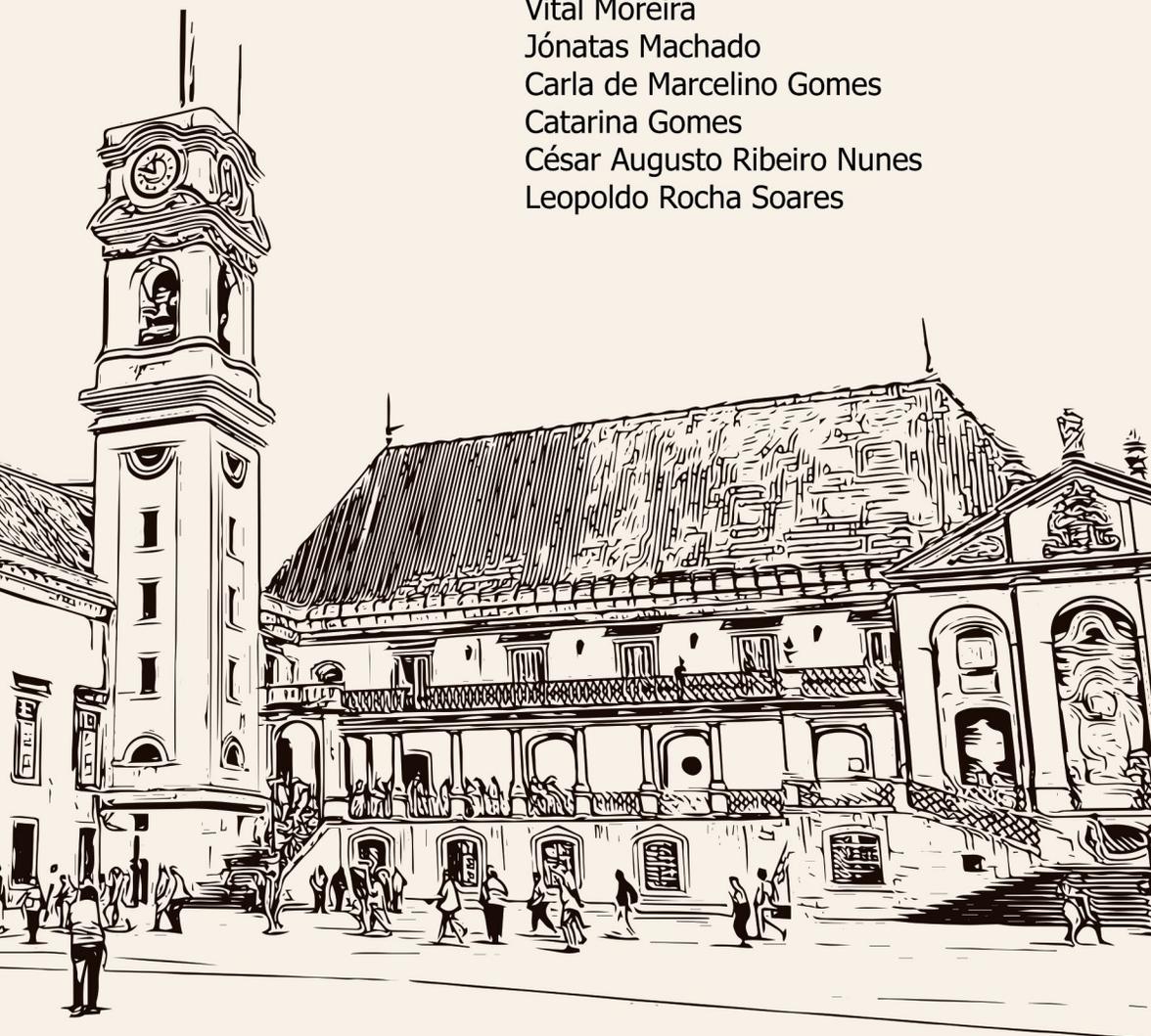


Anais de Artigos Completos - Volume 8 VI CIDHCoimbra 2021

Organizadores:

Vital Moreira
Jónatas Machado
Carla de Marcelino Gomes
Catarina Gomes
César Augusto Ribeiro Nunes
Leopoldo Rocha Soares



www.cidhcoimbra.com
ISBN 978-65-89537-23-6



VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA
JÓNATAS MACHADO
CARLA DE MARCELINO GOMES
CATARINA GOMES
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES
LEOPOLDO ROCHA SOARES
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO VI
CIDHCoimbra 2021
VOLUME 8**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasílica / Edições Brasil
2022**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2022

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VI CIDHCoimbra 2021

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Pettrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboradores: Valdir Baldo e Glaucia Maria Rizzati Aguiar

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As Editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VI CIDHCoimbra 2021 - Volume 8 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil, 2022.

419 p. Série Simpósios do VI CIDHCoimbra 2021

Inclui Bibliografia

ISBNs: 978-65-89537-23-6 / 978-65-86051-76-6

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

12 a 14 de Outubro de 2021 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 8 - Composição dos Simpósios:

<p>Simpósio n.º 78</p> <p>CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E GRUPOS VULNERABILIZADOS</p> <p>Coordenadores: Denise Almeida de Andrade e Jorge Bheron Rocha</p>
<p>Simpósio n.º 79</p> <p>DIREITOS HUMANOS, MINORIAS E DEMOCRACIA</p> <p>Coordenadores: Fausy Vieira Salomão e Cristina Veloso de Castro</p>
<p>Simpósio n.º 80</p> <p>DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS IDOSAS NO SÉCULO XXI</p> <p>Coordenadores: Eduardo Manuel Val e Nivea Corcino Locatelli Braga</p>
<p>Simpósio n.º 83</p> <p>POR UM DIREITO HUMANO PLURAL: CONSTRUINDO A PARTIR DO DIVERSO</p> <p>Coordenadores: Paulo Henrique Borges da Rocha e José Luiz Quadros de Magalhães</p>
<p>Simpósio n.º 89</p> <p>POWER, ALIENATION AND WOMEN'S RIGHTS</p> <p>Coordenadores: Melissa J. Deehring e Marisa Almeida Araújo</p>
<p>Simpósio n.º 90</p> <p>GÊNERO E TRABALHO NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS: IGUALDADE, NÃO DISCRIMINAÇÃO E MÚLTIPLAS JORNADAS</p> <p>Coordenadores: Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt Proni e Bárbara Manganote</p>
<p>Simpósio n.º 91</p> <p>CORPOS FEMININOS E NECROPOLÍTICA: UMA ANÁLISE DA POLÍTICA ESTATAL ACERCA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO</p> <p>Coordenadores: Erika Chioca Furlan e Mariana Secorun Inácio</p>
<p>Simpósio n.º 94</p> <p>A POLÍTICA E A JUSTIÇA NA VIDA DAS MULHERES – QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS DE GÊNERO</p> <p>Coordenadores: Bethânia Suano e Marcela Uchôa</p>

ISBN: 978-65-89537-23-6

COMISSÃO CIENTÍFICA DO VI CIDHCOIMBRA 2021:

Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes, Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin, Prof. Doutor Rafael Mario Iorio Filho, Mestre Alexandre Sanches Cunha, Mestre Orquídea Massarongo-Jona.

SUMÁRIO

O Incidente de Excesso e Desvio de Execução Penal Como Instrumento Processual de Proteção de Direitos Humanos	11
Diego de Azevedo Simão	
A Fiscalização dos Estabelecimentos Penais Como Dispositivo de Concretização dos Direitos Humanos	21
Carolina Carraro Gouvêa	
Devir Insurgências: entre a essência e a aparência dos manicômios judiciários no Brasil.....	34
Andrea Tourinho Pacheco de Miranda e Bianca Santos Lucas	
Três Décadas do Eca no Brasil: uma análise sobre o fortalecimento da proteção integral às crianças e aos adolescentes nos municípios da Microrregião Da Mantiqueira/MG por intermédio do Conselho Tutelar.....	47
Débora Maria Gomes Messias Amaral e Gustavo Bianchetti Lima Gama	
Estatuto da Pessoa com Deficiência: Autonomia da Liberdade Sexual X Estupro de Vulnerável.....	61
Gabriel Maciel Barbosa	
As Violências da Linguagem e os Direitos das Minorias Linguísticas na Índia	71
Graziela Ares	
A Proteção Internacional dos Direitos Humanos em Países de Democracia Fragilizada: uma análise da Hungria pós-2010	84
Maria Tereza Zolyomy Torres	
Direitos Humanos e a Hanseníase no Brasil	93
Rafael Monteiro Teixeira e Ester Hayashi Guimaraes Narciso	
O Direito ao Voto no Exterior à Luz da Ordem Jurídica do Uruguai: um estudo comparado das experiências brasileira e uruguaia.....	103
Daniela Maria Altieri Pereira	
El Cuidado de las Personas Mayores en un Escenario Pandémico. la Propuesta de Políticas Públicas a Partir de la Ética del Cuidado	116
Nuria Belloso Martín	
A Mitigação dos Direitos Sociais das Pessoas Idosas Pelo Direito Econômico ...	130
Francisco de Assis Macedo Barreto	

