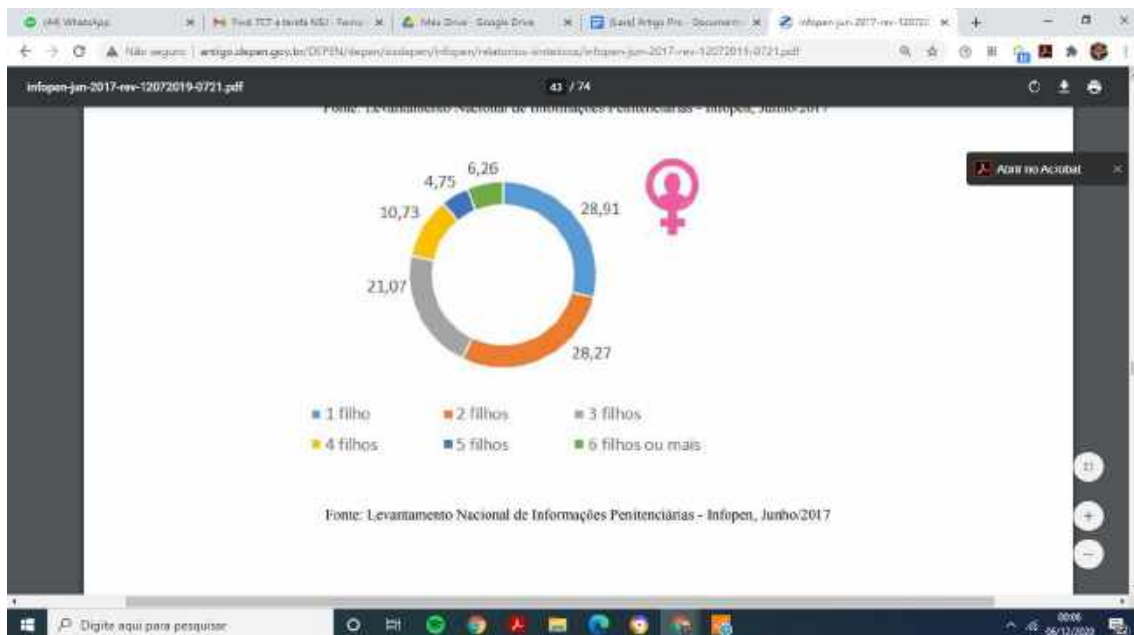
A legislação brasileira ainda garante às mulheres presas, assistência nos campos: material, da saúde, jurídico, educacional, social e religioso²⁴². Contudo, o ambiente prisional não cumpre com essas expectativas e o que de fato se observa é a precária e difícil, na maior parte das instituições, assistência à saúde.

Um levantamento da Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos (DIAMGE) do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN²⁴³, aponta que em março de 2020 nos sistemas prisionais estaduais das 27 unidades federativas brasileiras existiam 208 grávidas, 44 puérperas e 12.821 mães de crianças até 12 anos de idade. Sendo que 77 grávidas, 20 puérperas e 3.136 mães de crianças de até 12 anos estavam como presas provisórias.

De acordo com o INFOPEN Junho/2017, analisando o gráfico 22 que corresponde ao número total de filhos daqueles que estão presos no Sistema Penitenciário, temos que:

²⁴² A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa. (artigo 11 da Lei de Execução Penal)

²⁴³ Ministério da Justiça e Segurança. Disponíveis em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1588195416_SEI_MJ11429916Informao_final.pdf. Visto em: 02 de dezembro de 2020.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

Vale destacar que o percentual de mães somadas que possuem quatro ou mais filhos representa 21,6%, ao passo que entre os pais este percentual é de 13,2% (RELATÓRIO, pág. 43 e 44).

Adotando como recorte neste tópico a relação entre cárcere e maternidade é de suma importância analisar o que o ordenamento jurídico dispõe concomitantemente ao que ocorre no plano dos fatos. A exemplo da Lei Complementar 153/2015 que altera o artigo

3º da Lei Complementar nº 79/1994²⁴⁴ e faz constar que é dever da instituição penal a implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinada à gestante e parturiente.

De acordo com o Relatório Temático Sobre Mulheres Privadas de Liberdade, até junho de 2017, apenas 14,2% das unidades prisionais femininas e mistas possuíam um cela ou dormitório adequado para gestantes e lactantes. Quando analisado apenas os estabelecimentos destinados ao público feminino, algumas unidades federativas, a exemplo do Acre, Amapá, Rio Grande do Norte, Tocantins, Piauí e Roraima não possuíam nenhuma cela adequada para esse público (RELATÓRIO, pág. 20 e 21)

Ainda segundo o relatório supracitado, até esse período apenas 48 unidades prisionais no Brasil possuíam berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que somados tinham a capacidade de atender 541 bebês (RELATÓRIO, pág 23). Já analisando a quantidade de instituições penais femininas e mistos que têm creche apropriada para receber crianças acima de 2 anos, nota-se o baixíssimo percentual de 0,66% de unidades que destina espaço para essa finalidade, que representa somente 10 presídios, em apenas cinco estados. Somadas, as unidades prisionais podem atender 152 crianças (RELATÓRIO, pág. 24).

A Lei nº 12.962/2014, altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando assegurar a convivência da criança e do adolescente com pais e mães encarcerados, a referida lei fixou na redação do parágrafo 2º do artigo 23 que a condenação criminal de qualquer dos pais não provocará a destituição do poder familiar, salvo na presunção de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio(a) filho(a).

Porém, essa é uma questão complexa, pois apesar da ligação entre mãe e filho ser essencial, a permanência em ambiente carcerário não é indicada.

Nesse sentido, Daniela Canazaro²⁴⁵, aponta que:

“Haverá prejuízo de qualquer forma, seja por permanecer na prisão, pelas próprias condições do local e dinâmica prisional, seja por sair do ambiente prisional, pela separação da mãe – que tem a aptidão de ser vivenciada pela criança como uma perda. [...]. É necessário, por isso, focar na redução de danos, estudar e aplicar alternativas para as mães cumprirem suas penas ou mesmo aguardar a sentença em liberdade, evitando de todas as formas o encarceramento.”(MELO, 2014)

²⁴⁴ Os recursos do FUNPEN serão aplicados em: [...] XV - implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinada à gestante e à parturiente nos estabelecimentos penais, nos termos do § 2º do art. 83 e do art. 89 da Lei de Execução Penal. (artigo 3º, XV da Lei Complementar nº 79/1994).

²⁴⁵ Daniela Canazaro de Mello é psicóloga e doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

Segundo a autora Cláudia Stella²⁴⁶: “os presídios femininos, assim como os masculinos, não foram desenvolvidos para propiciar o vínculo familiar, especialmente entre mães e filhos, muito menos promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil.” (STELLA, p.18,2018).

Ela ainda diz que o desenvolvimento do menor é afetado, pois a estimulação do ambiente prisional é bem menor em relação ao doméstico com presença da mãe. O cárcere não se compatibiliza com as especificidades do gênero feminino, principalmente às condenadas que possuem filhos menores de idade, que poderiam não ser confinadas em presídios e, sim, aguardarem julgamento ou cumprirem pena em regime de prisão domiciliar, de forma que não rompam bruscamente o vínculo com os seus filhos.

As consequências emocionais, sociais e físicas sofridas pelos filhos de mulheres encarceradas são objeto de diversas pesquisas científicas no âmbito da psicologia, da medicina e das ciências sociais, esses estudos convergem na quebra da estrutura familiar como sendo um forte contribuinte para que os filhos de pessoas encarceradas sejam levados a uma vida de violência e marginalização, que poderia ser evitada se o sistema prisional cumprisse o seu papel.

Nesse fito, a Lei da Primeira Infância versa sobre a atenção especial que deve ser dada aos filhos de pessoas encarceradas para atenuar o impacto da penalidade na sua descendência. Assim, o artigo 318 do Código de Processo Penal - CPP, dispõe sobre a possibilidade de a prisão preventiva ser suprida pela domiciliar no caso da agente gestante, ou mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, ou ainda no caso de homem, sendo ele o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos incompletos.

Além da problemática sobre a permanência dos filhos com as mães, as mulheres no cárcere, especificamente as gestantes, enfrentam também diversos problemas durante a gestação e especialmente no momento do parto.

No artigo 14 , da lei nº 7.210 de 1984²⁴⁷ está a garantia de que será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente antes, durante e depois da gravidez, extensivo ao recém-nascido. Contudo, os problemas enfrentados no presídio se potencializam quando se trata de uma gestante. Muitas instituições prisionais não têm estrutura apropriada para mulheres nessa condição. Nesse período, maiores cuidados são necessários, e a gestante precisa receber o acompanhamento clínico adequado.

Rosangela Rita²⁴⁸, diz que:

²⁴⁶ Cláudia Stella é psicóloga. Ela é mestre em Psicologia Social e doutora em Educação: História, Política e Sociedade pela PUC-SP.

²⁴⁷ Conhecida como Lei de Execução Penal - LEP

²⁴⁸ Rosangela Santa Rita é assistente social e mestre em Política Social pela Universidade de Brasília (UNB). O fragmento citado se refere a um trecho de sua dissertação do mestrado supracitado.

“[...] a mulher quando inserida no contexto de privação de liberdade apresenta uma série de particularidades que se relacionam às suas próprias condições biogenéticas: o “ser mãe”; o período de gestação; a fase de lactação, a separação dos filhos que nasceram em ambiente intramuros e extramuros, para citar algumas.” (SANTA RITA,2019)

Nesse sentido, é fundamental a realização do pré-natal e o recebimento de toda assistência necessária para que o feto se desenvolva de modo saudável. Advém que na prática as gestantes são negligenciadas. Apesar de terem infringido a lei, as mães encarceradas têm todo o direito de exercerem a maternidade da forma mais plena que for possível. Para isso, além de outros fatores, é necessário que haja a estrutura necessária.

Nana Queiroz²⁴⁹, em seu livro “Presos que menstruam”, versa sobre momentos cruéis e chocantes de mulheres que viveram a fase gestacional em instituições penais. Dentre esses, podemos destacar o momento de dar à luz ou logo após as mulheres onde muitas são algemadas, conforme a autora disserta no trecho abaixo:

“Logo depois dessa inspecionada rápida, Gardênia foi algemada à cama novamente. O procedimento é comum para presas que dão à luz. A ativista Heidi Cerneka [...] que há treze anos trabalha com a causa da mulher presa no Brasil na Pastoral Carcerária, faz brincadeira com esse protocolo: — Tem mulher que até dá à luz algemada na cama. Como se ela pudesse se levantar parindo e sair correndo. Só homem pode pensar isso. Porque mesmo que ela pudesse se levantar, qualquer policial com uma perna só andaria mais rápido que ela.” (QUEIROZ, p.42, 2015)

Diversas mulheres presas, outrora gestantes, relatam que viveram momentos de terror durante a ida ao hospital para o parto e na hora do nascimento de seus bebês. As encarceradas são submetidas, por parte dos médicos, enfermeiros, motoristas dos veículos de transporte das presas e dos agentes que as acompanham a condições extremamente desumanas, num dos momentos mais delicados e que deveriam ser um dos mais especiais de suas vidas.

O pós-parto é tão difícil quanto, pois evidentemente os cuidados clínicos são negligenciados. O trecho a seguir retrata essa lamentável condição:

“Ela teve que voltar à cadeia e se reacostumar a dormir no chão de higiene duvidosa da delegacia. Em pouco tempo, seus pontos inflamaram. Doíam tanto que não conseguia andar direito. Chegou a ir ao hospital, onde lhe receitaram vinte injeções de anti-inflamatório. Levaram-na para tomar duas delas e depois não levaram mais. Não tinha

²⁴⁹ Nana Queiroz é escritora e jornalista formada pela USP e estuda questões de gênero

viatura, não tinha policial, sempre havia uma desculpa. Concluiu que era má vontade e não adiantava insistir. Teve que sarar com as duas que tomou mesmo.”(QUEIROZ, p.43, 2015)

Portanto, é notório que os direitos garantidos para essas mulheres não são efetivados. A gravidez, o puerpério e a fase de lactação são momentos únicos e por isso, requerem muitos cuidados que é claro não são ofertados nas instituições penais.

5 DECISÕES E POSICIONAMENTOS ATUAIS DO JUDICIÁRIO FRENTE À TEMÁTICA

Ao pensar em decisões e posicionamentos do poder judiciário acerca do tema trabalhado neste artigo, é imprescindível destacar a relevância do Habeas Corpus Coletivo 142.641, que foi julgado em 20 de fevereiro de 2018, pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF) sendo uma grande vitória para a democracia brasileira.

A prisão preventiva de mulheres grávidas ou com filhos até os doze anos, em estabelecimentos insalubres e superlotados, impedia o pleno exercício da maternidade. Sem acesso a programas de saúde de acompanhamento pré-natal e pós-parto, as mães brasileiras privadas de liberdade eram submetidas à degradação, assim como seus filhos que não possuíam condições adequadas e necessárias para o desenvolvimento infantil.

É, então, em um contexto de quebra do princípio fundamental da dignidade humana de mulheres e crianças que membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu) e da Defensoria Pública impetraram o Habeas Corpus (HC) coletivo em favor das mães presas preventivamente e das crianças gestadas por elas. O Coletivo explicita o caráter discriminatório do sistema penitenciário, em que a grande maioria das encarceradas é pobre e lesada pelas falhas que obstruem o acesso à justiça. Como é exposto pelo relatório apresentado por Ricardo Lewandowski:

“Salientaram o caráter sistemático das violações, no âmbito da prisão cautelar a que estão sujeitas gestantes e mães de crianças, em razão de falhas estruturais de acesso à Justiça, consubstanciadas em obstáculos econômicos, sociais e culturais.”

A 2ª Turma do STF, concedeu o pedido do impetrante, no sentido de decretar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as presas nas situações supramencionadas, considerando que elas sejam acusadas por crimes não violentos ou praticados sem grave ameaça, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP. A decisão veio na sequência de protestos públicos em

relação a uma gestante que foi presa por porte de maconha e deu à luz na prisão enquanto aguardava julgamento.

Essa importante decisão, influenciou julgados posteriores a exemplo do HC 431309/SC, onde o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu beneficiar uma paciente presa que possuía duas filhas de três anos. Na mesma linha, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC), de acordo com o entendimento atual do STF, no HC nº 40034389320188240000 concedeu o benefício da prisão domiciliar à mãe de um bebê de um ano de idade. Outra vez, no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), o benefício da prisão domiciliar é concedido a uma acusada lactante com três filhos menores de 12 anos, por meio do HC nº 21118093420188260000.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) , no HC 00092170920168190000, decidiu pela manutenção da prisão de uma mulher mãe de um bebê em fase de amamentação. Na justificativa da decisão apontava a necessidade de garantir a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal e na desnecessidade da prisão domiciliar, pois a unidade prisional permitia que a presa amamentasse seu filho. Atualmente este último argumento, não poderia ser usado, pois o STF, já reconheceu que as penitenciárias brasileiras não possuem condições estruturais fazendo com que as presas e seus filhos sejam tratados de forma degradante.

6 CONCLUSÃO

É indiscutível que a face patriarcal da sociedade brasileira fez reflexo em toda a história prisional feminina. Os primeiros estabelecimentos penitenciários mostraram a clara diferenciação entre os presos femininos e masculinos, tanto em relação às atividades, quanto em relação à forma em que era executada a pena aplicada. Ademais, o atual cenário brasileiro mostra que as penas cumpridas em estabelecimentos desumanos são frequentes, dessa forma, as mulheres encarceradas sofrem com a quebra dos direitos fundamentais explícitos na Constituição.

A priori, o histórico prisional feminino demonstra que a mulher sempre foi posta à margem da sociedade, considerando, principalmente, a tardia adoção de legislação própria relacionada à mulher e ao cárcere. As atividades executadas nas primeiras penitenciárias sempre foram voltadas à domesticação da mulher, exercendo sempre atividades do lar, não havendo espaço para a mulher provedora, aquela que é responsável pelo próprio sustento.

Ademais, o atual cenário carcerário, marcado pelo sucateamento de instituições, pela superlotação e pela privação dos direitos básicos à vida humana, possui um perfil específico de presa. A grande maioria das mulheres encarceradas são mães, negras,

jovens, pobres e com pouca instrução acadêmica, pessoas que já são vulnerabilizadas no contexto social brasileiro. Torna-se válido afirmar que o sistema de cárcere brasileiro nada mais é que um reflexo da sociedade brasileira, seus preconceitos e falhas. A mãe no cárcere, nesse contexto, é negada frequentemente de exercer seus direitos maternos, apesar dos avanços jurisdicionais nesse sentido, ainda formam a grande maioria das institucionalizadas.

Através das pesquisas executadas, é possível compreender que a história prisional feminina sempre foi fruto do olhar e das decisões masculinas. A desigualdade existente na sociedade brasileira faz frequente reflexo no sistema prisional. Para que ocorram efetivas mudanças, o papel social da mulher deve continuar a ser questionado e o debate relacionada ao aprisionamento de mulheres mães deve ser cada vez mais frequente, gerando medidas legais que promovam a mudança do sistema prisional feminino, pautado na cor e no gênero.

REFERÊNCIAS

ANGOTTI, Bruna e SALLA,, Fernando. **Apontamentos para uma história de presídios das mulheres do Brasil**. Revista Historia de Las Prisiones, 2018.

ANGOTTI, Bruna e SALLA,, Fernando. **Apontamentos para uma história de presídios das mulheres do Brasil**. Revista Historia de Las Prisiones, 2018.

ASSATA, Shakur. **Assata Shakur: Escritos**. Quilombo x Ação Cultural Comunitária. Reaja ou Será Morto/a. 1ª edição. Reaja: Brasília, 2016.

BASTOS, M. **de mulheres**. Rio de Janeiro: Diadorim Editora Ltda., 1997.

BOCK, A. M. B.; FURTADO, O.; TEIXEIRA, M. L. T. **Psicologias – Uma introdução ao estudo de psicologia**. São Paulo: Ed. Saraiva: 2002.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Estatuto da Primeira Infância. **Lei n. 13.257**, de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020..

BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei nº 7.210**, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Lei Complementar nº 153**, Brasília, DF, 09 dez 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2015/leicomplementar-153-9-dezembro-2015-782079-norma-pl.html>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

DIOP, Cheikh Anta. **Unidade Cultural da África Negra: esferas do patriarcado e do matriarcado na antiguidade clássica**. Lisboa: Editora Pedagogo, 2015.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**, 50ª edição. Global Editora. 2005

GERMANO, Idilva Maria Pires; MONTEIRO, Rebeca Áurea Ferreira Gomes; LIBERATO, Mariana Tavares Cavalcanti. **Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 38, p. 27-43, 2018.

GONZALEZ, Lélia. et al. **O lugar da mulher: estudos a condição feminina na sociedade atual** /organização do Madel T. Luz. - Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982. **A mulher negra na sociedade brasileira**, p 89-106.

Habeas Corpus Coletivo 143.641. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, 2018.

IBGE, **Diretoria De Pesquisas, Coordenação De Trabalho E Rendimento, Pesquisa Nacional Por Amostra De Domicílios Contínua**, 2012-2019.

KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano**. Rio de Janeiro: Editora Cobogó, 2019.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999

LEMOS BRITTO, José Gabriel de. **Psychologia do Adulterio**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1933.

LIMA, Elça Mendonça. **Origens da Prisão Feminina no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: OAB/RJ, 1983.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. **Criminal Woman, the Prostitute, and the Normal Woman**. Tradução de Gibson, Mary e Rafter, Nicole Hahn. Durham: Duke University Press, 2004.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A prisão feminina: gravidez e maternidade: um estudo da realidade em Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal – Porto Alegre**, 2014, p.15. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/6671/1/000459044-Texto%2BParcial%2Bv.1-0.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra** - 5ªed. rev. amp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019 (Coleção Cultura Negra e Identidades).

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

OLIVEIRA, Erika. **MULHERES EM CONFLITO COM A LEI: representações sociais, identidades de gênero e letramento**. Universidade Estadual de Maringá, Paraná, 2008, p. 27.

OTONI, Luciana. **Pesquisa do CNJ: quantos juízes negros? Quantas mulheres? Agência CNJ de Notícias**. 3 de maio de 2018. Disponível em: <https://tecnoblog.net/247956/referencia-site-abnt-artigos/>, Acesso em: 07 de dezembro de 2020.

PIZA, Edith. **Porta de vidro: entrada para a branquitude**. In: Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. Petrópolis: Vozes, 2002.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A Modernização do Direito Penal Brasileiro**, ed. Quatier Latin, 2007.

Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade. DEPEN, Ministério da justiça e segurança pública. Julho de 2017.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2006. 62 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) -Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 75. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6377/1/2006_Rosangela%20Peixoto%20Santa%20Rita.pdf . Acesso em: 15 nov. 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Internacionalização dos direitos humanos trabalhistas: o advento da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais**. Revista LTr:Legislação do Trabalho: São Paulo. São Paulo, v.72, n.3, p.277-284, mar. 2008. Material da 1ª aula da disciplina Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado, ministrada no Curso de Pós-graduação lato sensu televirtual em Direito e Processo do Trabalho – Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional - 6ª ed - São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOARES, Bárbara e ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras. Vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro, ed. Garamond, 2002.

STELLA, Cláudia. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos**. São Paulo, LCTE Editora, 2006, p.18.

TEIXEIRA ARTHUR, Angela. **Práticas de Encarceramento Feminino: presas, presídios e freiras**. USP, São Paulo, 2017.

LIBERDADE DE DESLOCAMENTO E A LEI 13.979/20: COMO CAMINHA O IR E VIR EM MEIO À PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Ariel Ribeiro Rêgo²⁵⁰

Amanda Regis Rios dos Santos²⁵¹

Ananda Gabrielle Zacarias Araújo²⁵²

RESUMO

Liberdade de locomoção é uma temática que emergiu diante do novo cenário de COVID-19 e que percorre as sociedades mundial e sobretudo a brasileira. O presente artigo trata justamente desse possível conflito entre o Direito ao Ir e Vir num contexto crítico e

²⁵⁰ Graduando em Direito pela UFBA

²⁵¹ Graduanda em Direito pela UFBA

²⁵² Graduanda em Direito pela UFBA

pandêmico em detrimento das medidas implementadas pela lei 13.979/20, que trouxe reflexos na estruturação da sociedade e da nova dialética dos seus deslocamentos. Pensar dogmaticamente acerca da proposta traz relevância para o contexto atual, dadas as circunstâncias do novo normal causado pelo vírus em choque com o importante Direito à liberdade de locomoção.

Palavras-chaves:

Deslocamento; Ir e vir; Direito fundamental; Liberdade; Pandemia; Locomoção; Saúde;

1 INTRODUÇÃO

O artigo em questão trata sobre a liberdade de locomoção - um recorte do Direito Fundamental à liberdade -, sendo esta analisada frente ao artigo 3º da Lei 13.979/2020, cunhada como “Lei da Quarentena”, que implementou medidas as quais restringem o pleno direito de ir e vir, dada a conjuntura nacional de pandemia oriunda da Covid-19. O direito à liberdade de deslocamento é o objeto que será analisado em meio a essa Lei e o cenário tratado.

O direito à liberdade de deslocamento durante a pandemia é o assunto emblemático em questão, posto que, no Brasil, foram implementadas medidas que buscavam orientar a população sobre as ações frente a essa caótica crise sanitária, pese em que será analisada a medida da Lei relativa à quarentena e a sua limitação para o pleno direito da liberdade. Deve-se observar o quanto existe o sopesar desses direitos fundamentais, quais sejam, a saúde coletiva e a liberdade de locomoção, notando-se a existência de restrição a este último direito.

A metodologia abordada se pauta sobretudo na utilização de doutrinas de renomados juristas, fazendo-se o a análise bibliográfica destes e protocolos sanitários publicados pelos órgãos de saúde.

A problemática em questão se contradiz de certo modo com o direito à liberdade, tendo em vista que uma das ações adotadas pela Lei foi a da quarentena, que regula justamente esse fluxo de pessoas, restringindo a liberdade de locomoção.

Existe notoriamente um conflito entre o direito de ir e vir e a necessidade de implementação da quarentena e de medidas restritivas a essa liberdade, tendo em vista a priorização da saúde coletiva própria e das outras pessoas. Demonstrar que os direitos às liberdades, sobretudo à de locomoção, podem ser reduzidos em um cenário de crise sanitária, mesmo sendo classificada comum direito fundamental assegurado pela Constituição.

A pandemia persiste e esses direitos à liberdade têm sido restringidos, por isso é relevante, acrescentando-se ao fato de que uma parcela da população insiste em desrespeitar as limitações impostas que possuem o objetivo de mitigar a contaminação)

Entre os Direitos Fundamentais acolhidos na Constituição brasileira, é previsto em seu art. 5º, XV, a liberdade de locomoção em território nacional, em tempo de paz.

Essa, por sua vez, é um desdobramento do importante Direito à Liberdade, caracterizado por não poder ser restringido pelo Estado de modo arbitrário, tão somente ocorre quando se é respeitado o devido processo legal e em casos excepcionais (tempos de guerra). Isso se deve principalmente em virtude da ausência de caráter absoluto dos Direitos Fundamentais, com isso, há a restrição do dado direito em determinados casos concretos em questão, desde que apreciado o princípio da ponderação e sopesamento deles. Estes direitos são regidos pelo princípio da complementaridade, ou seja, não devem ser interpretados isoladamente, mas em conjunto, e seu exercício também pode se dar de forma cumulativa. E, mesmo que haja a interdependência entre eles, essa autonomia guarda ligações que intensificam a proteção prevista no catálogo de Direitos.

O presente artigo, através de uma análise dogmática, propõe-se a analisar essa problemática frente à realidade atual do cenário da pandemia da Covid-19. Tendo em vista que há um conflito notório entre o direito de ir e vir e dada a necessidade da quarentena - uma das medidas previstas pela Lei 13.979/20 -, a fim de minimizar a circulação do vírus e disseminação entre as pessoas, assim, restringindo, de certa forma, este direito que é de caráter fundamental, histórico e intrínseco aos seres humanos.

Esta discussão se mostra relevante diante da permanência da pandemia no contexto brasileiro e diante das medidas implementadas pela Lei da Quarentena, como ficou conhecida a Lei 13.979/20, principalmente no que tange à locomoção. Dessa forma, é tendente a manutenção da restrição ao direito de deslocamento a fim de salvaguardar, por exemplo, a vida e a saúde coletiva da população.

3. DESENVOLVIMENTO

2.1 Direitos Fundamentais: Histórico Geral e Características

Localizados no Título II da Constituição Federal de 1988, os Direitos e Garantias Fundamentais são uma grande conquista da Constituição Cidadã, responsáveis por consagrar e estabelecer os princípios da nação brasileira. Expressos formalmente nos artigos 5 e 6 - embora seus conceitos se estendam por toda Constituição -, foram uma conquista histórica e inédita para o Constitucionalismo no Brasil, sendo também

dirigentes no estabelecimento dos princípios democráticos da forma que agora são conhecidos.

Os Direitos Fundamentais possuem um longo histórico que se relaciona com a trajetória do Cristianismo e do Contratualismo, mas se consolidam com o estabelecimento do Estado, do indivíduo como conceito e do Constitucionalismo. Tais direitos exemplificam esse caráter histórico e evolutivo, resultando, como se pode deduzir, dos avanços jurídicos e sociais e, assim, podem ser ampliados ou restringidos a depender das circunstâncias. Atualmente, um grande marco para consolidação dos Direitos Fundamentais pelo mundo é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948. Em seu preâmbulo, ela afirma que:

“Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”²⁵³, estabelecendo princípios gerais seguidos por diversos países, em principal os liberais.

Esta categoria de direitos dialoga com a noção do princípio da Dignidade Humana, sendo assim relacionados diretamente com a natureza do homem, estendendo-se deste modo a estrangeiros, nascidos, onde os direitos do nascituro são protegidos e até falecidos, sendo cabido a estes direitos à imagem, por exemplo. Devido a sua importância, o estabelecimento de um direito como fundamental leva automaticamente a supremacia normativa, que é a prevalência sobre normas infraconstitucionais, a impossibilidade de abolição e aplicabilidade imediata, sendo uma forma protegê-los e consagrá-los juridicamente. São postos como o núcleo mínimo de direitos que devem estar presentes em todo lugar e para todas as pessoas, independentemente da condição jurídica, sendo esta uma característica relacionada à titularidade.

Destacam-se como as principais características dos Direitos Fundamentais a indivisibilidade: esses direitos formam um sistema harmônico, coerente e coeso, não podendo ser compartimentados. Esta relevância constitucional dada a estes direitos os dão características distintas. São interdependentes, dialogam mutuamente, conectam-se, são absolutos e não são passíveis de relativização arbitrária. Assim, não podem ser protegidos individualmente e não possuem uma hierarquia entre si, embora em muitos casos haja conflitos entre qual prevalece frente a outro em casos concretos.

²⁵³ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Biblioteca de Direitos Humanos da USP. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 4 nov. 2020

Outra característica dos Direitos Fundamentais é a sua inalienabilidade: não é possível abrir mão de nenhum deles. Por serem derivados da dignidade humana, de ser pessoa, não é possível renunciar a esta natureza, juntamente com os direitos, tanto não podendo abrir mão ou deles ser usurpado. Pelo mesmo motivo são universais, em que todos os seres humanos são titulares. A inviolabilidade deles é outra marca: há uma impossibilidade de se desrespeitá-los por determinação infraconstitucional ou por atos de autoridade.

Por fim, são historicamente estabelecidos, sendo frutos de construções históricas, podendo mudar de forma com o tempo e outros serem adicionados. Atualmente, fala-se inclusive de Direitos Cibernéticos, Digitais, Genéticos, entre outros, evidenciando como não são estanques e são também frutos de relações e interações sociais complexas, mostrando como a evolução do Direito é porosa, acompanhando e trazendo para sua seara conhecimentos de outras áreas.

O caput do artigo 5º estabelece os Direitos Fundamentais em espécie e no decorrer do artigo os cita extensamente em situações fáticas:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”²⁵⁴

Cada um destes direitos em espécie gera outros: decorrem, por exemplo, dos direitos à vida e a liberdade, os direitos à saúde e de ir e vir em território nacional.

2.2 Direito às Liberdades e sua ampla pluralidade

Em seu artigo quinto, a Constituição Federal consagra os Direitos Fundamentais materiais, entre estes o Direito à Liberdade. Esta noção restringe se à liberdade objetivamente manifestada, em que a liberdade de pensamento não exteriorizada não recebe incidência normativa. Desta forma, existe uma liberdade interna e outra externa, sendo apenas a última objeto de estudo das ciências jurídicas e a primeira restrita ao campo da individualidade²⁵⁵.

²⁵⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 nov. 2020.

²⁵⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge, Curso De Direito Constitucional. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 543.

Em sua obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, José Afonso da Silva classifica o Direito à liberdade em cinco grandes grupos, intitulados de “formas de liberdade”, são eles:

(1) Liberdade da Pessoa Física (liberdades de locomoção, de circulação); (2) Liberdade de Pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento); (3) Liberdade de Expressão Coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); (4) Liberdade de Ação Profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); (5) Liberdade de Conteúdo Econômico e Social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho), de que trataremos entre os direitos econômicos e sociais, porque não integram o campo dos direitos individuais, mas o daqueles.”

Assim, por se tratar de um conceito amplo, o direito à liberdade incide em diversas áreas da vida humana, sendo imprescindível sua regulação e proteção pelo Estado e pelo direito; e necessário para a guarda da dignidade humana.

2.3 COVID-19 e Liberdade: a “parada obrigatória” imposta pelo vírus

2.3.1 COVID-19: Reflexos nos cenários mundial e brasileiro e a dinâmica da liberdade

Nomeada como “COVID-19”, a doença causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) e, ao que se parece, originalmente identificada na cidade de Wuhan, na China, acometeu fugazmente diversos continentes e vitimou milhares de pessoas nas mais variadas cidades e por grande parte do mundo. Consequências das mais variadas foram perceptivelmente notadas sobretudo na área do direito, economia, relações laborais, e, obviamente, na saúde. Atravessando o Pacífico e chegando à América do Sul, o Brasil tornou-se um dos epicentros, com milhões de infectados e um alarmante número de mortes, este que infelizmente atinge números cada vez maiores. Esse vírus e sua rápida disseminação e contaminação promoveu mudanças nas formas de relação das pessoas, dando-lhes novos panoramas materiais para a efetivação de seus direitos formais, em diversas áreas jurídicas na sociedade.

A dinâmica do Direito à Liberdade, sobretudo a que concerne à liberdade de locomoção, foi modificada drasticamente. Estados e seus governos implementaram medidas para diminuir o avanço disseminativo do vírus, que é propagado sobretudo através do ir e vir - cotidiano e pertinente - das pessoas. É sabido que muitas pessoas

podem estar ativamente com o vírus no seu organismo, mas de forma assintomática, logo não se percebe sua manifestação.

Diante disso, a circulação “normal” dessa pessoa, sem os devidos cuidados – uso de máscara e distanciamento social -, trazem risco à saúde pública e coletiva. Conforme os protocolos da OMS, Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde brasileiros, foram veiculadas medidas que orientavam a população a manter-se em casa, caso fosse possível, estabelecendo em diversas cidades e estados medidas protetivas, como o lockdown e a quarentena.

Nota-se o quanto o Ir e Vir foi repensado e reestruturado, priorizando-se casos de necessidade para que houvesse esse “pleno” direito. O vírus, de certa forma, foi um fator impeditivo que impôs barreiras invisíveis e limitou o ir e vir coletivo, fazendo com que a locomoção fosse repensada para situações extremamente necessárias para se salvaguardar não somente a saúde individual, mas a proteção coletiva de igual forma.

2.3.2 Sociedade e Pandemia: atuação dos Direitos Fundamentais

Em meio à atual crise sanitária que assola o Brasil, nota-se o quanto o Direito se faz presente numa conjuntura assolada pelos reflexos de um micro organismo, uma ‘pedra em meio ao caminho’ que fez a sociedade e suas estruturas repensarem suas próprias relações e formas de atuação. As sociedades mundiais, mas sobretudo a brasileira, protagonizaram grandes inquietações e efervescências no seu aparato jurídico para entenderem esse cenário de caos: na saúde, nas relações jurídicas, sociais, dentre outras.

A atuação dos outros ramos do Direito (público ou privado) e dos tão conhecidos Direitos Fundamentais nunca foi tão posta em pauta, ainda mais quando se houve a colisão nítida deles, no sentido fático, material, concreto, isto é, no dia a dia coletivo e individual. Conceitua-se como tais direitos aqueles intimamente relacionados à pessoa humana, sobretudo sobre a sua dignidade, cabendo ao Estado tutelá-los. Além de possuírem algumas características predominantes, como serem aplicáveis a todos os cidadãos e serem irrenunciáveis, é preciso entender que tais direitos também são concorrentes, isto é, caminham formalmente lado a lado e materialmente, deve-se analisá-los, de modo que haja uma consonância com o caso em questão e o sistema jurídico em si. A alcunha de casos em que há esse “embate” entre os direitos fundamentais são nomeadas pela doutrina como hard cases, casos realmente difíceis em que se deve analisar minuciosamente sobre a renúncia/adesão de um direito frente a outro.

Ao se falar sobre os outros Direitos Fundamentais, atreve-se a afirmar que todos ganharam uma nova roupagem nessa perspectiva jurídica da pandemia e, em todas essas análises estava o Direito Constitucional, sobretudo na seara dos Fundamentais, imerso

no debate. Seja no Direito Civil e à Vida, Direito Penal e a Liberdade, por exemplo, Igualdade, Segurança e a Propriedade também protagonizaram discussões sobre o modo de avaliá-los com a adição deste “novo elemento viral” na problemática. Na perspectiva da liberdade, e, com mais afinco à liberdade de locomoção, deve-se compreender que o tratamento dado a ela - num cenário caótico e pandêmico - é manejado com muitas cautelas e ponderações, haja vista que uma das formas de disseminação do coronavírus é a aglomeração e circulação indistinta de pessoas, sem a utilização de máscaras e o respeito ao mínimo distanciamento físico exigido.