A Vulnerabilidade do Idoso na Era do Capitalismo de Vigilância.....	142
Diana Georges Freiha	
Obstáculos à Demarcação das Terras Indígenas Enquanto Negação Pelo Estado da Dignidade Humana às Comunidades Tradicionais.....	151
Flávia Alvim de Carvalho	
Acesso e Uso da Cannabis Medicinal no Brasil à Luz dos Direitos à Saúde, Dignidade Humana e Liberdade Individual.....	164
Milene do Carmo Teodoro	
Caso Kathelen Romeu e a Morte da Alma: Sobre a Perpetuação da Política Moderna Colonizadora de Aniquilação de Corpos-Territórios Pretos	177
Sanmella de Pinho e Santos e Gabriel de Souza Salema	
Mensageiros da Diversidade: o reconhecimento dos estados plurinacionais aos Direitos Humanos de imigrantes e refugiados.....	188
João Alves de Souza Junior	
Releitura do Conceito de Hipossuficiência na Assistência Social: uma proposta expansiva da proteção de direitos sociais	196
Rainer Bomfim	
A Gênese da Exclusão das Pessoas em Situação de Rua	210
Ana Célia Passos Pereira Campos	
Power, Alienation and Human Rights of Islamic Women: the need to foster the reinterpretation Of islamic religion in the light of Human Rights.....	220
Laura Dill	
Music Workshop for Women.....	231
Susana Aurora Gutiérrez Jiménez	
O Teletrabalho na Pandemia: o realce da (des)igualdade de gênero e da divisão sexual do trabalho.....	241
Hillary Christine Piedade Inácio	
Da Mucama à Empregada Doméstica: a herança escravocrata nas relações de trabalho do contexto brasileiro no século XXI a partir de uma análise cinematográfica.....	256
Natalia Silva Rocha e Vitória Tigre Rocha	
A Mulher no Mercado de Trabalho e (Des)Igualdade de Gênero: um estudo normativo e estatístico no Brasil.....	270
Jéferson Fernando Amaral Silva e Lohenna Cloches Luz	

Desigualdade de Gênero nas Relações de Trabalho e a Inobservância do Direitos Humanos no Brasil	279
Jaqueline Gachet de Oliveira e Patrícia Rodrigues Silva Paes	
Prevalência de Doenças Ocupacionais em Mulheres nas Universidades: artigo de revisão	287
Maria Inez Santos	
Fake News e a Mentira Organizada Contra o Avanço dos Direitos Políticos e Sociais das Mulheres: uma reflexão sobre a Pl 6764/02 e a luta feminina no congresso contra a violência política de gênero	297
Vanessa Marie Lima de Sena e Lauren Caroline Rodrigues Zanuto	
Necropolítica do Encarceramento: o tratamento das mulheres transgênero negras no sistema penitenciário brasileiro	307
Murilo Henrique de Miranda Maia	
A Necropolítica de Achille Mbembe e a Violência Institucional nas Penitenciárias Femininas Brasileiras	320
Maria Eduarda Brasileiro Lopes	
Violência de Gênero e Necropolítica: a contribuição da inércia estatal sobre a morte de corpos femininos durante a pandemia de covid-19	331
Débora Zanchi	
A Justiça Restaurativa no Âmbito da Violência de Gênero.....	339
Marina Zago Cabrera	
À Espera de um Observatório dos Femicídios: um estudo da atual infraestrutura de dados no Brasil à vista da obrigação de transparência ativa.....	351
Daniele Mendes de Melo	
Análise Crítico-Feminista da Violência Institucional na Seara Política Como Reflexo da Aplicação Misógina do Ordenamento Jurídico Brasileiro sob a Perspectiva do Gênero	362
Marina Fernandes Fontes de Andrade e Ana Leticia Batista Alves Silva	
Ação Penal Pública Incondicionada nos Crimes Contra a Liberdade Sexual: os efeitos frente a autonomia da vontade da vítima.....	375
Laura Beatriz Rebellato Drumond	
Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Tribunal de Justiça do Piauí: efetivando os Direitos Humanos das mulheres	383
José James Gomes Pereira	

Gênero e Fraude Eleitoral: a baixa representatividade da mulher no espaço político brasileiro em incongruência com os ditames da democracia representativa396

Ana Luísa Diniz Silva

Entre o Invisível e o Ilegal: Condições de Vida e Saúde nas Prisões Femininas do Brasil.....409

Aline Cruvello Pancieri

O INCIDENTE DE EXCESSO E DESVIO DE EXECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Diego de Azevedo Simão

Mestrando no programa de Mestrado Profissional Interdisciplinar Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça – UNIR. Pós-graduado em direito processual penal pela Univali. Defensor Público do Estado de Rondônia

Resumo:

O trabalho irá analisar a utilização do incidente de excesso ou desvio de execução penal, tanto individual quanto coletivo, como instrumento processual idôneo para a concretização e salvaguarda dos direitos humanos assegurados pelo ordenamento jurídico interno e internacional, em favor das pessoas privadas de liberdade. Partindo do pressuposto de que a pessoa encarcerada é sujeito de direitos e de que o Estado se encontra numa posição especial de garante perante a população encarcerada, será discutida a utilização do incidente de excesso e desvio de execução penal em sede de execução penal no Brasil, assim como analisado como esse instrumento processual poderá ser manejado pela Defensoria Pública para assegurar o acesso à justiça e a promoção e defesa de direitos humanos. A abordagem metodológica será qualitativa, com objetivo descritivo e exploratório, e com os procedimentos bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Excesso ou desvio; Pena ilícita; Direitos Humanos; Defensoria pública.

1. Constituição e limite do poder punitivo

A Constituição do Brasil, no que diz respeito a pena, não impõe nenhuma função à sanção penal.

Em vez disso, a Lei Maior traz importantes direitos e garantias que limitam o poder punitivo do Estado, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR), a vedação da tortura e de tratamento cruel, desumano e degradante (art. 5º, III, CR), a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”, CR), a garantia do respeito à integridade física e moral da pessoa

presa (art. 5º, XLIX, CR), bem como os direitos à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º, CR). Nesse mesmo sentido, o artigo 3º da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) dispõe que *ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*, deixando claro que, apesar da privação da liberdade, a pessoa presa preserva os direitos não atingidos pela sentença e nem restringidos pela legislação penal.

No âmbito internacional de proteção de direitos humanos, o Brasil ratificou importantes documentos que também obrigam o estado à proteção de direitos, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que ingressou no sistema normativo brasileiro nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição da República.

Apesar dos limites constitucionais, convencionais e legais impostos ao poder punitivo, o sistema penitenciário brasileiro é caracterizado pela superlotação e por apresentar condições insalubres e degradantes, ou seja, é caracterizado por promover violação de direitos humanos.

Dessa maneira, é forçoso reconhecer que entre os limites constitucionais, convencionais e legais do poder punitivo e a pena real existe uma grande distância, o que conduz a necessidade de diferenciar a prisão ficta e a pena de prisão real.

2. Pena de prisão ficta e pena de prisão real

A diferenciação entre a pena ficta e a pena real é apresentada pelo professor Juarez Tavares¹, que em parecer redigido para subsidiar a petição inicial da ADPF n. 347 diferenciou a pena ficta e a pena real nos seguintes termos:

A pena ficta, conforme se pode inferir, possui um valor numérico, o qual reflete, primariamente, um valor abstrato decorrente da avaliação discricionária do Poder Legislativo e, secundariamente, uma medida da intensidade lesiva – na melhor das hipóteses – da conduta realizada. (p. 43)

[...]

Assim, vale reconhecer a existência de um outro conceito de punição, isto é, a pena real. Tal conceito deve assimilar realisticamente as condições locais de cumprimento da privação de liberdade, tais quais a superlotação, as deficiências infraestruturais, a escassez de recursos, a falta de pessoal especializado, etc. Esse reconhecimento, pois, implica um necessário redimensionamento do valor nominal da pena, ou seja, uma redução proporcional desse valor, de forma a equiparar a aflição ficta à aflição real.

Os conceitos de pena ficta e de pena real apresentado pelo professor Juarez Tavares é importante para demonstrar a existência, no plano concreto, da dissonância entre a pena prevista em lei e aquela executada na realidade,

1 TAVARES, Juarez. Parecer *pro bono*, redigido em face da relevância da matéria para o direito brasileiro. 2015. p. 43-44.

auxiliando na compreensão de outros dois conceitos, o de pena legal e o de pena ilícita.