2.4 Direito à Liberdade de Locomoção: Histórico e Características

Desde o primeiro esboço de constituição, com A Magna Carta de 1215, havia o que conhecemos hoje como liberdade de locomoção. Em seus artigos 41 e 42 era concedido aos comerciantes e a homens livres a liberdade de sair e entrar na Inglaterra, nela residir e percorrer, tanto por terra como por mar, ressalvadas em situações de guerra.

No ordenamento jurídico brasileiro, a primeira constituição a seguir essa linha e tutelar expressamente o direito de locomoção foi a datada em 1891, que trazia em seu artigo 72, parágrafo 10 o seguinte texto: “Em tempo de paz qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou dele sair com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte.” A partir da primeira constituição republicana, esse direito foi, então, introduzido nos textos constitucionais posteriores. É válido destacar, no entanto, que o Ato Institucional 5, decretado no regime militar brasileiro no ano de 1967, suspendia o habeas corpus, importante instrumento de garantia à liberdade de locomoção. Sendo este, por conseguinte, um período em que esse direito fundamental fora limitado.

No cenário mundial, com o fim da segunda guerra em 1946, a necessidade de garantir direitos individuais tornou-se evidente diante das violações cometidas durante o conflito. É nesse contexto que surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o objetivo de fomentar o respeito a esses direitos e também à liberdade, nos países que assinaram a Declaração. O documento possui 30 artigos que tratam de direitos inalienáveis, garantindo em seu décimo terceiro artigo a liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado, a todo ser humano. Desse modo, os países-membros da ONU passam a ter o direito de ir e vir garantidos em seu território, incluindo o Brasil.

Atualmente, o direito de ir e vir é previsto pela Constituição Federal de 88, art. 5º, XV. Em sua redação, assegura-se a liberdade de locomoção do indivíduo dentro do

país, assim como a saída do território nacional, desde que seja em tempos de paz. Apesar de ser fundamental, este não é um direito absoluto, e como próprio inciso deixa claro, existe a possibilidade de se limitar essa liberdade. A restrição pode ocorrer quando se é declarado Estado de Sítio, por exemplo em caso de guerra.

Outrossim, é importante ressaltar que a liberdade de locomoção possui validade tão somente em espaços públicos. Quando se trata de propriedade privada, pode-se restringir a locomoção.

2.5 A Lei 13.979/2020: Quarentena e o Ir e Vir - Impactos na Liberdade de Locomoção

O primeiro caso de Covid-19 foi registrado pelo Ministério da Saúde em 26 de fevereiro de 2020. Não obstante, antes da chegada do novo vírus no Brasil, o ordenamento jurídico do país já dispunha sobre as medidas de enfrentamento ao avanço da doença. A Lei 13.979/2020, de 6 de fevereiro de 2020, prevê medidas acionadas pelo poder público para minimizar os efeitos causados pelo coronavírus na saúde pública.

Por se tratar de uma lei excepcional, vigora tão somente no período em que perdurar a condição extraordinária, como previsto no art. 8 do seu texto: “esta Lei vigorará enquanto perdurar o estado de emergência internacional pelo coronavírus responsável pelo surto de 2019”. De forma mais detida, é preciso compreender que tais ações foram pensadas para minimizar a circulação do vírus, de caráter altamente disseminativo, sobretudo quando não se mantêm as medidas de precaução, higienização e distanciamento enfatizados.

O texto publicado no Diário Oficial da União em seus nove artigos delibera quais serão efetivamente as ações do governo federal para controlar a disseminação do vírus, desde a especificação de como ficarão as questões do direito laboral enquanto perdurar o cenário pandêmico, bem como a emergência de adoção de medidas de caráter restritivo. Haja vista que, em seu artigo 3º, incisos I, II e III, a lei prenuncia a possibilidade de adotar isolamento, quarentena e determinação de realização compulsória de: exames médicos, testes laborais, coleta de amostras clínicas, vacinação e tratamentos médicos específicos. Essa alternativa adotada pelo governo parece estar na contramão da garantia constitucional e fundamental da liberdade individual, à medida que se pretende limitar a liberdade de locomoção em seus incisos I e II.

No entanto, objetivando a proteção coletiva, isto é, da sociedade - no termo mais amplo, o isolamento e distanciamento físicos, além da quarentena, são as medidas cruciais para deter o avanço do vírus. Cabe aqui trazermos mais explicações para aqueles

termos acima mencionados, retirados diretamente do art. 2º, incisos I e II: “o isolamento consiste na separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e a quarentena já se caracteriza na restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.”

O isolamento físico se pauta então nessa “retirada do meio de circulação” aqueles que estão doentes, de forma a interromper o ciclo disseminativo do vírus, caso essa pessoa contaminada esteja em contato com outras pessoas sem os devidos cuidados sanitários. O seu prazo é estabelecido pelos órgãos de saúde, que convergem em torno de 15 dias para a possível recuperação dessa pessoa. A quarentena por sua vez restringe atividades e de certa forma também isola as pessoas que possivelmente estão contaminadas.

A lei é bastante ampla neste sentido, pois abrange também esse isolamento a objetos, que também são veículos que propagam o vírus nas suas superfícies. Ainda assim, as pessoas saudáveis tiveram seus hábitos modificados, uma vez que a permanência do cidadão em seu lar, locomovendo-se quando necessário para demandas essenciais, foi a pauta da vez e ratificada a todo instante através das mídias televisivas, na internet e rádio com a campanha “Fique em casa”. Sair tornou-se uma atividade com menos incidência, sendo utilizada para atividades cruciais, como ida ao mercado, hospitais, trabalho, farmácias, etc.

A lei ainda traz que tais medidas - implementadas durante a situação de emergência de saúde pública - não devem ser superiores ao prazo declarado pela OMS superior ao tempo de emergência que perdure a pandemia. Ainda assim, o distanciamento físico se caracteriza pela mínima distância que se deve manter em relação às outras pessoas que estão presentes num mesmo local, mesmo que de forma efêmera, sobretudo em lugares que possuem grandes contingentes de pessoas.

Além do mais, pode-se perceber que, de modo mais contundente, percebemos a nítida restrição do direito à liberdade diante da medida imposta pela Lei e que está prevista no seu artigo 3º, a quarentena. Todavia, é de se considerar que não somente a liberdade de locomoção em sua plena atividade foi afetada, mas também, de certo modo, as outras gamas de liberdades vinculadas a esse direito. A liberdade de crença e a de expressão foram repaginadas também, já que implementaram-se medidas como: reuniões e cultos on-line, transmitidos através das plataformas digitais, visto que muitos cultos

presenciais foram suspensos, retornando, quando liberados, com capacidade de público reduzida; por se tratar de um ano eleitoral, muitos eventos de campanha foram feitos on-line, como discussões de propostas, debates e afins.

Pode-se perceber que, eventualmente, os Direitos Fundamentais podem ter seu âmbito de incidência reduzido e ceder em prol de outros direitos, no caso concreto. As medidas de lockdown e quarentena foram implementadas em diversas cidades brasileiras com o fito de barrar o avanço do vírus. Contrariamente a essas medidas implantadas pelo Poder Público, muitas pessoas desrespeitaram os protocolos de saúde, aglomerando-se e sem a utilização muitas vezes da máscara e do álcool em gel. Comportamentos estes que, de forma coletiva, contribuem para a persistência da doença em circulação no país.

2.5 A conflitante Mão Dupla: crise brasileira, locomoção e o novo-normal

A pandemia do novo coronavírus trouxe diversas problemáticas, não apenas na esfera da saúde e economia, mas também para o Direito. Nessa vertente, Thomas Vesting e Niklas Luhmann trazem contribuições importantes ao analisar os subsistemas sociais existentes, nas suas grandes obras: “Teoria do Direito – Uma Introdução; e Introdução à Teoria dos Sistemas, respectivamente.

O subsistema do Direito, poroso e seletivo, permite a passagem desses elementos externos – como as discussões da saúde, política e economia – para integrar ou não seu ordenamento jurídico, através do funcionamento dos códigos binários dessas respectivas áreas. A economia e saúde ganharam um grande protagonismo nesse cenário pandêmico, sendo temas em vários âmbitos da sociedade.

Um dos exemplos do quanto incidem essas contribuições “alheias” ao Direito, mas que relacionam-se e trazem consequências jurídicas para ele é o fato, em escala global, do grande aumento do número de divórcios²⁵⁶. faz necessário a presença de toda uma estrutura para solução destes conflitos. Desta forma, esta situação trouxe a voga novas demandas jurídicas, em principal as que versam dos direitos fundamentais, sendo o direito de deslocamento um dos mais questionados popularmente.

A questão do isolamento social e restrições mais contundentes da locomoção individual trouxeram controvérsias muito complexas no Brasil, em relação às medidas que os representantes do executivo tomaram e também quanto à adesão social destas medidas. Indicadas pela Organização Mundial de Saúde e ratificadas pelo seu Diretor Geral, Tedros Adhanom, as ações de isolamento social são, nas palavras deste: “a única

²⁵⁶ BC. Coronavírus: confinamento teria causado número recorde de divórcios em cidade da China. *In*: Coronavírus: confinamento teria causado número recorde de divórcios em cidade da China. , 24 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/03/24/coronavirus-confinamento-teria-causado-numero-recorde-de-divorcios-em-cidade-da-china.ghtml>. Acesso em: 9 nov. 2020.

opção que temos para derrotar esse vírus.”²⁵⁷. Em contrapartida, foram muito questionadas por governantes e pela sociedade sobre a real eficácia delas.

Num momento conturbado da política brasileira, as decisões em relação a como estas medidas seriam aplicadas foram divergentes. De uma forma geral, o Governo Federal por meio de seu representante, o Presidente da República, questionou diversas vezes estas medidas com argumentos em defesa da economia e certo negacionismo do potencial de letalidade da doença, onde recentemente o presidente afirmou que: “‘fique em casa’ é para os ‘fracos’: ‘Conversinha mole’.”²⁵⁸. Cabe salientar ainda que muitos prefeitos e governadores adotaram medidas restritivas mais rígidas a fim de salvaguardar a saúde da população, como o lockdown, distribuição de máscaras e testagem da população.

Em movimento contrário, a maioria dos governadores do executivo estadual, devido à autonomia que estados gozam no federalismo brasileiro, optaram por medidas mais restritivas de isolamento²⁵⁹. Acima de questões políticas que envolvem esta situação, é importante pontuar que estas decisões distintas, conflitantes e polêmicas quanto às limitações dos direitos de ir e vir não deixaram evidentes quais medidas deveriam ser tomadas, deixando a população confusa e aberta a sua discricionariedade, o que pode ser um dos fatores que explique a baixa taxa de isolamento social no Brasil²⁶⁰ e o desrespeito a essas medidas, passados quase 9 meses de pandemia no Brasil.

Neste contexto de incertezas políticas, marcado também fortemente pelo sentimento de medo e tentativa de adaptação frente a esta realidade, questionamentos quanto a esse direito de deslocamento foram feitos pela sociedade. Diversas expressões foram cunhadas como “novo normal” e o conceito de “furar a quarentena”, que significa o não respeito à medida de isolamento social por quaisquer que sejam os motivos. Essa cisão entre os que “respeitam a quarentena” e os “furadores de quarentena”, é uma consequência desta política adotada e causadora de um certo mal estar social neste contexto.

²⁵⁷ UOL (São Paulo). OMS volta a defender isolamento social: 'é a única opção que temos'. In: OMS volta a defender isolamento social: 'é a única opção que temos'. , 30 mar. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/30/oms-volta-a-defender-isolamento-social-e-a-unica-opcao-que-temos.htm>. Acesso em: 9 nov. 2020.

²⁵⁸ UOL (Brasília). Bolsonaro diz que 'fique em casa' é para os 'fracos': 'Conversinha mole'. In: Bolsonaro diz que 'fique em casa' é para os 'fracos': 'Conversinha mole', 18 set. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/18/bolsonaro-diz-que-fique-em-casae-para-os-fracos-conversinha-mole.htm>. Acesso em: 9 nov. 2020.

²⁵⁹ PREFEITURA DE SÃO PAULO. Governadores seguem OMS e mantêm isolamento social para combater o coronavírus. In: Governadores seguem OMS e mantêm isolamento social para combater o coronavírus., 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/governadores-seguem-oms-e-mantem-isolamento-social-para-combater-o-coronavirus/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

²⁶⁰ INLOCO. Mapa brasileiro da COVID-19. In: Mapa brasileiro da COVID-19., 1 fev. 2020. Disponível em: <https://mapabrasileirodacovid.inloco.com.br/pt/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

Outro ponto complexo em relação à restrição deste direito ir e vir refere-se a uma esfera muito subjetiva do ser humano, ao qual o Direito também dialoga: os danos psicossociais causados por um isolamento social muito duradouro e intenso. Da mesma forma que o direito à liberdade de deslocamento é um direito fundamental que se relaciona estreitamente à dignidade humana - sendo consagrado pela Constituição Federal -, ela em seu preâmbulo afirma ser responsável por assegurar o exercício do bem estar de seus cidadãos, que depende também de uma saúde mental em pleno vigor. Sendo assim, há outro conflito presente que gira em torno da vedação da liberdade de ir e vir por longo tempo em detrimento do bem estar psicológico dos indivíduos.

Neste contexto de crise, a questão do direito de ir e vir ganha evidência em diversas áreas que dialogam com o direito: a política, no que tange às escolhas do Estado de quais medidas adotar em relação a esse direito fundamental; sociologia, que refere-se aos movimento da sociedade frente à adesão de leis, medidas provisórias e outros artifícios jurídicos; e biopsicossocial que refere-se aos impactos que as normas positivadas pelo Direito terão em cada indivíduo.

Uma outra perspectiva que há uma alteração na dinâmica do ir e vir é a manutenção do isolamento domiciliar para pessoas do grupo de risco. Houve também a adoção, por parte de alguns estabelecimentos comerciais e até mesmo para o dia das eleições municipais, de horários preferenciais para as pessoas mais idosas e/ou com deficiências. Ainda assim, foi dada a prioridade, por muitas empresas e serviços, ao teletrabalho em relação ao presencial, além das reuniões por teleconferência, novas “modalidades” de liberdade que surgiram para substituir práticas que pudessem gerar mais risco de contaminação a essas pessoas.

A conflitante mão dupla pauta-se, então, no fato de existirem diversas consequências que são desencadeadas para uma determinada área, como a saúde, que acarretam reverberações para todo um sistema. A crise brasileira oriunda da covid-19 afeta não somente os vitimados pela doença, mas toda uma conjuntura social que se move contra a sua proliferação, alterando suas perspectivas de locomoção e fazendo-se valer um novo-normal.

CONCLUSÃO/CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imperioso que se entenda o cenário atual e a complexidade deste para o Direito, a sociedade e as relações entre os cidadãos. A temática tratada neste artigo pautou-se sumariamente nesta análise do direito à liberdade e a Lei em questão, a 13.979/20, cunhada como a Lei da Quarentena. O tratamento trazido neste artigo aos Direitos Fundamentais foi de modo a corroborar com sua grandiosidade normativa e doutrinária,

mostrando o quanto são necessários e o quanto possuem características próprias e marcantes frente a outros direitos. Somando-se a isso, é importante analisar a questão da liberdade de deslocamento sobretudo em tempos em que se nota o quanto os direitos fundamentais são presentes na vida do indivíduo, mesmo que não se perceba com tanta frequência, em que também foram trazidos temas atinentes a seu histórico e características.

O foco trazido para o direito da liberdade e a liberdade de locomoção em questão emergiu diante do cenário atual, em que também foram analisados os reflexos da doença e o cenário brasileiro e os reflexos advindos. As configurações desses direitos foram alteradas, trazendo ressonâncias para diversas searas jurídicas. Os questionamentos frente à liberdade do ir e vir ganharam protagonismo quando foi, - de certo modo -, cerceada pelo Poder Público, de maneira a resguardar a saúde coletiva e proteção da sociedade.

O ir e vir neste cenário pandêmico cedeu espaço para o direito à vida e à saúde, mas tudo isso feito com bases científicas e sopesamento necessário, embora muitas vezes questionados negativamente pela sociedade. Apesar de ambos seres direitos fundamentais, a limitação nessa circunstância se impôs necessária e “forçosa”. Historicamente, os direitos fundamentais vêm ganhando notoriedade e repercussão e sua importância social garante a sua aplicabilidade. É preciso entender que tais medidas são tomadas a partir de estudos, de pesquisas entre especialistas e de confiabilidade científica, logo, as ações administradas pelos gestores tentaram dirimir maiores contratempos causados pela doença, de forma a salvaguardar a vida em primeiro plano.

A Lei 13.979/2020 e sua correlação com a quarentena e o ir e vir cotidiano desvelam a nítida “parada obrigatória” que o vírus recrudescer na sociedade brasileira. Esse conflito de duas vias - a necessidade de locomoção e a crise sanitária que se agrava - mostra-se a pertinência desse direito para a vida cidadã, fazendo com que as pessoas repensem suas rotas e se habituem a esse novo normal.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E ELETRÔNICAS

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 38. ed. atual. [S. l.]: Saraiva, 2012.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. atual. [S. l.]: JusPodium, 2018.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33. ed. atual. [S. l.]: Atlas, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. atual. [S. l.]: Saraiva, 2017.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ARCHANJO, Camila Celestino Conceição. Direitos Fundamentais do Brasil: Teoria Geral e Comentários ao Artigo 5º da Constituição Federal de 1988. 1. ed. [S. l.]: Dialética, 2020.

CARDOSO, Milena. A fragilidade da liberdade de locomoção em tempos de pandemia. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80687/a-fragilidade-da-liberdade-de-locomocao-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 27 out. 2020.

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

FERREIRA DOS SANTOS, Carlos Eduardo. A quarentena versus a liberdade de locomoção. [S. l.], 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/ferreira-santos-quarentena-liberdade-locomocao>. Acesso em: 29 nov. 2020.

MELO, Thiago. Lockdown e a liberdade de locomoção no âmbito da pandemia do novo coronavírus. [S. l.], 05 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/pareceres/81967/lockdown-e-a-liberdade-de-locomocao-no-ambito-da-pandemia-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 4 nov. 2020.

FERREIRA, André; MORIBE, Camila Misko. Empos de pandemia e o direito constitucional de ir e vir. [S. l.], 23 abr. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/325170/tempos-de-pandemia-e-o-direito-constitucional-de-ir-e-vir>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. A liberdade de locomoção e suas restrições. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/a-liberdade-de-locomocao-e-suas-restricoes-diante-de-outros-direitos-fundamentais>. Acesso em: 29 nov. 2020.

LOPES CAVALCANTE, Márcio André. Lei 13.979/2020: estabelece medidas para enfrentamento do coronavírus. [S. l.], 21 mar. 2020. Disponível

em: <https://www.dizerodireito.com.br/2020/03/lei-139792020-estabelece-medidas-para.html>. Acesso em: 20 nov. 2020.

AZEVEDO, Igor Nóvoa dos Santos Velasco. A pandemia de COVID-19 e o direito fundamental ao isolamento social – Reflexos do novo coronavírus no universo jurídico brasileiro. [S. l.], 1 set. 2020. Disponível em: A pandemia de COVID-19 e o direito fundamental ao isolamento social – Reflexos do novo coronavírus no universo jurídico brasileiro. Acesso em: 18 nov. 2020.

CORTEZ, Frederico. O direito de locomoção na pandemia do coronavírus, por Frederico Cortez. [S. l.], 19 abr. 2020. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/o-direito-de-locomocao-na-pandemia-do-coronavirus-por-frederico-cortez/>. Acesso em: 12 nov. 2020.

MINISTÉRIO da Saúde lança Protocolo de Tratamento do Covid-19. [S. l.], 2 mar. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/ministerio-da-saude-lanca-protocolo-de-tratamento-do-covid-19>. Acesso em: 19 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.341 DISTRITO FEDERAL, [S. l.], 24 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342747913&ext=.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Medida Provisória nº MPV 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. [S. l.], 20 mar. 2020.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Lei nº 13979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. [S. l.], 7 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 11 nov. 2020.

CASTROVIEJO, Gabriela Gomes Acioli. Coronavírus (COVID-19) e Dispensa de Licitação: análise sob a ótica da Lei 13.979/2020. [S. l.], 1 jun. 2020. Disponível em:

[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/coronavirus covid-19-e-dispensa-de-licitacao-analise-sob-a-otica-da-lei-13-979-2020/](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/coronavirus-covid-19-e-dispensa-de-licitacao-analise-sob-a-otica-da-lei-13-979-2020/). Acesso em: 20 nov. 2020.

NOBRE, Emily Solon Marquinho; AGUIAR, Simone Coêlho. Lei nº 13.979/2020 e o regime emergencial da dispensa de licitação do coronavírus. [S. 1.] 23 jun. 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/631- Texto%20do%20artigo-2425-2-10-20200911.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/631-Texto%20do%20artigo-2425-2-10-20200911.pdf)

22

O QUE VOCÊ PRECISA SABER: Coronavírus - COVID-19. [S. 1.], 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BAHIA, Prefeitura de Salvador. Protocolos Geral e Específicos: Salvador contra o coronavírus. [S. 1.], 2020. Disponível em: <http://www.informe.salvador.ba.gov.br/coronavirus/decretos/protocolos>. Acesso em: 25 nov. 2020.

INFORMAÇÕES - Vigilância Sanitária. [S. 1.], 2020. Disponível em: <http://www.saude.salvador.ba.gov.br/vigilancia-sanitaria/informacoes/>. Acesso em: 19 nov. 2020.

SAÚDE, Ministério da. Manejo clínico e tratamento. [S. 1.], 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/manejo-clinico-e-tratamento>. Acesso em: 28 nov. 2020.

RS, UFRGS. Protocolos COVID-19. [S. 1.], 2020. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/documenta/protocolos-covid-19>. Acesso em: 1 dez. 2020.

UNIVERSIDADE, UNICAMP. Protocolos e Referências: Unicamp contra a covid 19. [S. 1.], 2020. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/cartilha-covid-19/protocolos-e-referencias>. Acesso em: 1 dez. 2020.

SECRETARIA DE SAÚDE, Governo do Estado. Covid-19. Novo Coronavírus. [S. 1.], 2020. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/temasdesaude/coronavirus/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

PRESIDENTE PRUDENTE, Por G1. Durante pandemia da Covid-19, eleitorado deve atentar aos protocolos de segurança sanitária nas eleições municipais. [S. 1.], 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/presidente-prudente>

regiao/eleicoes/2020/noticia/2020/11/15/durante-pandemia-da-covid-19-eleitorado-deve-atentar-aos-protocolos-de-seguranca-sanitaria-nas-eleicoes-municipais.ghtml. Acesso em: 29 nov. 2020.

CARVALHO, Tatiane Cabreira. Direito à liberdade de locomoção X Direito à vida em tempos de Coronavírus. [S. l.], 9 jul. 2020. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54864/direito-liberdade-de-locomoo-x-direito-vida-em-tempos-de-coronavrus>. Acesso em: 29 nov. 2020.

VENERAL, Débora; KNIHS, Karla. Lockdown e liberdade de locomoção. [S. l.], 10 jun. 2020. Disponível em: <https://www.uninter.com/noticias/lockdown-e-liberdade-de-locomocao>. Acesso em: 30 nov. 2020.

O DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR NO CONTEXTO NEOLIBERAL: O NEOLIBERALISMO COMO VIOLADOR DO DIREITO À SAÚDE

Jessica Mariana Cruz Santos²⁶¹

Luan dos Santos Silva²⁶²

RESUMO: A era neoliberal significa, em muito, um retrocesso às conquistas de direitos sociais antes garantidos pelo Estado brasileiro, que seguia os princípios da Constituição Federal de 1988 a fim de se concretizar a dignidade da pessoa humana. Esse artigo buscou evidenciar como o investimento prioritário na esfera econômica afeta a saúde dos

²⁶¹ Bacharelanda Interdisciplinar em Humanidades da Universidade Federal da Bahia (UFBA). jessiica.marianacs@gmail.com

²⁶² Bacharelando Interdisciplinar em Humanidades da Universidade Federal da Bahia (UFBA). sluan0016@gmail.com

trabalhadores, aqui considerada como uma esfera que resulta de todas as condições sociais que englobam o indivíduo, e, portanto, mostra-se como dependente da atuação do governo no cumprimento dos seus deveres para com os cidadãos. Trata-se de uma revisão integrativa na qual consiste na construção de uma análise ampla da literatura, que contribuem diretamente para a realização de estudos futuros. Destacou-se justamente que, devido às diversas privatizações de serviços públicos, as funções do governo e os direitos da população encontram-se desvirtuados, e a própria saúde agora é tida como mercadoria, restrita a uma parcela privilegiada da população que consegue acessá-la devido ao poder aquisitivo.

Palavras-chave: Direito. Saúde. Neoliberalismo. Trabalhador.

ABSTRACT: The neoliberal era means, in a great way, a regression to the conquests of social rights previously guaranteed by the Brazilian State, which followed the principles of the Federal Constitution of 1988 in order to materialize the dignity of the human person. This article sought to show how the priority investment in the economic sphere affects the health of workers, considered here as a sphere that results from all social conditions that encompass the individual, and, therefore, shows itself as dependent on the government's performance in the fulfillment of their duties to citizens. It's an integrative review in which it consists of building a broad analysis of the literature, which directly contribute to the realization of future studies. It was highlighted that, due to the various privatizations of public services, the functions of the government and the rights of the population are distorted, and health itself is now considered a commodity, restricted to a privileged portion of the population that can access it due to purchasing power.

Keywords: Right. Health. Neoliberalism. Worker.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais são direitos essenciais para a concretização do princípio da dignidade da Pessoa Humana e que, por sua importância, estão positivados no plano interno de cada Estado. Isso significa que cada ordenamento jurídico possui um núcleo de Direitos que arroga para si como tendo essa classificação. No Brasil, eles são fruto de um longo processo histórico em cada uma das Constituições brasileiras até chegar a atual.

Assim, destaca-se o Direito à Saúde no contexto brasileiro. Primeiro, realizou-se um rápido panorama sobre Direitos Fundamentais, para, em seguida, conceituar

propriamente a saúde. Para analisá-la, foi trazida a dimensão das condições sociais voltada aos trabalhadores - que ao longo da história tiveram seus bens negados e cujos movimentos políticos foram imprescindíveis para a adesão de diversas conquistas sociais, mostrando sua ligação com os outros tidos como fundamentais no ordenamento brasileiro, como o Direito à Vida.

Com o objetivo de ressaltar a importância de uma concepção ampla de saúde, incluindo condições externas e internas aos indivíduos, sem as quais não se concretiza o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o processo evolutivo e histórico do Direito à Saúde no ordenamento jurídico brasileiro foi trazido.

O contexto contemporâneo do Neoliberalismo, marcado por uma excessiva flexibilização e quebra de laços formais nas relações de trabalho, possui diversos princípios contrários à concretização dos Direitos Fundamentais, e, portanto, contrário à Carta Magna Brasileira, que defende uma participação ainda maior do Estado, não apenas ao que tange a aplicabilidade imediata, mas também na eficácia desse direito. Diversos direitos são violados devido a esse sistema econômico e o que propusemos é uma maior intervenção do Estado, promovendo as condições e os instrumentos para mudar o cenário que afeta o princípio de uma vida digna.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO

A Modernidade e todas as mudanças provenientes dela são responsáveis pelo seu surgimento. É verdade que a Magna Carta, na Inglaterra, assinada pelo Rei João “sem-terra” sob a pressão dos barões no ano de 1215, foi pioneira no processo de constitucionalização, que trazia alguns direitos frente ao seu tempo, como o “Habeas Corpus”, e é considerada a base das liberdades da Inglaterra palco do Bill of Rights de 1689, como mostra Cardoso (1986).

Porém, mais tarde, nos modelos de constitucionalização da modernidade, que visavam também limitar poderes de um Estado Absolutista, encontra-se as diversas revoluções políticas liberais, como a Revolução Francesa (1789) e a Revolução Americana (1786), fundamentadas nos ideais iluministas, muito importantes pelas Declarações de Direito que foram promovidas. Ou seja, a Constituição foi importante para “proteger os interesses liberais do abuso do poder absoluto” (LIMA; BOAS FILHO, 2018). Desse modo, o Estado de Direito promoveu a divisão em três poderes, o império da lei juntamente com a “submissão” a Constituição, e a garantia de Direitos fundamentais, visto que agora tinha o foco no indivíduo, que deveria ser livre e igual, aos outros, compondo a primeira dimensão dos Direitos Fundamentais.

A passagem desse Estado liberal para um Estado Social, devido a reivindicações das classes no século XIX e no início do século XX, prolongando os chamados Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, da segunda dimensão, seguidos pelos direitos cuja titularidade remete à coletividade, ao gênero humano propriamente dito da terceira dimensão (VIEIRA JÚNIOR, 2015). O Estado Democrático de Direito da terceira dimensão deve “não apenas garantir a felicidade social, mas, acima de tudo, deve concitar seus cidadãos à solidariedade social e à consciência ecológica” (PRADO, 2012). Há autores que defendem mais de três dimensões, entretanto esse não é o nosso foco.

O que cabe destacar é que essa classificação em dimensões, ou gerações, a partir de uma cronologia da origem, não deve ser utilizada para separarem esses direitos como oriundos de forma isolada, paralela, como se a condição de existência de um fosse a condição de exclusão do anterior. Cada geração, assim como cada direito, vem para contribuir para o anterior, em uma equação de soma. O que se quer defender é que os direitos fundamentais são resultados de uma luta histórica. Cada direito tem sua particularidade, variando de ordenamento jurídico para outro.

Assim, essencialmente similares aos “Human Rights”, os Direitos Fundamentais são assim considerados por serem fundamentais para a concretização da dignidade da pessoa humana. A denominação de “fundamentais” foi convencionalizada, aqui no Brasil, para retratar aqueles protegidos na esfera nacional, enquanto a nomenclatura “Direitos Humanos” se refere também aos tidos como essenciais, porém no plano internacional:

(...) poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista universalista), direitos fundamentais são os direitos humanos, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1993 apud TAIAR, 2009, p.27).

3 CONCEITO DE SAÚDE

Quando se pensa em saúde é comum pensar a relação saúde-doença, trazendo uma como oposta à outra. O debate acerca desse conceito se faz presente desde a antiguidade, com explicações mitológicas para o surgimento da doença como consequência de transgressões cometidas por seres humanos, apresentando uma linha evolutiva bastante variada até chegar aos dias de hoje.

Basicamente, nos tempos antigos, a doença seria uma forma de castigo enviada por entes divinos. Com o passar do tempo, o olhar na medicina muda o foco agora para o portador da doença, que passa a ser considerada como um fenômeno natural. A Grécia Clássica foi responsável pela busca das primeiras explicações que não possuíssem um caráter sobrenatural para explicar tanto a saúde como a doença. O *arké* para os filósofos pré-socráticos se constituiria a partir dos 4 elementos - água, terra, fogo e ar, formando a teoria dos elementos, que influenciou em muito o pensamento de Hipócrates, o pai da medicina ocidental, que enxergava a saúde como uma espécie de equilíbrio entre os humores. Os humores para ele correspondem aos elementos, trazendo a bile amarela como o fogo, a bile negra como a terra, o sangue como o ar, e a fleuma como a água (BARROS, 2002).

Assim, a saúde seria o equilíbrio entre esses 4 humores e a doença, de modo contrário, representaria o desequilíbrio entre eles.

Era de se esperar que o pensamento hipocrático, tanto do seu líder, quanto dos seus discípulos, tivesse como pressupostos as contribuições dos filósofos que os antecederam ou dos seus contemporâneos. A escola hipocrática aprofunda estratégias de recuperação da saúde, mas, sobretudo, de prevenção das doenças e que se podem extrair dos fragmentos, reunidos sob a epígrafe *corpus hipocraticum* nos quais se pode notar a valorização do ambiente de trabalho, da habitação ou da dieta, na determinação do bom estado de saúde (BARROS, 2002).

Avançando um pouco mais no processo evolutivo da saúde, encontramos na Idade Média o pensamento de Galeno que já traz não apenas influências internas, como predisposição individual, mas também influências externas, ambientais. Um diagnóstico deveria ser feito através de uma análise cuidadosa do indivíduo, seu temperamento, a condição de vida e as condições ambientais naquela época. Paracelso, também médico, apresentava a importância do ambiente com a presença de doenças, bem como motivações psíquicas e predisposição biológica (BARROS, 2002).

Todas essas correntes de pensamento, tanto de Galeno quanto de Hipócrates e Paracelso, ressaltam a importância do ambiente para o tratamento de doenças, bem como impactam na saúde dos indivíduos. A dimensão psicológica já podia ser vista como parte influente na saúde e na doença.

Com o Renascimento, entre meados do século XIV e final do século XVI, o método cartesiano, responsável sobre a cisão entre corpo e mente, e as formulações de Isaac Newton, foram fundamentais para o desenvolvimento do pensamento mecanicista que enxerga o corpo como uma máquina a ser conhecida, dando um foco cada vez maior

para o modelo biomédico da medicina, que trata a saúde cada vez mais como a ausência de doenças. O foco da medicina passa então a ser a cura e tratamento de doenças, cujo tratamento seria produzido de forma química, com a aliança entre biomédicos e farmacêuticos (BARROS, 2002).

O foco no elemento corpo físico e com as doenças observáveis contribuiu para a visão popularmente conhecida da importância maior do corpo e menos nos aspectos psicológicos. O tratamento de doenças orgânicas e o foco na objetividade cartesiana fez com que ocorresse uma valorização cada vez maior da saúde física em detrimento da saúde psicológica, ambas trazidas como elementos diferentes. A função dos médicos era tratar as doenças causadas por alterações negativas no mecanismo biológico.

Nessa linha de evolução, o século XIX enfatizou o caráter mecanicista da doença. Sob o predomínio da máquina, a sociedade industrial procurou explicar a doença como sendo o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado (DALLARI, 1988).

Assim, com a Revolução Industrial no seu auge, duas correntes que conceituavam a saúde se colocaram em debate no século XX. A primeira trazia as condições externas, como o meio ambiente, o ambiente de trabalho, as condições de alimentação, como proporcionais a um grau mais elevado ou menos elevado de saúde dos indivíduos. Já a segunda, citada acima, trazia uma visão mais restrita pautada, única e exclusivamente, na ausência de doenças para uma saúde completa, o que fez com que os medicamentos químicos fossem cada vez mais exaltados e valorizados (DALLARI, 1988).

Nesse ponto, é possível perceber um movimento que já enxergava condições sociais como influentes no processo da construção de saúde e no que se constituiria como a dignidade da pessoa humana, exemplificando a característica de indivisibilidade e interdependência entre os direitos fundamentais. Pode-se trazer alguns outros direitos como essenciais para a realização plena do Direito à Saúde, e conseqüentemente, do Direito à Vida.

Com a experiência vivida pelo mundo com as Grandes Guerras, inseriu o aspecto político no debate, o que gerou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada e adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de Dezembro de 1948, que ressalta a importância do império da lei em assegurar os direitos considerados como fundamentais para a existência de uma vida digna em um plano mais internacional. A questão da saúde foi levantada no artigo 25 §1:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação,

cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (ONU, 1948).

Desse modo, a Organização Mundial da Saúde no preâmbulo da sua Constituição traz como conceito “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity” (OMS, 1946). É fato que esse conceito traria questionamentos, pois esse estado completo parece ser algo utópico de se defender, mas o que se busca ressaltar é que a saúde, então, volta a ser considerada como um conjunto de condições externas, a relação com o ambiente, ressaltando os aspectos psicológicos como parte constituinte e elementar. A saúde mental, portanto, é essencial e parte complementar da saúde.

No Brasil, em 1986, houve a VIII Conferência Nacional de Saúde, responsável pelo movimento sanitário e reforma, buscou:

(...) relacionar com condições sociais de vida, a saúde foi definida como resultante das condições de alimentação, educação, renda, meio ambiente, trabalho e transporte, emprego e lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção” (BRASIL, 1986).