3. Penal legal exige o respeito aos direitos de execução penal

Tomando como ponto de partida os conceitos de pena ficta e de pena real, é possível alcançar o conceito de pena legal, que se consubstancia na pena pública aplicada e executada com respeito aos limites fixados na constituição, nos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, e na legislação interna.

Conforme Thierry Pech², *“uma pena só pode ser humana se estiver demarcada por uma concepção exigente e extensiva dos direitos fundamentais da pessoa humana. Esta argumentação apresenta-se mais como um limite inultrapassável à pena do que como uma justificação desta”*.

Dessa maneira, a pena legal é a pena aplicada dentro dos limites previstos na legislação, em respeito aos direitos fundamentais e sem impor um sofrimento e restrições além aquela inerente a própria restrição da liberdade.

4. Pena ilícita

A pena ilícita, por sua vez, deve ser conceituada como a pena que, no plano concreto, é executada em dissonância com os limites legais, resultando na imposição de restrições e sofrimentos superiores àqueles inerentes a restrição da liberdade.

Trata-se de pena que é executada em situação de desvio ou excesso de execução penal e que sempre acarreta, em menor ou maior medida, em violação de direitos humanos.

A título de exemplo, pode ser citado a pena de prisão executada em situação de superlotação carcerária e em estabelecimentos prisionais com deficiências estruturais, que conduzem ao cumprimento de pena em condições degradantes.

A superlotação e as deficiências estruturais dos estabelecimentos penais são características marcantes no sistema penitenciário brasileiro. Além de se tratar de fato notório, a superlotação e o tratamento desumano e degradante na execução penal foram comprovados por 4 CPIs sobre o sistema prisional (1976, 1993, 2009 e 2015), assim como na ADPF 347 em que o STF reconheceu existir uma violação generalizada de direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro, tendo enfatizado que *“As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas”*³.

Apesar do reconhecimento pelo próprio estado brasileiro de que as pe-

2 GARAPON, Antonie; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. Punir em democracia: e a justiça será. trad. Jorge Pinheiro. - Lisboa : Instituto Piaget, D.L. 2002. p. 181

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF. Brasília, 09/09/2015. Informativo 798. Data de divulgação: 17 de setembro de 2015.

nas privativas de liberdade são executadas em situação de superlotação e configuram penas cruéis e desumanas, conforme estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, nos cinco anos após da decisão do STF na ADPF 347 a população privada de liberdade aumentou 9,3% entre os anos de 2016 e 2020⁴.

A superlotação, as deficiências estruturais, a ausência de assistência, enfim, todas as condições degradantes de cumprimento da pena resulta em um nível de restrição que supera a restrição de liberdade inerente à pena de prisão e configura, em concreto, uma forma de tratamento mais gravosa do que aquela determinada na lei e na sentença, configurando, portanto, pena ilícita.

5. A posição do Estado como garantidor dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade

Tema de importância crucial para o estudo da pena de prisão e dos direitos humanos diz respeito a posição ocupada pelos estados, sobretudo quando “*O Estado tem sempre obrigações em face dos direitos fundamentais, sejam obrigações negativas (abstenção), sejam obrigações positivas (prestacionais)*”⁵.

Ao decidir sobre o tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou jurisprudência no sentido de que o estado ocupa a *posição especial de garante* dos direitos das pessoas privadas de liberdade, devendo, por isso, adotar todas as medidas necessárias para assegurar os direitos humanos das pessoas encarceradas.

Foi nesse sentido o entendimento fixado no Caso Penitenciária Urso Branco (Rondônia, Brasil), quando a Corte IDH afirmou:

Caso Penitenciária Urso Branco em relação ao Brasil. Medidas provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002. Considerando: **§8.** *Que, em virtude da responsabilidade do Estado de adotar medidas de segurança para proteger as pessoas sujeitas à sua jurisdição, a Corte considera que este dever é mais evidente quando se trata de pessoas confinadas em um centro de detenção estadual, caso em que a responsabilidade do Estado deve ser presumido no que acontece às pessoas sob sua custódia.*⁶

Nesse mesmo sentido, a Corte IDH reconheceu a posição do Estado como garante dos direitos das pessoas privadas de liberdade nos seguintes casos: Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.

4 BRASIL. CNJ. (ed.). O sistema prisional brasileiro fora da constituição - 5 anos depois: balanço e projeções a partir do julgamento da adpf 347. Brasília, 2021. 68 p. (Informe 2021).

5 SILVA, José Afonso da. Teoria do conhecimento constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p.592.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 9 : Personas privadas de libertad / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). San José, C.R.: Corte IDH, 2020. p. 7

Sentencia de 30 de mayo de 19992, párr. 195; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 20003, párr. 87; Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Série C No. 684, párr. 78.

6. O preso como sujeito de direitos e pessoa vulnerável

Além da posição de garante do estado, o estudo do tema exige, também, que seja definida a posição jurídica da pessoa privada de liberdade, submetida ao poder punitivo estatal.

Partindo da Constituição da República, que alçou a dignidade humana em fundamento do estado (art. 1º, III, CR/88) e a igualdade de todas as pessoas indistintamente (art. 5º, *caput*, CR/88) como direito fundamental, não temos dúvida de que a pessoa presa deve ser compreendida como sujeito de direitos na relação da execução penal.

O reconhecimento da pessoa presa como sujeito de direitos é reforçado pelo artigo 3º, da Lei de Execução Penal, ao estabelecer que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, garantido, assim, que o exercício do poder punitivo seja limitado pela lei e pelos direitos garantidos às pessoas privadas de liberdade.

Além de sujeito de direitos, a pessoa presa, em razão da condição de privação de liberdade, deve ser reconhecida como pessoa vulnerável.

A vulnerabilidade da pessoa privada de liberdade é reconhecida nas Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade:

10.- Privação de liberdade

(22) A privação da liberdade, ordenada por autoridade pública competente, pode gerar dificuldades para exercer com plenitude perante o sistema de justiça os restantes direitos dos quais é titular a pessoa privada da liberdade, especialmente quando concorre com alguma causa de vulnerabilidade enumerada nos parágrafos anteriores.

(23) Para efeitos destas Regras, considera-se privação de liberdade a que foi ordenada pela autoridade pública, quer seja por motivo da investigação de um delito, pelo cumprimento de uma condenação penal, por doença mental ou por qualquer outro motivo.

Assim, por conta das maiores dificuldades para o exercício de direitos em razão da privação de liberdade (e de outras condições de vulnerabilidade que possam existir, como por exemplo, a vulnerabilidade econômica), a pessoa privada de liberdade deve ser reconhecida com sujeito de direitos e pessoa vulnerável.

7. Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça

A garantia de acesso à justiça às pessoas vulnerabilizadas em razão da situação de restrição de liberdade é assegurada pelo estado por meio da De-

fensoria Pública, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a *promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados*, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (art. 134, CR).

Especificamente no âmbito da execução penal, a Defensoria Pública é órgão de execução penal (art. 61, VIII, Lei n. 7.210/1984) a quem compete velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva art. 81-A, Lei n. 7.210/1984).

Assim, cabe à Defensoria Pública atuar de forma individual e coletiva na salvaguarda dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, inclusive devendo lançar mão de todas as medidas extrajudiciais e judiciais possíveis, incluído o incidente de excesso e desvio de execução penal.

8. Juiz de execução como juiz natural para apreciar conflitos que envolve pena ilícita

A atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos humanos ocorrerá nas esferas extrajudicial e judicial.

Judicialmente, deverá ocorrer perante o juiz de execução penal, a quem compete, dentre outras funções, zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança (art. 65 e 66, VI, Lei n. 7.210/1984), inspecionar estabelecimentos penais e interditá-los, no todo ou em parte quando estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos legais (art. 66, VII e VIII, Lei n. 7.210/1984).

Nesse ponto, é necessário observar que caberá ao juízo de execução penal apreciar todos os conflitos que envolvem a pena ilícita e violação de direitos humanos no curso da execução penal.

A grande problemática que gira em torno do tema diz respeito à divergência sobre a natureza jurídica da execução penal, ou seja, sobre se a natureza jurídica da execução penal é jurisdicional ou mista. Corrente majoritária da doutrina compreende que a execução penal possui natureza mista, ao argumento de que se trata de atividade complexa desenvolvida tanto no plano judiciário quanto no plano jurisdicional⁷. Por outro lado, parte da doutrina compreende como jurisdicional a natureza da execução penal, uma vez que a execução da pena é atividade desenvolvida por meio de um processo, com partes, com garantias, com juiz natural, com devido processo legal e com todas as atividades e atos submetidos à jurisdição⁸.

7 GRINOVER, Ada Pellegrini. A natureza jurídica da execução penal. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). Execução Penal: Max Limonad, 1987, p. 7.