Assim, engloba-se dimensões e condições sociais, apontando para uma necessidade de integração da política da saúde para as políticas sociais e econômicas. Resultado dessa Conferência, que pela primeira vez contou com participação popular e que teve uma influência direta com a Constituição de 1988, foi atribuído que tais condições, juntamente com a universalização do acesso à saúde, deveriam ser garantidas pelo Estado.

3.1 O CONCEITO DE SAÚDE PARA A CLASSE TRABALHADORA

No conceito trazido pela VIII Conferência Nacional de Saúde, é importante ressaltar que a condição de trabalho, uma dimensão social, é trazida como parte influente à saúde devido ao que se buscou dar ênfase à classe trabalhadora nesse estudo. Ressaltando a relativização e a historicidade do conceito de saúde, já citado, é importante trazer que a incapacidade de trabalhar está altamente relacionada com a concepção do que seria doença ao se fazer o recorte da categoria assalariada.

Assim, a saúde seria, de modo contrário, a capacidade do indivíduo de exercer suas funções laborais. O corpo, mais uma vez, é extremamente valorizado, pois funciona

como a máquina que possibilita gerar a produtividade requerida pelo sistema capitalista presente na nossa sociedade.

Assim, a concepção da visão biomédica é fortalecida e retroalimenta o sistema capitalista que, por sua vez, foi responsável pelo fortalecimento da concepção de saúde, principalmente no que tange ao fenômeno da medicalização.

Está aberto o campo para a gestação do 'complexo-médico-industrial' e para a mais ampla possível mercantilização da medicina, com todos os malefícios daí decorrentes, especialmente no acesso não equânime e universal aos serviços médico-assistenciais, inclusive aos essenciais e o que é mais grave, ainda, nas sociedades, como a nossa, marcada por cruel concentração da renda e, daí, de todos os bens e serviços (BARROS, 2002).

Apesar disso, a definição trazida em 1986 se consagrou como forte opositora à visão mecanicista, que é responsável por exaltar os medicamentos como soluções permanentes para o problema que deixa de lado as dimensões sociais e psicológicas da saúde. As condições fornecidas aos trabalhadores no ambiente de trabalho passaram a possuir papel protagonista não apenas no conceito de saúde, como também foram elevadas ao patamar de consagrarem-se essenciais para o exercício de uma vida digna.

4 O CONCEITO DA DIGNIDADE HUMANA NO CONTEXTO BRASILEIRO

O exercício de uma vida digna se consagra no conceito da pessoa dignidade humana como um fundamento da Carta Magna Brasileira atual, conferindo a esta uma valoração das garantias individuais, ao consumir-se que o conceito da dignidade da pessoa humana nasce no âmago social do respeito de um para com o outro, sem preconceitos, sendo valor próprio e principal, tendo maior fundamento proteger o ser humano contra qualquer forma de degradação (LIMA, 2012).

O princípio da dignidade da pessoa humana, como um atributo de toda pessoa humana, é um valor em si absoluto, sendo fundamental para a ordem jurídica, pois, é a essência dos direitos humanos e a condição prévia para o reconhecimento de todos os demais direitos, devendo sua presença na Carta Magna ser uma condição, sendo assim sempre ocupou um lugar de profundo destaque no pensamento filosófico, político e jurídico, inclusive tendo sido positivado por inúmeras constituições. É assim que desta forma procurou o Professor Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana na seara jurídica:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p.62).

O conceito da dignidade da pessoa humana um conceito histórico é construído através do tempo, e vem com uma influência desde os tempos da revolução francesa com uma forte influência do iluminismo, por ter como permeando desse modo a carta, tendo assim no Art. 1º inciso III, a resolução entre o texto principal e o preâmbulo, pois, quando este declara direitos individuais, de liberdade, de igualdade, de justiça e tudo sem preconceitos, aquele, traz como fundamento ou alicerce da Constituição a dignidade da pessoa humana.

Diante, ainda, existe o Art. 4º, inciso II, trazendo os direitos humanos como regente da República e o Art. 5º, que fala da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à igualdade, sendo expresso assim:

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

[...] III – **a dignidade da pessoa humana**

Art. 4º **A República Federativa do Brasil rege-se** nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II – **prevalência dos direitos humanos;**

Art. 5º **Todos são iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

No entanto, perceber que na Constituição Federal de 1988 o texto, além dele mostrar que é voltado para um lado mais humanizado, também observa os remédios constitucionais como forma de assegurar os valores constitucionais e os dos direitos individuais, baseados nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, são esses os sete remédios:

1. Habeas Corpus – Art. 5º – LXVIII – conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que

alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade

de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (BRASIL, 1988, Art. 5º, LXVIII).

2. Mandado de Segurança – Art. 5º – LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas

data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública

ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (BRASIL,

1988, Art. 5º, LXIX).

3. Mandado de Segurança Coletivo – Art. 5º – LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou

associados (BRASIL, 1988, Art. 5º, LXX, letra a e b).

4. Mandado de Injunção – Art. 5º – LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos

e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania

e à cidadania (BRASIL, 1988, Art. 5º, LXXI).

5. Habeas Data – Art. 5º – LXXII – conceder-se-á “habeas-data”:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante,

constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter

público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (BRASIL, 1988, Art. 5º, LXXII, letra a e

b).

6. Ação Popular – Art. 5º – LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor

ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que

o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio

histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência (BRASIL, 1988, Art. 5º, LXXIII).

7. Ação Civil Pública – Art. 129, III, CF/88 –. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (BRASIL, 1988, Art. 129).

É certo afirmar, que a Constituição Federal de 1988, destacou principalmente a forma como a constituição estabeleceu valores que eram, e são, percebidos como mais humanos, uma afeição a dignidade da pessoa humana e as liberdades individuais. Francisco Amaral (2003), afirma que esse princípio, como um valor jurídico constitucionalmente positivado, se constitui como um marco jurídico dos direitos das pessoas como uma forma de unificar os direitos fundamentais, dentre eles o direito fundamental à saúde, de que estamos tratando aqui.

Dessa forma, a concepção da saúde como ausência de doenças, a que tem maior utilidade ao capitalismo devido ao interesse mercadológico de compra e venda da cura, se mostra inválida, sobretudo devido ao princípio norteador e fundamental da Constituição Brasileira de 1988 que prevê a realização de todos os direitos fundamentais para que ele seja concretizado (CAVALCANTE, 2007).

5 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O Direito à saúde nunca foi inserido em uma Carta Constitucional Brasileira como é trazido na de 1988, vigente até atualmente, como um direito fundamental social. Antes, ainda que não tivesse sido consagrado como um direito propriamente dito, já havia referências a uma saúde ligada à classe trabalhadora e certo papel do governo em combater suas deficiências. Na linha de desenvolvimento, é possível ver que essa constituição o consagra como essencial na concretude do princípio abordado anteriormente, o da dignidade da pessoa humana, e ressalta a importância do seu resguardo por parte do governo, inclusive para a classe trabalhadora, mas dessa vez de forma expressa e tratado de forma exclusiva..

Na primeira Constituição Brasileira, a chamada Constituição Imperial, de 1824, a saúde é pouco tratada. Ainda não era considerada como um direito fundamental, nem sequer havia a saúde como um direito propriamente dito, expressamente positivado. A única referência à saúde se encontra no art. 179:

Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a

propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte (...)

XXIV. Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos.
(...)

XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.

Assim, a saúde aparece como ligada ao trabalhador, na medida em que ela aparece como uma condição para a proibição de um trabalho que a viole. O ambiente de trabalho, portanto, não deixa de ser levantado em questão. Além disso, os socorros públicos aparecem como a única garantia relacionada à saúde. Na Constituição de 1891, a garantia aos socorros públicos foi suprimida, não citando a saúde expressamente em nenhum dos seus Artigos. Entretanto, na Constituição de 1934, houve um avanço no que mais tarde seria o direito saúde, defendendo as assistências públicas e o cuidado com a saúde.

Art 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência públicas.

Houveram alguns avanços nos direitos dos trabalhadores e suas condições de trabalho principalmente ao longo do Art. 121. Entretanto, ainda que seja considerado que saúde engloba também as condições de trabalho, vale ressaltar que a única que cita exclusivamente uma relação com a saúde é a defesa da assistência médica e sanitária aos trabalhadores.

Art.121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país.

§ 1.º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que

colimem melhorar as condições do trabalhador:

(...)

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do

empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente de trabalho ou de morte.

A Constituição de 1937 restringe à União o poder de legislar sobre a saúde, ao passo que manteve esse poder ao Estado no caso de suprir deficiências, com a condição de não se colocarem à frente da lei federal.

Art. 16. Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

(...)

XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.”

No que tange às condições de saúde com relação às condições de trabalho, previu a manutenção da assistência médica:

“**Art. 137.** A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

(...)

l) assistência médica e higiênica ao trabalhador

A Constituição de 1946 manteve a competência privativa à União para legislar sobre a saúde, expressa no Art. 5, e, de forma inédita, trouxe o direito à vida expressamente positivado.

Art. 141. - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes (...)

A próxima Constituição, a de 1967, também manteve o poder de legislar sobre a saúde como sendo privativo à União, expresso no Art. 8, promovendo como novidade a assistência sanitária, a assistência médica preventiva e a assistência hospitalar.

Art.158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:
(...) XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva.

Por fim, finalmente, a Constituição de 1988 em seu Título II consagra os Direitos e Garantias fundamentais, trazendo a saúde como um direito fundamental social no capítulo II.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além de ressaltar a saúde aos trabalhadores como uma melhor forma de melhorar a condição social.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social

(...)

IV - salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

(...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Também faz uma ressalva à saúde das pessoas portadoras de deficiência, trazendo como uma garantia, tanto da União, quanto dos Estados, Distrito Federal e Municípios no art. 23, inciso II.

Também traz a previdência social, proteção e defesa da saúde sob a competência legislativa da União, do Distrito Federal e dos Estados (art. 24, XII), cabendo aos Municípios cooperar financeira e tecnicamente com a União nos serviços de atendimento à população (art.30, VII).

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; (...) VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social.

Assim, é possível estabelecer uma relação entre seguridade, prevista ao longo do art. 196, e a saúde. Na Seção II, do Art.196 ao Art.200, é falado mais profundamente sobre a saúde, ressaltando a sua importância como um direito de todos e dever do Estado (Art.196), cabendo a este fiscalizar e controlar, elevando como sendo relevância pública

as ações e serviços de saúde (Art.197), ressaltando os fundamentos constitucionais que devem permear o Sistema Único de Saúde, no plano público, e o plano privado.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (...)

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
(...)

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes (caput) (...)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (caput) (...)

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei (caput)

Esse tema possui tanta relevância nessa Constituição que a palavra “saúde” está presente 83 vezes ao longo do seu texto. Ela está ligada diretamente com o conceito da OMS, já tratado aqui, como relacionada com o bem-estar dos indivíduos, além de ser trazida como um Direito Fundamental a ser defendido, garantido e promovido pelo Estado. O Sistema Único de Saúde, SUS, é fundamentado nos princípios de Igualdade e Universalidade, ambas consideradas como características dos Direitos Fundamentais, que, de fato, garante a efetividade desses direitos.

No que tange às políticas públicas, cabe ao Estado regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde, podendo-se vincular essa obrigação a outros temas constitucionais como, por exemplo, saneamento básico (sem o qual não há saúde pública e nem individual); saúde ambiental; distribuição de medicamentos; medidas e órgãos competentes para tutela do direito à saúde; e financiamento da saúde, observando-se a competência federativa para legislar (artigo 24, XII – competência concorrente) e para implementar ações que visem sua proteção (artigo 23, II – competência comum) (SILVA, 2016).

O Art. 3, §1 da Lei 8080/90 ressalta o caráter da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais ao trazer as condições para promover,

proteger e recuperar a saúde, a organização e o funcionamento dos serviços e promoção de outras providências.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Ao Estado cabe intervir a fim de garantir, assegurar, promover e realizar o exercício dos Direitos Fundamentais, no caso aqui o direito à Saúde, como previsto na Constituição.

6 NEOLIBERALISMO COMO VIOLADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fixada a ideia de que a garantia de saúde, a partir da promoção de todas as dimensões ligadas a ela, é obrigação do Estado, é importante evidenciar que hoje existe um intenso movimento que tira essa responsabilização a quem lhe foi incumbida pela “Constituição Cidadã”, parafraseando Ulysses Guimarães. Há uma ideia compartilhada e popularizada de que o Sistema Único de Saúde seria direcionado aos pobres, enquanto os planos de saúde privado seriam direcionados para quem tem condições sociais financeiras elevadas. Ou seja, é esvaziado cada vez mais o sentido de se constituir como um direito a ser velado, tal qual previsto na Lei Fundamental, sobretudo devido ao neoliberalismo.

A corrente neoliberalista surge com base nas vertentes liberais, que buscavam principalmente pelo não intervencionismo do estado. A liberdade de mercado e a livre concorrência eram algumas das características primordiais do espectro liberal. Prezava-se principalmente por uma relação de trabalho em que o empregador e empregado fizessem acordos mais diretos sem passar pelo manuseio do estado, e que tivessem as ausências de garantias das leis trabalhistas e menos burocracias e gastos por parte do estado no geral, esse núcleo de especificações são os principais pilares do neoliberalismo (NAGAMINE, 2017).

Em contrapartida, houve a doutrina Keynesiana ou o chamado estado de bem-estar social que dava ao estado uma maior condução intervencionista, poder de regulamentação nas relações comerciais e de trabalho e transformar o estado como maior

abastecedor dos chamados direitos sociais, que em suas relações de trabalho era seguidas de acordo e uma legislação trabalhista, salário-mínimo e jornada máxima de trabalho e mais burocracias e encargos de trabalhistas (NAGAMINE, 2017).

O Neoliberalismo ganhou forças em 1970 através do discurso que afirmava que o tipo de Estado intervencionista acabava com a liberdade e a competição, essenciais para a prosperidade das sociedades, ocasionando no déficit fiscal, o endividamento do Estado e no processo de dívida pública.

Os neoliberais afirmavam que a crise havia sido causada pelo poder conferido aos sindicatos, movimentos operários e movimentos sociais. A solução para a crise, seria, então um Estado, de certo modo, forte que cortasse gastos com encargos sociais e investisse mais na economia, redução de custos sociais em detrimento de investimentos privados. Basicamente um Estado que se afastasse da regulação do mercado (CHAUÍ, 2020).

A acumulação de capital dá lugar à acumulação flexível, o foco agora é no financeiro e não mais na produção. A hegemonia do capital financeiro, privatizações excessivas de várias estatais, exclusão econômica e social, são características do Neoliberalismo que toma conta da pós-modernidade, juntamente com a globalização. Para Santos (2018), o capital financeiro é mais antissocial, pois não enxerga trabalhadores e seus direitos, como ocorre no capital produtivo.

Na sociedade brasileira contemporânea, podemos perceber o Estado com uma adesão muito forte ao neoliberalismo, que é conceituado como uma doutrina socioeconômica que retoma os antigos ideais do liberalismo clássico ao preconizar a mínima intervenção do Estado na economia, através de sua retirada do mercado, que, em tese, autorregular-se-ia e regulariza também a ordem econômica.

Sendo assim, essa adesão ao ideário de priorização do capital em detrimento do trabalho ocasiona, na esfera jurídico-trabalhista brasileira, impactos de quatro ordens, como leciona o professor José Martins Catharino: privatização; terceirização; desregulação e flexibilização. Ainda que não se trate propriamente de uma consequência do neoliberalismo, a terceirização foi impulsionada pela precarização das relações de trabalho, imposta pelo novo modelo.

Fazendo com que a flexibilização torne incansável a vida de quem trabalha sem carteira assinada ou outros meios de asseguramento do trabalho, flexibilizações como a estão a Lei nº 8.949/94, que introduziu o já revogado parágrafo único do artigo 442 da CLT, isentando a cooperativa e os tomadores de serviços da responsabilidade pelos direitos trabalhistas dos cooperados; Lei nº 9.601/98.

Nesse sentido, no Brasil, as consequências da implementação da nova ordem consubstanciam-se na acumulação desregrada de grande quantidade do capital nas mãos das corporações, bem como na abertura desmedida e irregular do mercado nacional, sem a devida proteção aos setores estratégicos, como o mercado de trabalho, que sofre até hoje com os sintomas da privatização; terceirização; desregulação e flexibilização.

6.1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO OBSTÁCULOS à ACUMULAÇÃO DO CAPITAL

Contudo, a internacionalização do capital passou a simbolizar modernização, em meio ao neoliberalismo, e difunde-se a concepção de que, para que se possa acompanhar os movimentos globais e permitir o ingresso do Brasil na “modernidade”, é necessário um sistema jurídico adequado à nova economia mundial e um Judiciário que se subordine ao mesmo ideário. Sendo assim, foi que a uberização do trabalho representou essa inserção do neoliberalismo no movimento global do trabalho com a inserção desse modo particular de trabalho, como quis representar no fragmento citado abaixo:

A uberização do trabalho representa um modo particular de acumulação capitalista, ao produzir uma nova forma de mediação da subsunção do trabalhador, o qual assume a responsabilidade pelos principais meios de produção da atividade produtiva (...) No processo de trabalho sob os moldes da uberização, os elementos físicos do custo de produção necessário para desenvolver a atividade produtiva são transferidos/terceirizados para os próprios trabalhadores motoristas - sendo, portanto, parte do valor de reprodução da sua força de trabalho. Na compra dessa força de trabalho, a Uber, todavia, não necessariamente paga o valor necessário à reprodução do trabalhador, além de haver remuneração apenas quando há a efetiva prestação do serviço - que, se não ocorrer, não isentará o trabalhador de arcar com os custos de manutenção do veículo, por exemplo (...) (FRANCO; FERRAZ, 2019).

Ainda que, o processo de “uberização” seja compreendido como um regime de trabalho muito precarizado, pois não apresenta uma relação de trabalho formal, nem mesmo de um trabalho com carga horária definida. Mas ainda, não dispõe de direitos e nem tempo de descanso remunerado. Dessa forma, vale ressaltar que a precarização do trabalho não se dá apenas com o processo de uberização, mas que para além dela, outras formas de trabalho também são igualmente precárias e que seguem essa lógica de fragilidade. E que apesar de afetarem 3 dos direitos fundamentais como por exemplo da saúde.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura em seu artigo 6º que são direitos sociais a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Pode-se considerar um verdadeiro avanço de nossa Carta Magna ao prever tais direitos sociais, pois, até então, nenhum outro texto constitucional brasileiro havia previsto tantos direitos sociais como a Constituição Cidadã. Todavia, até chegarmos a esse nível de elevação dos direitos sociais a direitos constitucionalmente protegidos, a história já vivenciou diversos períodos em que os direitos sociais simplesmente não eram reconhecidos pois era dado apenas ao soberano ter direitos.

De certo, que devemos perceber que os direitos sociais não terão sua eficácia e demonstram grande problemática, visto que, tais garantias principalmente do direito à saúde, sentem a falta de uma legislação e uma insuficiência de políticas públicas eficazes em que o Estado. Resta o desafio de tornar efetivo o seu cumprimento através da atuação pública.

8 O DEVER DO ESTADO EM PROPORCIONAR SAÚDE

É fato que a livre iniciativa, fundamento defendido pela corrente liberal, encontra-se defendida nos chamados princípios fundamentais, no Art. 1º, IV, da Lei Fundamental: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 1988).

Como foi já foi supracitado os direitos sociais, constituem uma importância para o elemento chave que é o estado democrático brasileiro, conforme verificado no art. 6º da Constituição Federal.

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Portanto, verifica-se que o estado tem o dever, para efetivar o direito à saúde sendo que foi criado sistema único de saúde (SUS) que é responsável pela Saúde Pública do Brasil. Esse sistema consiste em organizar os serviços que cuidam da saúde no país, por meio de leis infraconstitucionais tais como, a Lei 8.080 de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços similares e a Lei 8.142 de 1990, que dispõe sobre a

participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e das transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Dessa forma, verifica-se que por mais que o estado crie leis que possam possibilitar direitos básicos, tais como a prioridade no tratamento comunitário. Ainda sim é essencial a retribuição por parte do estado de políticas específicas ao lado das políticas universais que possam possibilitar melhor adequação a indivíduos que são mais afetados pela inexpressiva incontestabilidade do estado em gerir políticas públicas operantes.

Dessa maneira, cabe ao poder público o dever de fornecer tratamentos, quaisquer que sejam, que assim seja feito a efetivação do direito fundamental à saúde. Tendo o poder público a obrigação em diversas esferas públicas de proporcionar à população meios que se demonstrem não só eficazes para assistência clínica e prevenção de doenças, mas que tenham, também, um acesso livre a tratamentos. Todos esses pontos expostos só demonstram como é essencial que exista uma fiscalização estatal para o cumprimento desses deveres, até mesmo pela eficácia direta e imediata que obriga que as normas de direitos fundamentais sejam efetivadas pelos Poderes Públicos.

9 CONCLUSÃO

Este artigo buscou demonstrar a importância do direito à saúde, visto que, ela é uma garantia prevista na Constituição Federal de 1988 e, portanto, deve ser efetivada de forma plena pelo Estado. Conforme pesquisado, foi trazido um panorama geral e conciso sobre os Direitos Fundamentais a fim de perceber como cada um deles está relacionado a outro na concretude do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, ressaltou-se a classe trabalhadora, sendo esta que evidencia a importância de uma concepção ampla de saúde, incluindo as condições sociais que compõem o entorno de cada indivíduo, sendo resultado do fornecimento ou da falta de amparo do governo, o que mostra que a concretude integral de todos esses direitos é essencial para o que se entende como direito à saúde do trabalhador.

O processo evolutivo e histórico do Direito à Saúde no ordenamento jurídico brasileiro é de grande importância e aqui foi utilizado para demonstrar como a saúde foi percebida para os trabalhadores nas cartas magnas a fim de assim evidenciar o dever do governo na sua proteção e garantia, de acordo com os princípios constitucionais. A carta magna cidadã agora trata esse direito com uma certa especificidade que antes não possuía.

No entanto, é possível enxergar que o contexto do neoliberalismo e sua excessiva flexibilização mostra-se a favor de concepções contrárias aos direitos

fundamentais. A ação do poder público frente a questões sociais não é vista como uma questão prioritária e fundamental e o compromisso com os cidadãos, antes pauta essencial do Estado de Bem-Estar social.

O funcionamento de uma economia globalizada e a própria força do capitalismo transformaram a saúde como uma mercadoria a ser adquirida por vias financeiras. Os planos de saúde hoje são vistos como parte dessa grande máquina que transforma um direito social, um bem público e individual gratuito, em uma massa de manobra desse sistema.

O resultado são diversas pessoas restritas e sem acesso àquilo que deveria ser considerado algo intrínseco à sua condição de ser humano, e a falsa sensação disseminada por grande parte da população de que essas hierarquias são naturais. Conclui-se que a efetividade do direito à saúde requer um conjunto de respostas políticas e ações governamentais mais amplas, e não meramente formais e restritas às ordens judiciais.

Sendo assim, é necessário que o Estado possa realizar políticas públicas que possam contribuir para melhorar a qualidade do cuidado aos usuários do Sistema Público de Saúde, além de também garantirem que estes tenham acesso a seus demais direitos.

A saúde se constitui como uma garantia fundamental e a lógica neoliberal em curso pode dificultar ainda mais a sua efetividade. Portanto, diferente dos que intervêm por uma interferência mínima do Estado, é importante que sejam criadas estratégias e ações que possibilitem tal efetivação pelo poder público, utilizando até de estratégias que dialoguem com a esfera privada.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil** - Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro. Ed Renovar. 2003.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz na Terra, 1991.

BARROS, J. A. C. Pensando o processo saúde doença: a que responde o modelo biomédico? **Revista Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 1-11, jan./jul. 2002.

BRASIL. **Conselho Nacional de Saúde**, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1824.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1934.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1937.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1967.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. **VII Conferência de Saúde**. 1986. In: Anais da 7ª Conferência Nacional de Saúde.

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. **A magna carta – conceituação e antecedentes**. R. Inf. Legisl. Brasília. a.23, n. 91 jul./set. 1986.

CAVALCANTE, Lara Capelo. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas**, Fortaleza, 2007.

CHAUI, Marilena. **Breve história da democracia** | MARILENA CHAUI, 2020.

CRISTINA, Cinthia; TELES, Bezerra. **EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE MENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL**. [s.l.: s.n., s.d.], 2013.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 22, n. 1, p. 57– 63, 1988.

FRANCO, DAVID SILVA; FERRAZ, DEISE LUIZA DA SILVA, Uberização do trabalho e acumulação capitalista, **Cadernos EBAPE.BR**, v. 17, n. spe, p. 844–856, 2019.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. **O princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições do Brasil** - Âmbito Jurídico, 2012.

LIMA, Fernando Rister de Sousa; BOAS FILHO, Orlando Villas. Separação dos poderes e complexidade social - uma releitura sistêmica. **Rev. Investig. Const.** [online]. 2018, vol.5, n.1, pp.189-220. ISSN 2359-5639.

MARTHA CAMPOS ACCURSO. **O advento do neoliberalismo no Brasil e os impactos nas relações de trabalho**, 2020.

NAGAMINE, Lucas Civile. **Estado de bem-estar social e Estado liberal: qual a diferença?**, 2017.

NOJOSA, Zenacleide Costa. **Os impactos negativos do neoliberalismo sobre os direitos sociais**. Fortaleza, 2015.

OMS. **Organização Mundial da Saúde**, 1946.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração de Direitos Humanos**. 1948.

PAMPONET, Ana Maria Seixas; MATOS, Luciana de Oliveira. **O Direito a Saúde Mental**, 2018.

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito Fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil**. Faculdade de Direito do Sul de Minas. MG, 2012.

PRETEL, Mariana. **O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos**. — Subseção OABSP, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Entrevista com Boaventura. Os três Ds de Boaventura: Descolonizar, Desmercantilizar e Democratizar**, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Distrito Federal. Monografia. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP [s.d].

SILVA, Michele Emanuella de Assis. DIREITO À SAÚDE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, ATUAÇÃO ESTATAL E APLICAÇÃO DA TEORIA DE KARL POPPER. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. ISSN 1982-310X. 2016.

SOUZA, Maciana de Freitas e. **O direito à saúde mental no contexto do neoliberalismo**. Justificando, 2019.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**: Uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo, 2009.

VIEIRA JUNIOR; Dicesar Beches. Teoria dos Direitos Fundamentais: Evolução Histórica Positiva, Regras e Princípios. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 28, 2015.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTO *MARIA DE CONCEIÇÃO* EVARISTO

Nesse caso, a soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é “descartável” e quem não é.
(MBEMBE, 2018, p. 41)

Sandra de Jesus dos Santos²⁶³

RESUMO: Sob uma perspectiva interdisciplinar, direito e literatura se imbricam para gerar reflexões e debates no que tange ao comportamento humano e a suas múltiplas relações sociais, culturais e jurídicas. O presente artigo busca analisar a representação da ineficácia dos Direitos Fundamentais, prescritos e garantidos pela Constituição Federal de 1988, no conto *Maria*, da escritora, professora e crítica literária contemporânea, Conceição Evaristo. A partir do diálogo entre texto ficcional e letra da lei, objetiva-se investigar a efetividade dos direitos elementares na existência de uma mulher brasileira, negra e pobre, desde o seu cotidiano precário até em situações de violência extrema. No cotejo entre produção ficcional e ordenamento jurídico, eclodem problemas reais, presentes na vida de inúmeros cidadãos brasileiros, cuja vulnerabilidade é uma companheira e a injustiça, uma constante. A narrativa de Evaristo acentua a discrepância entre a isonomia positivada e a realidade de desigualdade étnico-social do Brasil, além de proporcionar um fecundo confronto entre dogmática jurídica e literatura negra nacional.

ABSTRACT: From an interdisciplinary perspective, law and literature intertwine to generate reflections and debates with regards to human behavior and its social, cultural

²⁶³ Mestra e doutoranda em Literatura e Cultura pela UFBA. Graduanda de Direito da UFBA. E-mail: sandraescrita33@gmail.com

and legal multiple relationships. This article seeks to analyze the representation of the ineffectiveness of Fundamental Rights, prescribed and guaranteed by the Federal Constitution of 1988, in the short story *Maria*, by the writer, teacher and contemporary literary critic, Conceição Evaristo. Through the dialogue between fictional text and constitutional norm, the objective is to investigate the effectivity of elementary rights in the existence of a Brazilian woman, black and poor, from her precarious daily life to situations of extreme violence. In the comparison between fictional work and the legal system, arise real problems that are present in the lives of countless Brazilian citizens, whose vulnerability is a companion and injustice, a constant. Evaristo's narrative accentuates the discrepancy between positive isonomy and the reality of ethnic-social inequality in Brazil, in addition to providing a fruitful confrontation between legal dogmatics and national black literature.

INTRODUÇÃO

As sociedades e as culturas são complexas e todas as suas produções revelam valores e crenças de seu povo. O Direito, como uma criação cultural, apresenta características de sua época e de seus autores e, quando presente no texto constitucional de uma nação, exprime os bens a serem tutelados e as relações que devem ser protegidas. Os direitos fundamentais no Brasil, normatizados pela Constituição Federal (CF) de 1988, ganharam a primazia no último texto constitucional, tendo sua disposição antes do título da organização do Estado e do título da organização dos poderes, diferentemente das constituições anteriores. Assim, como a ciência jurídica é um produto cultural, a arte também o é. A literatura, enquanto arte da palavra, é capaz de retratar vários contextos históricos e várias dimensões do humano mediante as potencialidades da linguagem.

Seja com a roupagem técnica do direito ou seja com a vestimenta estética da literatura, os signos linguísticos, dentro do âmbito discursivo, podem ser uma chave de corroboração dos ditames sociais ou uma chave de contestação destes, podem perpetuar a opressão como ocorreu com a capoeira ao ser criminalizada no Código Penal brasileiro de 1890 em seu artigo 402 (BRASIL, 1890), ou como no caso literário, quando um nativo de uma das colônias britânicas teve sua identidade apagada ao ser chamado de um dia da semana, Sexta-feira, pelo protagonista inglês do romance de Daniel Defoe (1660-1731), intitulado *Robinson Crusóé* (1719). No entanto, construções linguísticas também podem evidenciar conquistas de grupos marginalizados, como o caso do direito ao voto para as mulheres brasileiras no Decreto

nº 21.076 (BRASIL, 1932), no campo do direito, e o advento de produções literárias negras e periféricas como *Quarto de Despejo* (1960) de Carolina Maria de Jesus (1914-1977) e *Cidade de Deus* (1997) de Paulo Lins (1958).

Com base, pois, no diálogo interdisciplinar entre direito e literatura²⁶⁴, o presente artigo pretende analisar a negação de direitos fundamentais na vida da protagonista do conto *Maria*, presente na obra *Olhos d'água* (2014), grande sucesso da escritora e crítica literária brasileira, Conceição Evaristo, que nasceu em 1946 em Belo Horizonte e depois migrou para o Rio de Janeiro. Poetisa, romancista, ensaísta, professora e crítica literária, Evaristo é autora de seis livros e partícipe de várias antologias literárias, tendo algumas de suas obras publicadas no exterior.

Esta pesquisa, portanto, intenta evidenciar e problematizar a ausência da eficácia de alguns direitos fundamentais na vida de uma mulher negra e pobre no Brasil, com base no paralelo entre direito positivado, texto ficcional e realidade, não necessariamente, nesta ordem. Embora o cotejo entre textos jurídicos e literários tenha surgido no início do século passado, somente em 1973, com a publicação de *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, de James Boyd White, houve o surgimento do *Law and Literature Movement*, cujo início se deu nos Estados Unidos, depois foi para a Europa e também chegou ao Brasil, estabelecendo-se em três fases: estudos pioneiros, tentativas de sistematização/institucionalização e a multiplicação de pesquisas em todo o país. (BERNSTS; TRINDADE, 2017).

O conto a ser analisado, chama-se *Maria*, mesmo nome da protagonista da trama, cuja vida transita entre o trabalho doméstico na casa da patroa rica e o cuidado com seus três filhos, criados sem pai. A narrativa de apenas quatro páginas traz retratos da existência difícil de uma mulher negra, ao lidar com o abandono do pai das crianças, a invisibilidade da profissão, a insegurança do transporte público e, sobretudo, com o sexismo e com o racismo de cada dia.

Em síntese, o conto descreve um dia, aparentemente comum, na vida da empregada doméstica, *Maria*, a qual está retornando para casa, depois de um cansativo dia de trabalho. Durante a viagem, um homem paga a sua passagem e eles conversam um pouco, ela o reconhece como seu ex- companheiro e como pai de seu primogênito. Momentos depois, este mesmo homem, junto com um comparsa, dão voz de assalto. Depois do roubo, eles descem do ônibus, mas os passageiros começam a acusar *Maria* de

²⁶⁴ Para saber mais sobre o diálogo entre Direito e Literatura, conferir os seguintes autores: Richard A. Posner, com *Law and Literature* (2009), Jonathan Kertzer, com *Poetic Justice and Legal Fictions* (2010), François Ost, com *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico* (2005), STRECK, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade, com *Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. (2013). Conferir, também, artigos e entrevistas da Revista Internacional de Direito e Literatura, ANAMORPHOSIS.

ser cúmplice dos criminosos, embora, ela afirme que não tem culpa no ocorrido e algumas pessoas a defendam, é agredida verbalmente e fisicamente pela furiosa multidão.

Apesar de o conto ser estudado a partir da perspectiva jurídica e sob à luz do artigo 5º da CF/88, ele não é apenas uma mera exemplificação da lei ou da ausência dela, como bem elucida Bentes: “A literatura é por essência emancipadora e ultrapassa uma visão meramente instrumental”. (BENTES, 2016, p. 150). Portanto, o que se propõe com este artigo, é uma discussão da negação de direitos básicos na vida de sujeitos subalternizados por etnia, cor, gênero e classe, apesar da positivação de tais benefícios no texto constitucional.

Para além de uma análise dogmática ou uma análise literária, este texto possibilita uma análise interdisciplinar, sob a qual vários contextos discursivos se imbricam. Um olhar jurídico sobre uma obra de ficção, criada por uma mulher negra pode trazer profícuas contribuições para o campo do Movimento do Direito e Literatura no Brasil, tendo em vista, principalmente, os poucos ou quase inexistentes²⁶⁵ textos que relacionam direito e literatura negra.

As lutas das minorias políticas são sempre coroadas pela criação de uma norma jurídica (nem sempre com a eficácia desejada) no que tange ao direito, e no que se refere ao âmbito literário, a publicação e a difusão de uma obra de escritora mulher, negra e de origem periférica são vitórias perante um patriarcalismo, historicamente, construído. Sobre a força de sua escrita, neste contexto de grande produção branca e masculina, Evaristo destaca:

Se para algumas mulheres o ato de escrever está imbuído de um sentido político, enquanto afirmação de autoria de mulheres diante da grande presença de escritores homens liderando numericamente o campo das publicações literárias, para outras, esse sentido é redobrado. [...] Não só a condição de gênero vai interferir nas oportunidades de publicação e na invisibilidade da autoria dessas mulheres, mas também a condição étnica social. (EVARISTO, 2017, p. 8 - 9)

Interseccionar texto jurídico e produção ficcional é possibilitar a conexão de várias partes do humano, é propiciar a reflexão sobre como o direito acontece na vida dos indivíduos, como confirma François Ost, em entrevista: “Direito e literatura convergem de múltiplas formas”. (OST, 2017, p. 261) E quando a literatura é oriunda de grupos que foram preteridos durante séculos, a investigação entre os cidadãos e a presença ou não da eficácia dos direitos fundamentais torna-se ainda mais necessária. As ficções das

²⁶⁵ Lima Barreto (1881-1922) e Machado de Assis (1839-1908) ainda são os únicos autores negros mais analisados sob a perspectiva interdisciplinar do Direito e Literatura no Brasil.

mulheres negras, em sua maioria, trazem críticas sociais e uma gama de questões relacionadas ao direito, mesmo que implicitamente.