8 FERNANDES, Antônio Scarance. Execução Penal: aspectos jurídicos. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Cons. da Justiça Federal, v.3, Brasília, abr. 1999. p. 68-83.

A compreensão da execução penal como atividade de natureza jurisdicional é a posição mais compatível com a Constituição da República, com as normas internacionais de proteção de direitos humanos (CADH, art. 8º e 25) e com a própria Lei de Execução Penal (art. 2, 65, 66 e 194).

Entretanto, o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil, que compreendem a execução penal como atividade de natureza mista, sendo parte jurisdicional e parte administrativa, impacta na execução penal.

Isso porque, ao compreender como de natureza administrativa as questões que se relacionam com a análise das condições materiais de cumprimento da pena e encarceramento, a competência do juízo de execução penal é afastada em detrimento da competência do juízo da vara da fazenda pública.

Esse entendimento subtrai do juízo da execução penal a análise sobre a execução de pena ilícita quando, por exemplo, em casos de superlotação ou mesmo de deficiência estrutural de estabelecimentos penais é adotada a ação civil pública contra o poder executivo, de competência das varas de fazenda pública, como meio processual para o combate da ilegalidade. Trata-se de meio processual pouco efetivo para solucionar os problemas da superlotação e das deficiências estruturais dos ambientes carcerários. É demorado, de difícil execução, permite a manutenção do cumprimento de pena em condições ilícitas, e em razão da incompetência do juízo da vara da fazenda pública, impede a compensação penal.

9. Incidente de excesso e desvio, individual ou coletivo, como meio processual idôneo para a garantia de direitos humanos na execução penal

A fim de assegurar a competência do juízo de execução penal para o julgamento dos casos que envolvam a pena ilícita, tais quais aqueles que se relacionam com superlotação e com condições materiais deficitárias dos estabelecimentos prisionais, a Defensoria Pública, como órgão de execução penal e como instituição a quem compete promover os direitos humanos e velar pela regular execução penal, deverá suscitar, de forma individual ou coletiva, o incidente de excesso ou desvio de execução penal, importante instrumento processual para a salvaguarda dos direitos humanos e de combate à pena ilícita.

O incidente de excesso ou desvio de execução penal é previsto nos artigos 185 e 186 da Lei n. 7.210/1984. O incidente deve ser suscitado perante o juízo de execução penal. São legitimados para suscitar o incidente o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, o próprio sentenciado e todos os demais órgãos de execução penal, dentre eles a Defensoria Pública.

De acordo com a lei, *haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares*. Isso significa dizer que qualquer ato que seja praticado além dos limites da sentença, da lei ou dos regulamentos, portanto, qualquer ato

que torne ilícita a execução da pena, caracterizará excesso (alteração ilegal quantitativa) ou desvio (alteração ilegal qualitativa), devendo imediatamente ser corrigido pelo juízo de execução penal, autoridade jurisdicional competente para zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança.

O incidente de *excesso ou desvio de execução* é importante instrumento processual para a proteção jurídica da pessoa privada de liberdade. Conforme reconhecido na exposição de motivos à LEP, em seu item n. 171,

171.[...] A impotência da pessoa presa ou internada constitui poderoso obstáculo à autoproteção de direitos ou ao cumprimento dos princípios de legalidade e justiça que devem nortear o procedimento executivo. Na ausência de tal controle, necessariamente judicial, o arbítrio torna inseguras as suas próprias vítimas e o descompasso entre o crime e sua punição transforma a desproporcionalidade em fenômeno de hipertrofia e de abuso de poder.

Além disso, o incidente de *excesso ou desvio de execução* é instrumento processual que assegura, no plano jurídico interno, a efetividade da *garantia de proteção judicial* prevista no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assegurando um recurso simples, rápido e efetivo, perante o juízo competente, contra atos que violem direitos fundamentais reconhecidos pelas leis. Nesse sentido:

CADH. Art. 25. Proteção Judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso *simple e rápido* ou a qualquer outro recurso *efetivo*, perante os juízos ou tribunais *competentes*, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. **2.** Os Estados Partes comprometem-se: **a)** a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; **b)** a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e **c)** a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

O incidente de *excesso ou desvio de execução* também assegura o juiz natural, não permitindo que as questões relacionadas as superlotação e deficiências estruturais sejam subtraídas da análise jurisdicional pelo juízo da execução penal, bem como permite a defesa das normas internacionais de proteção de direitos humanos – pode ser utilizado como instrumento processual para pleitear a efetivação das normas de proteção de direitos, como por exemplo, os direitos vida (art. 4º, CADH), à integridade pessoal (art. 5º, CADH), à liberdade pessoal (art. 7º, CADH), garantias judiciais (art. 8º, CADH) e proteção judicial (art. 25, CADH).

Outro ponto de extrema relevância é que, aos suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução penal, as questões relacionadas à superlotação

carcerária e às deficiências estruturais dos estabelecimentos prisionais, fatores que conduzem ao cumprimento de pena em condições indignas e degradantes e, portanto, configuram pena ilícita, não serão subtraídas do juízo de execução penal – conforme ocorre nos casos de ACP, em que a competência é transferida para varas de fazenda pública.

Assim, respeitada a competência do juízo natural, *in casu*, o juízo da execução penal, será possível a adoção, *em sede de execução penal*, de todas as medidas possíveis para a proteção de direitos humanos, sejam providências que envolvam reparos estruturais ou até mesmo medidas relacionadas à execução da pena, como medidas compensatórias por cumprimento de pena em condições ilícitas⁹, ou que sejam eficazes para combater a superlotação, como a adoção do princípio do *numerus clausus*, conceituado como “o princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos uma saída, de forma que a proporção presos-vaga se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução.”¹⁰.

10. Conclusão

O sistema carcerário brasileiro é caracterizado por um quadro de superlotação e por um estado permanente de violação de direitos humanos. A realidade demonstra que existe um distanciamento entre a pena fixada em lei e a pena executada em concreto.

Essa disparidade entre a pena legal e a pena real, que é executada em dissonância com os limites legais, resulta na imposição de restrições e sofrimentos superiores àqueles inerente a restrição da liberdade, caracterizando a pena como ilícita.

Aliado a ilicitude da pena, a realidade demonstra a existência de um grande déficit no que diz respeito à concretização de direitos humanos, sobretudo em razão da ausência de instrumentos processuais idôneos para a proteção de direitos humanos, sobretudo de grupos vulneráveis como são categorizadas as pessoas privadas de liberdade.

9 É possível ao juízo de execução penal aplicar medidas de compensação penal por cumprimento de pena em condições ilícitas, na esteira da Resolução de medidas provisórias de 22.11.2018 da Corte IDH no caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho vs. Brasil, em que foi determinado o cálculo diferenciado do tempo privação de liberdade a fim de que a pena de prisão seja contada em razão de dois dias de pena por dia de efetiva prisão em condições degradantes.

§121. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes. Resolução da Corte IDH, de 22.11.2018. caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho vs. Brasil. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf acesso em 26.09.2021.

10 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 88.

Assim, dada a ausência de instrumento processual específico para a defesa dos direitos humanos em sede de execução penal, a Defensoria Pública, como instituição vocacionada à defesa dos direitos humanos, deve lançar mão de meios criativos e inteligentes para a defesa de direitos humanos.

Um desses instrumentos, conforme acima demonstrado, é o incidente de excesso e desvio de execução penal, que pode e deve ser utilizado no âmbito da execução penal como instrumento processual de proteção de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade.

Referências

BRASIL. CNJ. (ed.). **O sistema prisional brasileiro fora da constituição - 5 anos depois: balanço e projeções a partir do julgamento da adpf 347**. Brasília, 2021. 68 p. (Informe 2021).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC/DF**. Brasília, 09/09/2015. Informativo 798. Data de divulgação: 17 de setembro de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 9 : Personas privadas de libertad** / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). -- San José, C.R. : Corte IDH, 2020.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Execução Penal: aspectos jurídicos**. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, v.3, Brasília, abr. 1999. p. 68-83.

GARAPON, Antonie; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia: e a justiça será**. trad. Jorge Pinheiro. - Lisboa : Instituto Piaget, D.L. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A natureza jurídica da execução penal**. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coord.). **Execução Penal: Max Limonad**, 1987, p. 7.

Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf> acesso em 12 de outubro de 2021.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TAVARES, Juarez. **Parecer pro bono, redigido em face da relevância da matéria para o direito brasileiro**. 2015.

A FISCALIZAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS COMO DISPOSITIVO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Carolina Carraro Gouvêa

Doutoranda e mestra em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Especialista em Ciências Criminais.