2 TODOS SÃO IGUAIS?

O artigo 5º da Constituição Federal (CF) de 1988 consagra, formalmente, a isonomia entre os brasileiros e estrangeiros residentes no país, garantindo, sobretudo, a inviolabilidade do direito à igualdade e de outros direitos e garantias fundamentais. É sabido, no entanto, que a igualdade no âmbito formal não assegura a todos os cidadãos e a todas as cidadãs uma vida digna com iguais oportunidades de acesso à educação, à saúde e à liberdade²⁶⁶. A personagem Maria, na contística de Conceição Evaristo, torna-se a representação ficcional de muitas mulheres negras e trabalhadoras que sentem na pele as dores e precariedades de uma desigualdade material. E, assim, direitos basilares são, repetidamente, negados com base em uma engrenagem sócio-política excludente e perversa.

Já nas primeiras frases do conto, a narrativa revela o cotidiano difícil da empregada doméstica Maria que, ao voltar de um dia exaustivo de trabalho, passava horas no ponto de ônibus a fim de se deslocar para sua casa mediante um transporte público lotado, inseguro e caro. Também no 5º artigo da CF/88, todos têm o direito à vida, mas como este direito se configura na vida de sujeitos como Maria e seus três filhos? O seguinte excerto é revelador no que tange à disparidade de existências tão próximas e, ao mesmo tempo, tão distantes: “Além do cansaço, a sacola estava pesada. No dia anterior, no domingo, havia tido festa na casa da patroa. Ela levava para casa os restos. O osso do pernil e as frutas que tinham enfeitado a mesa.” (EVARISTO, 2016, p. 39).

Maria estava contente, pois o osso fortaleceria os seus dois filhos mais novos que estavam muito gripados e as frutas estavam boas, inclusive, havia melão, fruta que as crianças nunca tinham comido. É possível compreender o cotidiano de pessoas como Maria a partir do que Sarmiento destaca sobre o desafio da concretização da igualdade, formalmente, instituída:

A ideia de igualdade no Estado Democrático de Direito não se resume à isonomia formal. Numa sociedade que se pretende inclusiva, é fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder existentes. [...] A proteção efetiva dos direitos fundamentais dos

²⁶⁶ Para aprofundamento no debate sobre a aplicabilidade do princípio da Igualdade no Brasil, conferir os seguintes textos: Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade de Celso Antônio de Mello; Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil de Eunice Aparecida de Jesus; Seletividade policial: igualdade e justiça de José Ricardo Corrêa e Discriminação múltipla como discriminação interseccional: o direito brasileiro e as interseções de raça, gênero e classe de Rodrigo da Silva.

integrantes destes grupos [mais vulneráveis e subalternizados] é tarefa essencial para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e plural, de acordo com o generoso projeto do constituinte. (SARMENTO, 2006 p. 132-133)

O que sobrava na mesa da patroa se tornava banquete para a família de Maria. O que era mero enfeite na festa dos ricos, tornava-se alimento para os filhos da empregada. Uma sociedade com assimetrias tão acentuadas não é capaz de gerar a plena eficácia dos direitos fundamentais prescritos constitucionalmente. Nem mesmo a normatização dos amparos sociais do artigo 6º ao 11º da CF/88 brasileira (BRASIL, 1988) consegue erradicar as desigualdades étnicas e econômicas do país, sendo capaz, apenas, de mitigá-la.

As raízes históricas e culturais da colonização e da escravidão ainda repercutem em relações sociais e jurídicas entre brancos e negros, entre ricos e pobres. Basta uma pesquisa sobre a cor e a classe social da maioria dos encarcerados no sistema prisional brasileiro²⁶⁷ ou sobre a tardia regulamentação como atividade trabalhista das empregadas domésticas²⁶⁸, majoritariamente, feminina e negra.

No ônibus, ao encontrar o pai de seu filho mais velho, ocorre uma retrospectiva, ao mesmo tempo, saudosa e dolorosa na mente de Maria, pois para além dos bons momentos que passou ao lado deste homem, vive sozinha, criando e sustentando seus filhos na esperança de que eles tenham um destino distinto do paterno: “Eles haveriam de ter outra vida.

Com eles tudo haveria de ser diferente.” (EVARISTO, 2016, p. 40). Embora, socialmente, os homens negros já tenham estereótipos consolidados de criminalidade, Maria acreditava que seus filhos poderiam encontrar boas oportunidades a partir do suor de seu trabalho e de seu cuidado materno, mas era consciente do desamparo que assolava a si e aos seus: “Como era difícil continuar a vida sem ele [o pai da criança]. [...] Por que não podiam ser felizes? [...] Era tão difícil ficar sozinha!” (EVARISTO, 2016, p. 40).

A pergunta de Maria pela busca da felicidade faz ressoar uma demanda antiga, porém com contornos hodiernos de positividade jurídica. Expresso ou implícito, o direito à felicidade²⁶⁹ vem sendo associado à plenitude do atendimento a todos os outros direitos fundamentais previstos em lei. Plenitude, cada vez mais utópica, para pessoas como Maria.

²⁶⁷ Conferir a seguinte reportagem: Proporção de negros nas prisões cresce 14% em 15 anos, enquanto a de brancos cai 19%, mostra Anuário de Segurança Pública. Disponível em: <[https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/10/19/em-15-anos-proporcao-de-negros-nas-prisoes-aumenta-14percent-ja-a-de-brancos-diminui-19percent-mostra-anuario-de-seguranca-publica.ghtml](https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/10/19/em-15-anos-proporcao-de-negros-nas-prisoas-aumenta-14percent-ja-a-de-brancos-diminui-19percent-mostra-anuario-de-seguranca-publica.ghtml)> . Acesso em: 16 Nov. 2020.

²⁶⁸ Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm>. Acesso em: 16 Nov. 2020

²⁶⁹ Para aprofundamento do tema, conferir o artigo: Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/1112>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Quando o ex-companheiro de Maria e seu cúmplice dão a voz de assalto, ela se assusta e o narrador afirma que ela: “[...] estava com muito medo. Não dos assaltantes. Não da morte. Sim da vida. Tinha três filhos”. (EVARISTO, 2016, p. 41). Mais uma vez o texto ficcional revela a vulnerabilidade desta mãe pobre de numerosos filhos, cuja insegurança e cujo desamparo são constantes.

A vida que deveria ser sentida e experimentada como o direito fundamental mais caro para todos os cidadãos deste país, é para a protagonista deste conto, algo penoso e que pode piorar a cada dia pelas segregações sócio- raciais, não legitimadas pela ordem jurídica, mas tão vivas no cotidiano brasileiro. Não são recentes os debates e os estudos em relação à real existência dos direitos fundamentais, os quais alicerçam a dignidade da pessoa humana. Assim, Dirley da Cunha Júnior acentua a urgência da prática em detrimento das intermináveis deliberações sobre o tema:

[...] sublinhamos que, hodiernamente, no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora e emancipatória, a questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposta, mas, sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata. Assim, o problema real que temos de enfrentar é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetivação e concretização imediata desses direitos. (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 572)

O inciso XXII do artigo 5º da Constituição Federal/88 assegura que “é garantido o direito de propriedade” (BRASIL, 1988) e como um direito fundamental, assim como a vida, a igualdade e a liberdade, é inviolável. No entanto, todos os passageiros do ônibus, onde se encontrava Maria, seriam roubados, seriam destituídos do pouco que possuíam e haviam conquistado com muito esforço e digno trabalho.

Pela narrativa, sabe-se que a personagem principal foi poupada do roubo, provavelmente, por ser a mãe do filho do assaltante, mas se fossem outros ladrões: “Ela teria para dar uma sacola de frutas, um osso de pernil e uma gorjeta de mil cruzeiros. Não tinha relógio algum no braço. Nas mãos nenhum anel ou aliança”. (EVARISTO, 2016, p. 41). Maria tinha as sobras da casa da patroa e, mesmo assim, por falta de segurança, outro direito fundamental, garantido, constitucionalmente, ela poderia ter, ainda mais, a sua dignidade usurpada. Sim, porque cada vez que um direito básico, individual ou coletivo, é negado, o princípio da dignidade humana é ferido e, sobretudo, transforma o cerne do caput do artigo 5º da CF/88 numa incongruência: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 1988).

3 A NEGAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA VIDA DE MARIA

Os últimos trechos do conto de Conceição Evaristo são muito elucidativos no que tange a retratar uma sequência de fatos que fizeram a personagem Maria ter muitos direitos fundamentais negados. Além de ser, profundamente, prejudicada nos direitos à vida, à igualdade, à segurança e à liberdade, a protagonista passa a ser uma metonímia de um sistema que exclui muitos sujeitos dos direitos básicos de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. Em poucos minutos a trabalhadora e mãe dedicada passava a ser considerada, por seus pares, como uma pessoa destituída de voz, de defesa e de direitos.

A CF/88 enalteceu os direitos fundamentais, colocando-os antes de outras seções do texto constitucional. A primazia dos direitos fundamentais dentro da norma maior do ordenamento jurídico nacional afirmou, ainda mais, o objetivo de que todos os brasileiros tenham preservada sua dignidade de pessoa:

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões (BRANCO; MENDES, 2019, p. 194)

Paulo Gustavo Branco e Gilmar Mendes, em seu *Curso de Direito Constitucional* (2019), ratificam a importância da positivação dos direitos básicos, individuais e coletivos na Constituição como forma de preservá-los, embora alguns precisem de leis infraconstitucionais para alcançarem eficácia plena. No entanto, como visto na ficção de Evaristo e na vida de muitas brasileiras e brasileiros, o direito positivado não é garantia de que abusos, injustiças e atrocidades não ocorram.

Quando os assaltantes, do referido conto, descem do ônibus, uma voz se levanta contra Maria, acusando-a de conhecer os ladrões e, ainda, chamando-a de “puta safada”. De fato, Maria conhecia um dos homens, pois era pai de um de seus filhos, mas ela não o conhecia como assaltante, como bandido. Enquanto a sociedade e o Estado só veem os homens negros como criminosos e traficantes, aqueles que lhes são mais próximos enxergam um ser humano que é capaz de errar, sim, mas também de amar. Os adjetivos empregados para descrever Maria violam o que afirma o inciso X do artigo 5º da CF/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Em uma sociedade com profundos resquícios patriarcais, xingamentos como “puta” e “safada” são usados para diminuir, moralmente, a mulher em um contexto de discussão.

Maria é agredida verbalmente mais vezes como confirmados pelos seguintes trechos da narrativa: “Negra safada, vai ver que estava de coleio com os dois. [...] Aquela puta, aquela negra safada estava com os ladrões!” (EVARISTO, 2016, p. 41-42). Nos insultos supracitados, não há somente provas de misoginia, mas de preconceito racial também, tendo em vista que os agressores acreditam que a palavra “negra” é um vocábulo depreciativo à honra e à dignidade de Maria.

O emprego repetido da palavra que destaca a cor da protagonista revela a sociedade racista que ainda persiste. Embora a escravidão tenha sido abolida há muito tempo, a igualdade seja o grande direito fundamental que abre o artigo 5º da CF/88 e existam leis e ações afirmativas para promover uma vida digna para todos os cidadãos brasileiros, as pessoas que a ofenderam sentiam-se superiores seja por terem a pele mais clara ou por serem do sexo masculino. Nesta cena, é possível ver a interseccionalidade²⁷⁰ das opressões sofridas por Maria, como destaca Carla Akotirene: “Errôneo argumentarmos a favor da centralidade do sexismo ou do racismo, já que ambos, adoecedores e tipificados, são cruzados por pontos de vistas em que se interceptam as avenidas identitárias”. (AKOTIRENE, 2019, p. 44)

Em um único parágrafo, Maria é chamada de “safada” e de “negra” por três vezes, e de “puta”, por duas vezes. Foram os assaltantes que levaram os bens dos passageiros, mas toda a fúria e indignação dos assaltados se concentraram na senhora simples com uma sacola de frutas. A estrutura racista é tão perversa que pessoas, provavelmente, da mesma classe social e da mesma etnia de Maria a injuriaram. A palavra “coleio” complementa a agressão ao comparar os movimentos de Maria aos de uma serpente.

O que corrobora com o que muitos senhores de engenho pensavam no período escravagista, quando a sagacidade e a inteligência dos negros eram vistos apenas como algo nocivo. No artigo 140 do Código Penal brasileiro de nº 2.848, há a tipificação da injúria e no seu parágrafo 3º há a menção ao tipo de injúria sofrida por Maria e a prescrição de aumento da pena: “Se a injúria²⁷¹ consiste na utilização de elementos referentes a raça, a cor, etnia ou religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”(BRASIL, 1940).

Sem nenhum amparo de nenhum processo legal, Maria é acusada de ser cúmplice dos assaltantes e duas vezes surgem em meio àquela turba furiosa e sedenta de justiça para defender a acusada: “Calma, gente! Se ela estivesse junto com eles, teria descido também. [...] - Calma, pessoal! Que loucura é esta? Eu conheço esta mulher de vista.

²⁷⁰ Conceito cunhado por Kimberlé Williams Crenshaw (1959), uma docente e ativista afro-americana, especializada em questões étnicas e de gênero.

²⁷¹ Conceito cunhado por Kimberlé Williams Crenshaw (1959), uma docente e ativista afro-americana, especializada em questões étnicas e de gênero.

Todos os dias, mais ou menos neste horário, ela toma o ônibus comigo”. (EVARISTO, 2016, p. 42).

Não importava, contudo, as palavras em defesa de Maria, pois o preconceito já havia se cristalizado na mente da maioria dos presentes. E, por isso, que as políticas públicas e leis complementares precisam efetivar o que prescreve a legislação constitucional, como, por exemplo, a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial, a Lei nº 12.288 (BRASIL, 2010) e da Lei de Ações Afirmativas como a Lei nº 12.990, de 2014. Mesmo sendo defendida por algumas pessoas sensatas, Maria impõe sua voz, tentando preservar sua intimidade, direito fundamental garantido pela CF/88, no inciso X do artigo 5º (BRASIL, 1988) e tentando se defender, como garante o texto constitucional, mais precisamente, na alínea a), do inciso XXXVIII, do artigo 5º, direito à defesa que é corroborado pelo Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 3.689, do artigo 406 ao 432 (BRASIL, 1941).

O texto ficcional descreve o medo e a raiva que envolviam a protagonista e que a fizeram dizer: “Que merda! Não conhecia assaltante algum. Não devia satisfação a ninguém”. (EVARISTO, 2016, p. 42). No entanto, suas palavras despertaram ainda mais revolta naqueles que já haviam decretado a sentença em suas mentes e, para além de mais agressões verbais, Maria é agredida fisicamente na frente de todos: “Olha só, a negra ainda é atrevida, disse o homem, lascando um tapa no rosto da mulher. Alguém gritou: *Lincha! Lincha! Lincha!*... Uns passageiros desceram e outros voaram em direção à Maria”. (EVARISTO, 2016, p. 42, grifos da autora).

O que está evidente na fala do agressor é que “além” de negra e de mulher, Maria era atrevida, ou seja, deveria ficar calada, abaixar a cabeça, reconhecer a culpa e receber o castigo. O tapa no rosto da personagem alude a todas as violências que, diariamente, muitas mulheres sofrem pelo simples fato de serem mulheres. Embora leis como a Lei Maria da Penha, Lei nº13.641 (BRASIL, de 2006) e a Lei do Feminicídio, Lei nº 13.104 (BRASIL, 2015) tenham sido criadas, os casos de estupro, agressões e assassinatos contra as mulheres se proliferam²⁷².

Pela trama literária, Maria não é culpada do crime que a acusam, mas caso o fosse, deveria ser respeitada em seus direitos fundamentais de caráter judicial, previstos na CF/88. Ao ser considerada culpada pela ira popular, Maria tem negado o direito prescrito pelo inciso LIII do artigo 5º do referido texto constitucional: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Outro direito negado é a presunção de inocência, garantida por lei no inciso LVII do artigo 5º da CF/88: “ninguém será

²⁷² Conferir dados atuais sobre o feminicídio no seguinte link: Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/09/femicidio-2020-mulheres-negras/>>. Acesso em: 14 Nov. 2020.

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”(BRASIL, 1988).

Todavia, o tapa no rosto de Maria inaugura a sentença de um tribunal ilegítimo, alicerçado no racismo, no sexismo, na desigualdade social e na fragilidade da segurança estatal. A sentença foi dada: o linchamento²⁷³. E com esta “pena” desumana e atroz, Maria tem outras negações, tendo em vista que o inciso XLVII, alínea *a*) afirma que: “não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX”; e na alínea *e*) prescreve que: “não haverá penas cruéis”(BRASIL, 1988)

O conto declara que as pessoas “voaram em direção à Maria”, negando-lhe, mais uma vez, um direito que, até mesmo, quem já está preso tem acesso, ou deveria tê-lo, segundo art. 5º, XLIX da CF/88: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. (BRASIL, 1988). Se é, pois, diante da lei que todos podem ser considerados iguais, brancos e negros, homens e mulheres, ricos e pobres, na ausência dela, fica mais fácil ver o outro como desigual, como inferior, como um ser desprovido da dignidade humana, consagrada pelos direitos fundamentais.

Amparados pela ideia de justiça com as próprias mãos, os indivíduos colocam para fora seu lado mais brutal, em nome das lacunas e da morosidade dos processos judiciais, o sangue de culpados e inocentes irrigam o solo brasileiro. Porém, ainda é o sangue negro o que mais é derramado como salientado pela filósofa contemporânea, Djamila Ribeiro:

O Atlas da Violência de 2018, realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, revelou que a população negra está mais exposta à violência no Brasil. Os negros representam 55, 8% da população brasileira e são 71, 5% das pessoas assassinadas. (RIBEIRO, 2019, p. 93-94)

Negros no chão²⁷⁴, humilhados, agredidos ou por policiais ou por bandidos, são, comumente, confundidos com criminosos²⁷⁵. E mesmo se criminosos fossem, deveriam ser desprovidos dos direitos prescritos constitucionalmente? Ninguém se interessa por sua história, por sua versão dos fatos, por sua voz. A maioria das vítimas de linchamento no Brasil são homens negros, mas Conceição Evaristo trouxe uma mulher negra periférica

²⁷³ O primeiro linchamento que se tem conhecimento no Brasil aconteceu em Salvador, Bahia, em 1585 com o índio Antônio Tamandaré. (MARTINS, 2015, p. 18)

²⁷⁴ Conferir os seguintes sites: Disponíveis em:
<<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52832621>>.
<<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/militares-do-exercito-matam-musico-em-abordagem-na-zona-oeste-do-rio.shtml>>. Acesso em: 16 Nov. 2020.