Resumo:

A pesquisa possui como objetivo analisar de que maneira a fiscalização dos estabelecimentos penais pelos diversos órgãos da execução penal, bem como pelo Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura tem afetado a concretização dos direitos humanos das pessoas presas. Utiliza-se como técnicas metodológicas a revisão bibliográfica e documental sobre o objeto de estudo, demonstrando o compromisso internacional que o Brasil assumiu na prevenção e combate à tortura. Verifica-se que, embora existam diferentes órgãos no controle e fiscalização da execução penal, emitindo relatórios e recomendações, não se garante necessariamente a melhoria das condições internas, ou seja, apesar de a execução ser controlada por diversos órgãos, o cumprimento da pena segue violando direitos e submetendo os presos a condições cruéis, desumanas e degradantes.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Privação de liberdade; Fiscalização; Sistema prisional.

1. Introdução

O reconhecimento dos direitos das pessoas privadas de liberdade é reflexo do movimento geral de proteção dos direitos humanos que tem crescido decisivamente, devendo-se garantir que sejam protegidos os de todos, sem qualquer distinção (RODRIGUES, 2000, p. 23-26).

A legislação brasileira, a Constituição Federal de 1988, bem como diversos instrumentos internacionais que o Brasil é signatário, garantem expressamente que aos presos serão resguardados todos os direitos não atingidos pela sentença criminal, vedando quaisquer tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes.

Contudo, a realidade dos estabelecimentos penais aponta a violação de uma série de direitos humanos das pessoas vulneráveis que estão privadas de

liberdade.

Um dos maiores obstáculos a ser enfrentado durante a execução da pena consiste na superlotação das prisões, que causa impactos e consequências em todas as condições de encarceramento, reduzindo as prestações básicas de saúde, alimentação e educação, além de submeter o indivíduo a situações precárias e violadoras da dignidade humana.

Como disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o Brasil possui 668.135 presos, sendo a maioria composta por pessoas entre 18 e 34 anos, totalizando 60,04% da população presa.

A taxa de aprisionamento, que se refere ao número de presos a cada grupo de 100 mil habitantes, passou de 359 pessoas em 2019, para 318 pessoas em 2020, mas, embora tenha sido reduzida, constituem índices altíssimos de encarceramento.

Considerando esse cenário e as dificuldades que são encontradas pelos presos em exercitar com plenitude os seus direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, a pesquisa pretende demonstrar de que maneira a fiscalização dos estabelecimentos penais pelos diversos órgãos da execução penal (artigo 61 da Lei 7.210/84), bem como pelo Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (Lei 12.847/13) tem afetado a concretização dos direitos humanos.

Baseia-se na ideia de que, apesar de existirem diferentes órgãos no controle e fiscalização da execução da pena, não se garante necessariamente a melhoria das condições internas, mantendo o cenário de violação da dignidade humana dos presos.

Utiliza-se como técnicas metodológicas a revisão bibliográfica e documental sobre o objeto de estudo, expondo dispositivos específicos da execução penal e o compromisso internacional que o Brasil assumiu na prevenção e combate à tortura.

2. Órgãos de controle da execução penal

A Lei de Execução Penal (LEP) elencou um rol de órgãos que buscam orientar, fiscalizar e conduzir o cumprimento da pena das pessoas privadas de liberdade. A orientação estabelecida pelo Projeto da LEP, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal (item 92 da Exposição de Motivos).

A atuação de tais órgãos deve ser conjunta e harmônica, mas considerando a variação da natureza deles, existem desafios (CASTILHO, 1988, p. 69).

Assim, no rol elencado, existem órgãos do Poder Executivo (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Departamentos Penitenciários), do Poder Judiciário (Juízo da Execução) e da Comunidade (Conselho Penitenciário e Conselho da Comunidade). Além desses, inclui-se o Ministério

Público e a Defensoria Pública que são indispensáveis.

Como destaca Roig (2021, p. 217), uma das mais notáveis competências desses órgãos é a atividade fiscalizatória e, qualquer restrição de acesso aos estabelecimentos é ilegal, contrariando a LEP e as orientações internacionais.

Os órgãos da execução penal estabelecidos pela LEP (artigo 61) são: o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; o Juízo da Execução; o Ministério Público; o Conselho Penitenciário; os Departamentos Penitenciários; o Patronato; o Conselho da Comunidade; e a Defensoria Pública.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) foi criado em 1980 e é um órgão vinculado ao Ministério da Justiça, com sede em Brasília.

É integrado por 13 membros – com mandato de 2 anos, renovado por 1/3 em cada ano –, designados por meio de ato do Ministério da Justiça, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social (art.63 da LEP).

Com atuação no âmbito federal e estadual, o CNPCP possui como principal função a de propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança.

Além disso, outra função desse órgão consiste na inspeção e fiscalização dos estabelecimentos penais, informando, mediante relatórios, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento.

É cumprindo essa orientação da LEP que os relatórios de inspeção do Conselho são elaborados e divulgados, com o preenchimento de formulário para obter informações sobre o estabelecimento que foi visitado.

Assim, a cada ano, o CNPCP realiza visitas de inspeção em determinados Estados e emite relatórios que contêm providências e recomendações a serem adotadas nos estabelecimentos, visando a garantia dos direitos humanos e o aprimoramento do sistema penal no Estado, tendo como parâmetros as normas de execução penal vigentes, bem como as normas protetoras dos direitos humanos.

O juízo da execução também possui a atividade fiscalizatória, devendo inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade (art.66, VII da LEP).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n.47 de 18 de dezembro de 2007, a qual dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes da execução criminal. Tal Resolução determina que os juízes da execução devem realizar pessoalmente inspeção mensal nos estabelecimentos penais sob sua responsabilidade e tomar providências para o seu adequado funcionamento, promovendo, quando for o caso, a apuração de

responsabilidade (art.1º). Dessas inspeções realizadas, o juiz deverá elaborar relatórios sobre as condições do estabelecimento, a ser enviado à Corregedoria de Justiça do respectivo Tribunal, sem prejuízo de serem tomadas providências imediatas para o adequado funcionamento (art.2º).

Compete, também, ao juiz da execução, interditar, no todo ou em parte, aquele estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da LEP (art.66, VIII da LEP). Assim, o estabelecimento que violar a regra sobre a capacidade de lotação (art.85 da LEP) deverá ser punido com a interdição, determinada pelo próprio juiz da execução (item 103 da Exposição de Motivos da LEP).

Outro órgão da execução penal é o Ministério Público, que tem como principal função a fiscalização da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução (art.67 da LEP), além de fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento. A visita deverá ser realizada mensalmente no estabelecimento penal registrando a sua presença em livro próprio.

Considerando a necessidade de regulamentação dessa atribuição conferida ao Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público emitiu a Resolução n.56 de 22 de junho de 2010, dispondo sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelo órgão, com vista à atuação integrada da instituição na área da execução penal e dada a conveniência da unificação dos relatórios de visita para criar e alimentar banco de dados deste órgão nacional de controle.

Como dispõe Fernandes (1987, p. 32), pode-se afirmar que o Ministério Público deve participar de todo o processo executivo, “podendo requerer qualquer diligência necessária para a efetivação dos interesses que persegue”, possuindo “efetiva e necessária participação em toda a execução, acompanhando-a, requerendo, fiscalizando, recorrendo, até que seja encerrada”.

O Conselho Penitenciário é um órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena e é integrado por membros nomeados pelo Governador do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade. Será pela legislação federal e estadual que seu funcionamento vai ser regulado e seus membros terão mandato de duração de quatro anos.

Os Departamentos Penitenciários dividem-se em Departamento Penitenciário Nacional e Departamento Penitenciário Local.

O Departamento Penitenciário Nacional é subordinado ao Ministério da Justiça e órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (art.71 da LEP).

Possui como uma de suas atribuições inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais (art.71 da LEP). Incumbe ainda ao Departamento Penitenciário Nacional a coordenação e supervisão dos es-

tabelecimentos penais e de internamento federais (art.72, § 1º).

Com relação ao Departamento Penitenciário Local, poderá a legislação local criar o Departamento ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer (art.73 da LEP), tendo por finalidade supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais da Unidade da Federação a que pertencer.

O Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos, considerando-se como egressos o liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento e o liberado condicional, durante o período de prova.

As atribuições do Patronato consistem em orientar os condenados à pena restritiva de direitos; fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana; e colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional (art.79 da LEP).

O Conselho da Comunidade deverá ser estabelecido em cada comarca, composto no mínimo, por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, um Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Caso não haja representação de tais membros, fica a critério do Juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho (art.80 da LEP).

Incumbe ao Conselho da Comunidade a visita pelo menos uma vez ao mês nos estabelecimentos penais existentes na comarca, cabendo a este órgão apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário. Além disso, são atribuições de tal órgão entrevistar os presos e diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento (art. 81 da LEP).

A instituição do Conselho da Comunidade pela LEP está em consonância com os Princípios Básicos Relativos ao Tratamento dos Reclusos da Organização das Nações Unidas (ONU), que prevê que deve haver a participação e ajuda da comunidade e das instituições sociais, respeitando os interesses das vítimas, devendo-se criar condições favoráveis à reinserção do antigo recluso na sociedade, nas melhores condições possíveis (item 10).

Por fim, a Defensoria Pública foi incluída como órgão da execução penal pela Lei 12.313 de 2010. Com a inclusão, caberá à essa instituição velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva (art.81-A da LEP).

Além disso, uma das atribuições da Defensoria Pública é visitar periodicamente os estabelecimentos penais, registrando sua presença em livro próprio e tomando as providências para o adequado funcionamento, requerendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade, bem como solicitar à au-

toridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal (art.81-B da LEP).

3. O sistema nacional de prevenção e combate à tortura

No ano de 2007 foi promulgado no Brasil o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização das Nações Unidas (OPCAT). No artigo 17 do presente protocolo, fica estabelecido que cada Estado-Parte deverá manter, designar ou estabelecer, dentro de um ano da entrada em vigor ou da ratificação do documento um ou mais mecanismos preventivos nacionais para a prevenção da tortura em nível doméstico.

Contudo, essa determinação foi cumprida somente em 2013, com a entrada em vigor da Lei 12.847, a qual instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e criou o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. A regulamentação de tais órgãos veio posteriormente com o Decreto 8.154/13.

Coordenado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (SNPCT) tem por objetivo fortalecer a prevenção e o combate à tortura e outros tratamentos desumanos ou penas cruéis, por meio de articulação e atuação cooperativa de seus integrantes, dentre outras formas, permitindo as trocas de informações e o intercâmbio de boas práticas, visando sempre o respeito da integridade dos direitos humanos, em especial os das pessoas privadas de liberdade (art.1º da Lei 12.847/13 e art.2º do Decreto 8.154/13).

O presente tópico será desenvolvido para mostrar sobre as funções e características fiscalizatórias do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

O Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) é órgão integrante da estrutura do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, com a função de prevenir e combater a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e, dentre outras atribuições, deverá apoiar a criação de comitês ou comissões semelhantes na esfera estadual e distrital para o monitoramento e a avaliação das ações locais; deverá articular-se com organizações e organismos locais, regionais, nacionais e internacionais, em especial no âmbito do Sistema Interamericano e da Organização das Nações Unidas; e fornecer informações relativas ao número, tratamento e condições de detenção das pessoas privadas de liberdade (art.6º, VII, VIII e XV da Lei 12.847/13, respectivamente).

O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) também é órgão integrante da estrutura do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e será composto por 11 peritos escolhidos pelo CNPCT entre pessoas com notório conhecimento e formação de nível superior, atuação e experiência na área de prevenção e combate à tortura e a

outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, e nomeados pelo Presidente da República, para mandato fixo de 3 anos, permitida uma recondução (art.8º, §1º da Lei 12.847/13).

Para os fins da presente pesquisa, destaca-se a função fiscalizatória do MNPCT de planejar, realizar e monitorar visitas periódicas e regulares a pessoas presas em todas as unidades da Federação, para verificar as condições de fato e de direito a que se encontram submetidas, podendo requerer à autoridade competente que instaure procedimento criminal e administrativo mediante a constatação de indícios da prática de tortura e de outros tratamentos e práticas cruéis, desumanos ou degradantes (art.9º, I e III da lei 12.847/13).

A cada visita deverá ser elaborado relatório das condições encontradas e compete também ao MNPCT a elaboração, anualmente, de relatório circunstanciado e sistematizado sobre o conjunto de visitas realizadas e recomendações formuladas, comunicando ao dirigente imediato do estabelecimento ou da unidade visitada e ao dirigente máximo do órgão ou da instituição a que esteja vinculado o estabelecimento ou unidade visitada de qualquer dos entes federativos, ou ao particular responsável, do inteiro teor do relatório produzido, a fim de que sejam solucionados os problemas identificados e o sistema aprimorado (art.9º, V da Lei 12.847/13).

Os relatórios das visitas periódicas e regulares realizadas, bem como o relatório anual devem ser publicados, a fim de promover a difusão deles. Além disso, o MNPCT deverá fazer recomendações e observações às autoridades públicas ou privadas, responsáveis pelas pessoas em locais de privação de liberdade, para garantir que se observem os direitos dessas pessoas (art.9º, VI e VII da Lei 12.847/13).

Atendendo a esse dispositivo, já foram quatro relatórios anuais emitidos pelo MNPCT e que foram analisados para a presente pesquisa, sendo o primeiro deles em 2015. Em todos os relatórios, as visitas fiscalizatórias realizadas pelos membros do MNPCT identificaram a superlotação dentro dos estabelecimentos e fizeram recomendações acerca da situação precária encontrada.

No primeiro ano de atuação do MNPCT parte das recomendações se direcionaram ao controle externo e a intersetorialidade, havendo a “tentativa de trazer instituições externas às unidades de privação de liberdade para, por um lado, fiscalizá-las e monitorá-las e, por outro, gerar ações articuladas e estruturadas a respeito do contexto de privação de liberdade” (MNPCT, 2015, p. 75).

Com relação ao controle externo, propõe-se que os órgãos do sistema de justiça e aqueles outros que possuam a função de fiscalização realizem as visitas para monitorar as condições existentes, apurando aqueles casos de tortura e maus tratos impostas as pessoas privadas de liberdade (MNPCT, 2015, p. 89). As recomendações direcionam-se à criação e fortalecimento de comitês e mecanismos estaduais; ao fortalecimento dos atores do sistema de justiça; ao apoio de instâncias federais; à reestruturação administrativa; e, à criação

e fortalecimento de órgãos de controle voltados aos responsáveis pela privação de liberdade.

No relatório referente ao ano de 2016 destacou-se que o monitoramento mais eficaz consiste na realização de visitas aos locais de privação de liberdade, contudo é dificultado devido a inexistência de sistemas estaduais de prevenção à tortura, o que acaba atrapalhando o acompanhamento da implementação das recomendações feitas (MNPCT, 2016, p. 58).

O relatório anual de 2017 registrou a falta de assistência jurídica adequada às pessoas presas como uma das principais reclamações durante as inspeções. Além disso, o MNPCT identificou a falta de infraestrutura nos estabelecimentos penais, em más condições de conservação e espaços insuficientes e insalubres, superlotados, caracterizando elementos de cumprimento de pena desumana, cruel ou degradante (MNPCT, 2017, p. 48 e 74).

Os problemas identificados nos relatórios de inspeção apontaram violações de direitos que dependem de um conjunto de esforços em diferentes níveis de ação, e que envolvam vários entes responsáveis de maneira organizada e sistêmica.

Já no último relatório analisado, referente a 2018-2019, foram ressaltadas a desinformação e a falta de integração entre os órgãos públicos:

O MNPCT desde o ano 2015 vem apontando para a inconsistência dos dados sobre a população prisional no Brasil, as estruturas estatais, destinadas para a sistematização e compilação de dados referentes a população prisional, não dispõem de meios mínimos para produção de informações fidedignas que possam diagnosticar com precisão o perfil socioeconômico das pessoas em privação de liberdade, as condições de cumprimento de pena e direcionar o fomento das políticas públicas. A ausência de infraestrutura e metodologia padronizada, integrada entre estados e o governo federal para captação de dados e levantamentos estatísticos, produz cenários de total desinformação. Não ter dados e ou não manter atualizadas informações referentes às pessoas privadas de liberdade, implica em falta de transparência na gestão do serviço público (MNPCT, 2018, p. 17).

Vale ressaltar que a atuação do MNPCT ocorre sem prejuízo das competências atribuídas aos demais órgãos e entidades que exerçam funções semelhantes.

Nesse sentido, em visita realizada no Brasil em 2015, o Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (SPT) enfatizou que o MNPCT deve complementar, e não substituir, os sistemas de supervisão existentes no país, e seu funcionamento deve considerar a cooperação e coordenação efetivas entre os mecanismos existentes (ONU, 2015, p. 19).

Em 11 de junho de 2019 foi publicado o Decreto 9.831 que alterou importantes dispositivos do Decreto 8.154/13, que regulamenta o funcionamento do SNPCT, a composição e o funcionamento do CNPCT e do MNPCT.

Uma das principais alterações foi sobre a atuação dos peritos do

MNPCT, cuja participação será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada (art.10, § 5º do Decreto 8.154/13). Com isso, o decreto exonerou os 11 peritos que exerciam suas funções no MNPCT.