²⁷⁵ Na literatura, há alguns exemplos como o poema *Quadrilha* da poetisa Livia Natália do livro *Correntezas e outros estudos marinhos* (2015) e a crônica de Clarice Lispector, chamada *Mineirinho* do livro *Para não esquecer* (1999 [1978]).

em seu conto para apontar o sujeito que, na escala da subalternização, está na mais excludente, por seu gênero, sua cor e sua condição sócio-econômica.

As pessoas estavam cegas de ódio, indignadas com o assalto, com a falta de segurança, com a ausência do Estado quando mais precisaram. Necessitavam de um bode expiatório e Maria foi a escolhida. Não ouviam o seu lamento, o seu choro, pois, naquele momento, não havia lei, não eram iguais e aquela mulher não tinha “direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, como assegurados no caput do artigo 5º da CF/88. (BRASIL, 1988).

“*Lincha! Lincha! Lincha!* Maria punha sangue pela boca, pelo nariz e pelos ouvidos. A sacola havia arreventado e as frutas rolavam pelo chão [...]. Por que estavam fazendo isto com ela?” (EVARISTO, 2016, p.42, grifos da autora). Sem o direito à presunção de inocência, Maria é acusada, julgada e sentenciada em pouco tempo. As pessoas que a julgam são as mesmas que aplicam o castigo sem piedade. Ao perder seu sangue e as frutas, para seus filhos, rolaem no chão, a pobre senhora tem mais um direito aviltado, o prescrito no inciso LIV do artigo 5º: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988).

Maria não conseguiu escapar e, em sua mente, ressoava somente a pergunta sobre o porquê de agirem com tanta brutalidade contra ela, contra sua cabeça, contra seu corpo, contra suas sacolas. Há uma contradição notória entre legislação e fatos em um país, cujo texto constitucional assegura no inciso XV do artigo 5º, que: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988), mas, na prática, as pessoas paralisam uma mulher, impedem sua locomoção, impossibilitam seu direito ao contraditório, a fim de agredi-la e puni-la em nome de uma sede de justiça que parece ser exercida, constantemente, sobre minorias políticas devido a uma ideologia, historicamente, discriminatória.

A personagem do conto não era culpada e mesmo que o fosse, toda a violência aplicada sobre ela teria sido proporcional aos bens que os passageiros perderam? Carteira, dinheiro, celular, relógio e outros bens são mais valiosos que a vida de outro ser humano? As pessoas que lincham sabem que o ato quando não mata o indivíduo, deixa-o, profundamente, debilitado. O direito à vida deveria ser soberano, é o direito fundamental por excelência, por meio do qual todos os outros direitos individuais e coletivos podem ser usufruídos. Fábio Periandro Hirsch e Camila Archanjo discorrem sobre a plenitude deste imprescindível direito na obra intitulada *Direitos Fundamentais do Brasil: Teoria geral e comentários ao artigo 5º da constituição federal de 1988* :

A Constituição Federal não dispensou ampla regulação ao direito à vida. Ao

revés, apenas referiu sua inviolabilidade no caput do artigo 5º, o que, agregado aos ditames dos arts. 1º, III (dignidade da pessoa humana) e do art. 3º, III e IV (erradicação da pobreza e proscrição do preconceito em prol do bem de todos), permite concluir que a vida é um direito subjetivo inserido na perspectiva democrática, devendo ser concretizada da forma mais plena possível, o que implica na busca da felicidade e na fruição de direitos vários (não apenas os negativos, mas também os sociais em geral e os difusos ou solidaristas). (ARCHANJO; HIRSCH, 2020, p. 127)

A vida da protagonista Maria estava longe de ser plena, tendo em vista a existência sofrida e precária que possuía, no entanto, ao estar viva, ela poderia lutar por melhores oportunidades como qualquer sujeito de direitos deste Estado democrático. As pessoas que a lincharam acreditavam que estavam com a razão, que estavam, de fato, fazendo justiça. E, culturalmente, sempre foi mais fácil punir o mais frágil, aquele ou aquela que é diferente, seja por sua cor, gênero ou religião.

No entanto, o mais perverso e irônico em uma situação de linchamento, aqui no Brasil, é o fato de que as mãos que batem e torturam são da mesma cor daquelas que são agredidas e possuem os mesmos calos e a mesma história dos linchadores na maioria dos casos. Os agressores de Maria não eram muito diferentes dela, pegavam o mesmo coletivo, a maior parte também era trabalhadora, mas, naquele momento, ficaram cegos diante da ineficiência ou da morosidade do sistema judiciário, do preconceito cristalizado, e acabaram não alcançando a justiça que almejavam, mas, mesmo de modo inconsciente, foram a extensão do Estado na perpetuação de uma necropolítica²⁷⁶, mediante o punitivismo exacerbado e a morte de quem precisaria de proteção.

Ao final do conto que, ao mesmo tempo, é curto e denso, com narrativa simples e visceral, tem-se acesso ao que restou da personagem linchada, como constatado no trecho: “Quando o ônibus esvaziou, quando chegou a polícia, o corpo da mulher estava todo dilacerado, todo pisoteado. Maria queria tanto dizer ao filho que o pai havia mandado um abraço, um beijo, um carinho”. (EVARISTO, 2016, p. 42). Pode-se inferir que não é por acaso o fato de a polícia chegar tarde, quando não há mais jeito para Maria. Esta cena alude a um retardamento do Estado para proteger e defender os marginalizados, os mais vulneráveis.

Vagarosidade que custou a vida daquela mãe negra, mas também foi, de algum modo, um dos responsáveis pela ferocidade dos outros passageiros, cuja crença era de que é preciso fazer justiça com as próprias mãos. É, pois, “[...] a justiça da rua disputando

²⁷⁶ Conceito desenvolvido pelo filósofo camaronês, Achille Mbembe (1957) em sua obra ensaística *Necropolítica* (2018).

autoridade com a justiça dos tribunais”, como salientou José de Souza Martins em sua obra: *Linchamentos: a justiça popular no Brasil* (MARTINS, 2015, p. 11).

Como o sociólogo Martins aponta em seu estudo, o linchamento é um fenômeno complexo e muito recorrente no Brasil nos últimos anos. Embora o autor destaque que as mais comuns motivações para alguém ser linchado sejam questões morais e um desejo descontrolado por vingança e punição, não se deve excluir os fatores étnicos e econômicos que torna a vítima deste ato punitivo, um “desigual”:

[...] o destinatário da ação violenta da multidão é quase sempre portador de um estigma físico, como a cor ou a origem étnica, ou um estigma de caráter. Mesmo que a descoberta do estigma seja inesperada e dê lugar, imediatamente, ao linchamento. Os linchadores atuam sempre em nome de uma identidade de pertencimento contra o estranho, ainda que provisória e súbita." (MARTINS, 2015, p. 22-23)

Os olhares que a personagem Maria tem sobre si são condenatórios. A ira e o espírito justiceiro que atravessa os linchadores são legitimados pela visão de alguém que é sub humano, que quebrou as regras sociais e que, principalmente, precisa receber um grande castigo pelo mal que fez, seja ele um assassinato, um estupro, um furto ou uma suspeita de cumplicidade com assaltantes.

A sensação que envolve aquela comunidade de algozes, formada de maneira repentina e imprevisível, é de que o Estado não será capaz de punir o suficiente ou que a justiça legal é sempre lenta e incerta na punição daqueles que a merecem. O grande problema que intensifica a prática dos linchamentos no Brasil, tornando-o uma situação de total violação dos direitos fundamentais, é a base social racista, sexista e intolerante, cuja continuação alimenta estereótipos e preconceitos dentro de uma cultura de morte.

O que ocorreu com a protagonista do conto foi algo extremo, mas o que a narrativa apresenta é um gradativo esvaziamento de direitos básicos de uma pessoa. Maria é uma alegoria do grande paradoxo brasileiro no que tange a um texto constitucional que equipara os cidadãos e garante vida plena para todos e todas frente a tantos sujeitos vivendo de sobras de uma elite hipócrita, de sistemas públicos precários e de violações constantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escrutinar do texto estético proporciona um alternativo caminho hermenêutico para o próprio ordenamento jurídico. Ao ser perguntado sobre a relevância de confrontar conteúdo normativo e conteúdo literário ou a importância da ideia de narrativa para o mundo dos juristas, Peter Brooks responde: “Our identity is in large part a narrative construct. Law makes its own narrative constructs, which attempt to avoid the

construction of character to focus on event: what happened, and why, and who is responsible, and how much²⁷⁷". (BROOKS, 2020, p. 326). O conto *Maria*, de Conceição Evaristo, revela que, por mais que o direito, dentro do âmbito normativista, tente ser imparcial ou tente se concentrar somente nos eventos, ele depende de outros fatores sócio-políticos para que o direito à igualdade, disposto na CF/88, seja uma realidade na vida de todas as pessoas.

Este trabalho foi apenas uma perspectiva para contribuir com as pesquisas que relacionam Direito e Literatura, procurando, sobretudo, trazer um corpus literário criado por uma intelectual negra. Muitas ficções contemporâneas trazem, mesmo que subjacentes ao seu enredo, pontos de interseção entre o mundo literário e o mundo jurídico. Se as grandes obras literárias do passado sempre foram consideradas reveladoras de seu tempo e das sociedades que as produziram,

¹⁵“Nossa identidade é, em grande parte, uma construção narrativa. O direito faz suas próprias construções narrativas, que tenta evitar a construção do personagem para focar no evento: o que aconteceu, e por que, quem é o responsável e quanto”. (BROOKS, 2020, p. 326, tradução minha) também muitas narrativas contemporâneas trazem debates atuais sobre questões sócio-políticas e revelam a pluralidade identitária muito mais evidente hodiernamente. Embora o cotejo com a letra da lei tenha sido feito com personagens fictícios, a verossimilhança da situação da protagonista Maria, como uma mulher usurpada de seus direitos fundamentais, torna o debate jurídico muito mais fecundo.

A vida “constitui a fonte primária de todos os bens jurídicos” (SILVA, 2005, p. 198), como acentua José Afonso da Silva, portanto, quando se tem uma existência precária no que se refere a necessidades básicas, é indubitável a negação de direitos, constitucionalmente, garantidos. Maria, apesar das dificuldades e humilhações, era uma mulher forte e trabalhadora, buscando sua independência e na esperança de um bom futuro para seus filhos, no entanto, os julgamentos equivocados de uma turba indignada culminaram numa brutalidade que a reduziram a um corpo “todo dilacerado, todo pisoteado”. (EVARISTO, 2016, p. 42). Durante a sua vida, Maria teve, inúmeras vezes, roubado o seu direito de sonhar, de se alegrar: “Por que não podiam ser felizes?” (EVARISTO, 2016, p. 40), contudo ao se tornar uma vítima de um linchamento, a personagem viu se esvaír o direito de existir.

Maria foi vítima da cultura de morte que, infelizmente, vitima, principalmente, mulheres, negros e pobres. A partir de uma necropolítica, muitos sujeitos morrem, de modo paulatino, em sua dignidade, em sua esperança, em seus direitos elementares até serem, definitivamente, ceifados. A narrativa de Evaristo apresentou um tribunal popular,

²⁷⁷ “Nossa identidade é, em grande parte, uma construção narrativa. O direito faz suas próprias construções narrativas, que tenta evitar a construção do personagem para focar no evento: o que aconteceu, e por que, quem é o responsável e quanto”. (BROOKS, 2020, p. 326, tradução minha)”

forjado, de modo repentino, pelo calor do momento, onde não havia o amparo da lei nem a prerrogativa dos direitos humanos.

A sentença foi a mais cruel e vestiu de justiça o que, na verdade, era um desejo de punir, um desejo de vingança. O linchamento é um fenômeno complexo, o qual abarca várias motivações, capaz de revelar mais sobre o Estado do que sobre o povo que lincha, como acentua Martins: “[o linchamento] é questionamento do poder e das instituições que, justamente em nome da impessoalidade da lei, deveriam assegurar a manutenção dos valores e dos códigos.” (MARTINS, 2015, p. 29).

Paradoxalmente, busca-se o caos para tentar restabelecer a ordem, o terror para trazer a segurança, a violência para trazer a paz. Como o linchamento não é tipificado no Código Penal brasileiro, apenas os crimes que ele pode causar, como lesão corporal no art. 129 do Código Penal brasileiro e homicídio no art. 121 do mesmo diploma jurídico (BRASIL, 1940), os linchadores se sentem à vontade para expurgar todo o seu ódio em nome de uma retomada da ordem social, em nome de uma insuficiente justiça institucionalizada.

A produção literária, seja ela tradicional ou contemporânea, é uma grande fonte de reflexões sobre o comportamento humano mediante vários pontos de vista, jurídico, sociológico, antropológico ou político, possibilitando investigações sobre o modo como ordenamento jurídico e vida estão interligados na existência dos cidadãos neste Estado Democrático de Direito. A representação da negação de direitos capitais na contística da autora negra, Conceição Evaristo, reafirma um cenário que não é exclusivo da ficção, pelo contrário, está bem evidente na vida de muitas brasileiras e de muitos brasileiros. O conto ressalta, também, a discrepância entre a isonomia positivada e a realidade de desigualdade social do país; a vulnerabilidade de um corpo feminino, negro e periférico e as precariedades de uma cidadania lacunar.

REFERÊNCIAS

ARCHANJO, Camila Celestino Conceição; HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. *Direitos Fundamentais do Brasil: Teoria geral e comentários ao artigo 5º da constituição federal de 1988*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

ACAYABA, Cíntia; REIS, Thiago. *Proporção de negros nas prisões cresce 14% em 15 anos, enquanto a de brancos cai 19%, mostra Anuário de Segurança Pública*. Globo.com/G1. Outubro de 2020. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/10/19/em-15-anos-proporcao-de-ne-gros-nas-prisoos-aumenta-14percent-ja-a-de-brancos-diminui-19percent-mostra-anuario-de-seguranca-publica.ghtml>>. Acesso em: 16 Nov. 2020.

AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Pólen, 2019.

BBC NEWS/ BRASIL. *Caso George Floyd: 11 mortes que provocaram protestos contra a brutalidade policial nos EUA*. Maio de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52832621>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BENTES, Hilda Helena Soares. *A “via crucis” do corpo da mulher: trajetos de violência na literatura brasileira sob a ótica dos direitos humanos das mulheres*. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 2, n.1, p. 147-167, 2016. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/222>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

BERNSTS, Luísa Giuliani; TRINDADE, André Karam. *O estudo do direito e literatura no brasil: surgimento, evolução e expansão*. In: ANAMORPHOSIS – *Revista Internacional de Direito e Literatura* v. 3, n. 1, p. 225-257, janeiro-junho 2017. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/326/0>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

BRASIL. *Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015*. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm>. Acesso em: 16 Nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm#:~:text=1%C2%BA%20Ficam%20reservadas%20aos%20negros,economia%20mista%20controladas%20pela%20Uni%C3%A3o%20%2C>. Acesso em : 20 nov. 2020.

BRASIL. *Lei 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em : 20 nov. 2020.

BRASIL. *Lei 13.104/2015, de 09 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BROOKS, Peter. Law works through language. Entrevista concedida a Dieter Axt. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura* v. 6, n. 1, p. 319-328, janeiro-junho, 2020. Disponível em: <<https://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/734>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

CORRÊA, José Ricardo Ventura. *Seletividade Policial Tensão entre Igualdade e Justiça*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal Fluminense, 2013. Niterói: UFF/PPGSD, 2013. 124f.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 11ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DEFOE, Daniel. *Robinson Crusoe*. São Paulo: Penguin, 2012.

EVARISTO, Conceição. *Olhos d'água*. Rio de Janeiro: Pallas: Fundação Biblioteca Nacional, 2016 [2014].

EVARISTO, Conceição. *Ponciá Vicêncio*. Rio de Janeiro: Pallas, 2017. JESUS, Carolina Maria de. *Quarto de Despejo*. 10 ed. Salvador: Ática, 2019.

JESUS, Eunice Aparecida de. Preconceito racial e Igualdade jurídica no Brasil. Dissertação (Mestrado da Faculdade de Direito) - São Paulo: Universidade de São Paulo, 1980. 267f.

KERTZER, Jonathan. *Poetic Justice and Legal Fictions*. New York: Cambridge University Press, 2010.

LINS, Paulo. *Cidade de Deus*. Salvador: Planeta, 2012.

LISPECTOR, Clarice. Mineirinho. In: _____. *Para não esquecer*. 8.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: a justiça popular no Brasil*. São Paulo: Editora Contexto, 2015.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

OST, François. Direito e Literatura: os dois lados do espelho. Entrevista concedida a Dieter Axt. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura* v. 3, n. 1, p. 259-274, janeiro-junho 2017. Disponível em:

<<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/324>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

PAULUZE, Thaiza; NOGUEIRA, Ítalo. *Exército dispara 80 tiros em carro de família no Rio e mata músico*. Folha de São Paulo/UOL. Abril de 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/militares-do-exercito-matam-musico-em-abordagem-na-zona-oeste-do-rio.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

POSNER, Richard A. *Law and Literature: A Misunderstood Relation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1988.

RIBEIRO, Djamila. *Pequeno Manual Antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SANTOS, Marcos. *Índice de feminicídio aumenta em 2020, e mulheres negras são as principais vítimas*. RBA - Rede Brasil Atual. Setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/09/feminicidio-2020-mulheres-negras/>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SANTOS, Patrick da Silva. *Direito à Felicidade na Constituição Brasileira de 1988: Utopia ou Realidade?* Caderno Virtual: idp. v.2, n. 31 (2015). Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/issue/view/84>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005.

SILVA, Rodrigo da. *Discriminação múltipla como discriminação interseccional: o direito brasileiro e as intersecções de raça, gênero e classe*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Riter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre - RS, 2014. 155f.

SOUZA, Livia Maria Natália de. *Correntezas e outros estudos Marinhos*. Salvador: Ogum's Toques, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

WHITE, James Boyd. *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. Boston: Little, Brown and Company, 1973.