Além disso, o decreto revogou o §2º do art.10 do Decreto 8.154/13, que determinava que a escolha dos membros do MNPCT buscará representar a diversidade de raça e etnia, de gênero e de região. Também se vedou o exercício de peritos vinculados a redes e a entidades da sociedade civil e a instituições de ensino e pesquisa, a entidades representativas de trabalhadores, a estudantes e a empresários integrantes do CNPCT (art.10, § 3º do Decreto 8.154/13). Antes da alteração, era vedada a posse e, não, o exercício de tais peritos.

Diversos organismos de proteção aos direitos humanos se manifestaram contra o decreto presidencial, dentre eles, a Justiça Global, Organização Mundial contra a Tortura (OMCT) e o Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP) que emitiram uma nota conjunta em que afirmam que as medidas previstas no decreto são ameaças frontais ao funcionamento do MNPCT e o impedirá de cumprir seu mandato, pois isso requer recursos financeiros – que são essenciais para garantir sua autonomia e independência, inclusive no recebimento de denúncias de violações de direitos humanos –, bem como a disponibilidade de seus membros.

O Conselho Nacional dos Direitos Humanos também emitiu a recomendação n.06 de 12 de junho de 2019, recomendando ao Ministério Público e à Defensoria Pública que ingressassem judicialmente imediatamente contra o referido Decreto visto seu caráter ilegal, diante da Constituição Federal da República, Lei Federal 12.847/2013 e demais mandamentos nacionais e internacionais; e recomendou ao SPT da ONU que solicitasse ao governo brasileiro informações acerca do Decreto 9.831/2019 e que se manifestasse publicamente pela manutenção e importância do Sistema Nacional de Prevenção e Combate a Tortura tal como previsto na Lei 12.847/2013.

O MNPCT também enviou uma solicitação ao SPT em 3 de setembro de 2019, para um parecer jurídico sobre a compatibilidade desse decreto com o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (OPCAT).

Em novembro de 2019 o SPT decidiu publicar o documento na 39ª Sessão sobre a compatibilidade do Decreto 9.831/19 com o OPCAT e concluiu que as reformas advindas com o decreto são incompatíveis e enfraqueceram, ao invés de fortalecer, a política de prevenção à tortura do Brasil e o trabalho do MNPCT.

Ainda de acordo com o SPT é inconcebível, considerando a situação dos sistemas prisionais brasileiros, que um pequeno grupo de pessoas, sem remuneração, sem auxílio e sem dedicação exclusiva, possa realizar suas atividades fiscalizatórias de maneira eficiente:

Em países como o Brasil, que têm, entre outros, um número muito

grande de pessoas privadas de liberdade, condições precárias de detenção, superlotação, violência, incluindo numerosos casos de morte em detenção e violência entre prisioneiros, motins, ausência na prática de medidas alternativas à privação de liberdade, número significativo de reclamações, preocupações com a impunidade em casos de suposta tortura ou maus-tratos e frágeis mecanismos de monitoramento, existe uma necessidade específica de um MNP ativo, robusto e respeitado. A totalidade das circunstâncias descritas acima apoia a evidente necessidade dos membros/especialistas do MNP trabalharem com exclusividade e que essa seja sua principal ocupação profissional e, portanto, uma atividade em tempo integral devidamente remunerada. Membros/peritos voluntários não remunerados, sem exclusividade, não podem efetivamente cumprir essa tarefa, considerando o contexto em questão (MNPCT, 2019, item 21, p. 05).

Assim, vale lembrar que para a eficácia e o impacto na atuação do MNPCT é necessário estabelecer uma rede bem estruturada e organizada no âmbito nacional e estadual, em colaboração conjunta.

4. Considerações finais

As demandas específicas que carecem as pessoas presas devem incorporar ações práticas no cotidiano, apoiadas por um sistema de fiscalização e controle efetivo.

Como foi desenvolvido no trabalho, embora a execução penal no Brasil seja controlada por diversos órgãos, o cumprimento da pena segue violando direitos e submetendo os presos a condições cruéis, desumanas e degradantes.

O sistema prisional brasileiro é caracterizado pelo cenário violento e precário, pela superlotação e pela desobediência na proteção dos direitos humanos das pessoas presas, como foi mencionado nos relatórios analisados.

Apesar de serem variados os órgãos de controle e de inspeção dos estabelecimentos e apesar de a competência atribuída à um órgão não excluir a possibilidade de atuação dos demais, pode-se dizer que a execução penal no Brasil é descontrolada, levando em consideração o desrespeito às regras existentes (JAPIASSÚ, [s.a], p. 3).

Como ensina Castilho (1988, p. 82), quando a LEP prevê diversos órgãos com atribuição de fiscalização, sem escala hierárquica, acaba que a ação de um imobiliza a de outro. Ou seja, quando existem diferentes órgãos examinando, orientando, corrigindo um mesmo objeto, em vez de controlar a legalidade, estimulam atritos e forçam a manutenção do “*status quo*”. Para a autora, “é um sistema que não predispõe à dinâmica, mas favorece o imobilismo pela superposição de órgãos com mesmas atribuições e, de qualquer forma, pela indefinição de suas atribuições no que tange à fiscalização”.

Nesse sentido, a LEP atribui aos órgãos da execução penal as funções de supervisionar, fiscalizar, inspecionar e visitar os estabelecimentos de privação de liberdade, de uma maneira descentralizada, ou seja, sem que tais inspe-

ções e visitas consigam mudar e melhorar as condições existentes de superlotação e os problemas estruturais existentes.

Assim, por mais visitas que sejam realizadas, relatórios que sejam formulados e recomendações direcionadas aos estabelecimentos inspecionados, a violação dos direitos humanos das pessoas em situação de privação de liberdade é persistente e pouco mudou no decorrer dos anos.

Talvez, um controle externo de fiscalização concentrado e independente, que monitore as condições carcerárias, que possua suas funções e competências bem estabelecidas e que os presos possam recorrer em caso de violação aos seus direitos, possa ser um importante instrumento para concretizar os direitos humanos.

Fato é que deve haver mudança na estruturação desse sistema de controle externo, para que a fiscalização dos estabelecimentos penais seja um dispositivo de proteção e consolidação dos direitos dos presos.

Referências

BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm.

BRASIL. **Lei 12.847 de 2 de agosto de 2013.** Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112847.htm.

BRASIL. **Decreto 8.154 de 16 de dezembro de 2013.** Regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a composição e o funcionamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8154.htm.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Resolução n.47 de 18 de dezembro de 2007.** Dispõe sobre a inspeção dos estabelecimentos penais pelos juízes da execução criminal. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/162>.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. CNDH. **Recomendação n.06 de 12 de junho de 2019.** Recomendação acerca da manutenção e importância do Sistema Nacional de Prevenção e Combate a Tortura, tal como previsto na lei 12847/2013. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/Recomendaon6MNPCT.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CNMP. **Resolução n.56 de 22 de junho de 2010.** Dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/660>.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacio-**

nal de Informações Penitenciárias. Taxa de Aprisionamento Nacional. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>.

FERNANDES, Antonio Scarance. O Ministério Público na execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord). **Execução Penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas.** São Paulo: Max Limonad, 1987.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O controle da execução penal como instrumento de proteção dos direitos humanos: uma análise comparada entre Brasil e França. [artigo ainda não publicado].

JUSTIÇA GLOBAL, ORGANIZAÇÃO MUNDIAL CONTRA A TORTURA (OMCT) E O GABINETE DE APOIAMENTO JURÍDICO ÀS ORGANIZAÇÕES POPULARES (GAJOP). **Brasil: enfraquecimento do organismo nacional de combate à tortura é o primeiro passo para o desmantelamento do Estado de Direito.** Disponível em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2019/06/NOTA-CONJUNTA-OMCT-JG-GAJOP.pdf>.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. MNPCT. **Parecer do Subcomitê de Prevenção à Tortura sobre a Compatibilidade do Decreto Presidencial nº 9.831/2019 com o Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura.** Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2020/03/traduc3a7c3a3o-parecer-spt-1.pdf>.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. MNPCT. **Relatório Anual 2015-2016.** Organização: Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Brasília, 2015. 92p.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. MNPCT. **Relatório Anual 2016-2017.** Organização: Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Brasília, 2016. 120p.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. MNPCT. **Relatório Anual 2017.** Organização: Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Brasília, 2018. 166p.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA. MNPCT. **Relatório Bianual 2018-2019.** Organização: Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Brasília, 2020. 191p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Relatório sobre a visita ao Brasil realizada de 19 a 30 de outubro: observações e recomendações ao Estado Parte.** ONU: 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Princípios Básicos Relativos ao Tratamento dos Reclusos.** Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princbasicos-reclusos.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. **Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm.

RODRIGUES, A. M. (2000). **A posição jurídica do recluso na execução da**

pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito. São Paulo: IBCCrim, 2000.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DEVIR INSURGÊNCIAS: ENTRE A ESSÊNCIA E A APARÊNCIA DOS MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS NO BRASIL

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda

Mestre em Direito (Universidade Federal de Pernambuco). Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade de Buenos Aires. Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade Estácio de Sá- RJ. Defensora Pública.

Bianca Santos Lucas

Graduada em Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, campus IV/ Jacobina. Pós-graduanda em Direito Médico pela CERS (Complexo de Ensino Renato Saraiva).

Resumo:

O grande marco jurídico no Brasil, trazido pela Reforma Psiquiátrica é representado pela Lei Antimanicomial (Lei nº 10.216/01), que propõe um novo paradigma de assistência à saúde, além de meios alternativos diversos da internação hospitalar, pois, os manicômios vistos como exemplos de degradação dos direitos humanos fundamentais, sendo, pois, uma instituição precária. Nossa pesquisa tem como objetivo principal, questionar a aplicação da Medida de Segurança, não mais no sentido “terapêutico”, mas como fator de segregação, hospitalização e violação de direitos e princípios constitucionais, além de superação do modelo manicomial. A metodologia caracterizar-se-á com uma abordagem qualitativa descritiva, que permite compreender a complexidade das informações obtidas por levantamento bibliográfico, relatórios e estudos teóricos científicos sobre o tema, análise do diagnóstico do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Salvador, no Estado da Bahia, Brasil.

Palavras-chave: Lei antimanicomial; Direitos Humanos; Reforma psiquiátrica; Princípio da dignidade da pessoa humana; Medida de Segurança.

Abstract:

The great legal framework in Brazil brought about by the Psychiatric Reform is represented by the Anti-Asylum Law (Law No. 10.216/01), which proposes a new paradigm of health care, in addition to alternative means other than

hospitalization, because asylums are seen as examples of degradation of fundamental human rights, being, therefore, a precarious institution. Our research has as its main objective to question the application of the Security Measure, no longer in the “therapeutic” sense, but as a factor of segregation, hospitalization and violation of constitutional rights and principles, in addition to overcoming the asylum model. The methodology will be characterized with a descriptive qualitative approach, which allows to understand the complexity of the information obtained by literature review, reports and scientific theoretical studies on the subject, analysis of the diagnosis of the Hospital de Custody and Psychiatric Treatment of Salvador, in the State of Bahia, Brazil.

Keywords: Anti-asylum Law; Human rights; Psychiatric Reform; Principle of human dignity; Security measure.

Introdução

A história da saúde mental sempre foi associada à exclusão e à marginalidade, e os manicômios vistos como exemplos de degradação dos direitos humanos fundamentais. Com a ideologia humanitária trazida pela Reforma Psiquiátrica¹ no final dos anos setenta, as pessoas portadoras de transtorno mental, passaram a ser consideradas realmente como sujeitos de direitos, merecendo tratamento terapêutico vinculado a uma melhor condição de vida. Essa mudança de paradigma, vai refletir, de igual maneira, nos procedimentos terapêuticos adotados para pacientes inimputáveis, provisórios ou condenados pela justiça. Pode-se dizer que, apesar de ainda ser considerado um obstáculo na prática, a Reforma Psiquiátrica significou uma ruptura com o modelo perverso do discurso científico, que se pautava na instituição manicomial, que significava um dos locais para abrigar as massas de indesejáveis do ponto de vista econômico, social e político, sobretudo destinados aos indivíduos (homens e mulheres) que não obedeciam ao regime vigente.

No Brasil, a Lei Antimanicomial (Lei nº 10.216/2001), significou um grande avanço para a reforma psiquiátrica, fruto das reivindicações dos movimentos antimanicomiais que se organizaram para garantir a melhoria no tratamento à pessoa portadora de transtorno mental, através de meios alternativos

1 A Reforma Psiquiátrica teve seu grande expoente com a atuação do psiquiatra italiano Franco Basaglia e surgiu na medida que a classe trabalhadora na Itália, abriu espaços políticos para sua implementação; na medida em que os sindicatos e os partidos de esquerda, identificados com as lutas populares, começaram, através dos seus contatos com a equipe técnica do manicômio, tomar consciência das relações entre a política e a saúde (Cf. BASAGLIA, p. 8-9, 1979). Esta estratégia estabeleceu uma diferença, especialmente nos anos noventa, entre a Reforma Psiquiátrica e a Reforma Sanitária: por um lado ocupou espaços no aparelho estatal e, por outro, manteve uma identidade de movimento social, por meio do Movimento da Luta Antimanicomial. Para Paulo Amarante, a Reforma Psiquiátrica foi um importante marco, uma “fase de transição” do paradigma psiquiátrico-moderno, que se situa numa transição maior, que é a da “ciência da modernidade” (cf. AMARANTE, Paulo, 1996, p. 24).

diversos da internação hospitalar. A aludida Lei, previa a extinção progressiva dos manicômios no país, a serem substituídos ao longo dos anos seguintes por uma rede complexa de serviços comunitários, dando ênfase aos cuidados em liberdade como elemento terapêutico.

Importante assinalar que, a mudança de paradigma da política nacional de saúde mental no Brasil, levou a construção de novos serviços de base comunitária no campo, impulsionado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que em 2003, reconheceu, a relevância global da política pública brasileira. Nesse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2006, condenou o Estado brasileiro, no “Caso Damião Ximenes Lopes” (interno brasileiro que foi espancado e morto em um hospital psiquiátrico em Sobral, no Ceará).²

Apesar da proposta positiva que alicerça a referida lei, existem muitos desafios na prática, que vão desde a rejeição na sua utilização por parte dos operadores do direito (Juizes, Promotores Públicos, Agentes Penais, entre outros), como também se percebe divergências na interpretação jurídica. Para muitos doutrinadores, a Lei Antimanicomial deve se sobrepor a lei ordinária (Código Penal), no tocante ao capítulo que disciplina o instituto da Medida de Segurança.

Apesar de complexo, o instituto da Medida de Segurança atualmente ainda é abordado, em oposição a Lei nº 10.216/200. É certo que, analisando os dispositivos legais que tratam do instituto da Medida de Segurança, percebemos o paradoxo existente com o art. 2º da Lei Antimanicomial, quando classifica o Hospital de Custódia e Tratamento como estabelecimento prisio-

2 O Caso Ximenes Lopes X Brasil, foi a primeira condenação do Brasil e primeiro pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos, sobre violações de direitos humanos de portadores de sofrimento mental. A Comissão apresentou a demanda neste caso com o objetivo de que a Corte decidisse se o Estado era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes (doravante denominado “senhor Damião Ximenes Lopes”, “senhor Ximenes Lopes” ou “suposta vítima”), portador de deficiência mental, pelas supostas condições desumanas e degradantes da sua hospitalização; pelos alegados golpes e ataques contra a integridade pessoal de que se alega ter sido vítima por parte dos funcionários da Casa de Repouso Guararapes (doravante denominada “Casa de Repouso Guararapes” ou “hospital”); por sua morte enquanto se encontrava ali submetido a tratamento psiquiátrico; bem como pela suposta falta de investigação e garantias judiciais que caracterizam seu caso e o mantêm na impunidade. A suposta vítima foi internada em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil, chamado Sistema Único de Saúde (doravante denominado “Sistema Único de Saúde” ou “SUS”), no Município de Sobral, Estado do Ceará. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999 na Casa de Repouso Guararapes, após três dias de internação. (Cf. Jurisprudência CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>.

nal, totalmente em desacordo com os princípios constitucionais e infraconstitucionais do Sistema Único de Saúde.

Doutro passo, a Medida de Segurança e o conceito de “periculosidade” são desprovidos de embasamento científico, já que, um indivíduo, mesmo sendo considerado “perigoso”, pode ser tratado em substitutos aos manicômios, de forma mais saudável e com uma maior autonomia. O modelo hospitalar- manicomial, pressupõe um objeto simples e abstrato (a doença mental) e uma estratégia de intervenção centrada no isolamento e exclusão, com tratamento medicamentoso; o modelo antimanicomial, por outro lado, gira em torno de um saber científico mais apurado e complexo, focado no sofrimento do sujeito e uma estratégia de intervenção baseada na inclusão e na diversificação dos atos de cuidado.

As estruturas as quais deslegitimam a Medida de Segurança e sua desfuncionalização são as mesmas que legitimam e atualizam sua permanência. Quanto mais se tenta afastar a ideia do aprisionamento do paciente judiciário, mais adeptos da psiquiatria ortodoxa levantam a bandeira da permanência do manicômio e da medicalização do tratamento, justificando a necessidade de controle estatal.

Os substitutos ao manicômio, como o Centros de Atenção Psicossocial - CAPS e os Núcleos de Atenção Psicossocial - NAPS, são formados e organizados por equipes multidisciplinares, bem como as residências terapêuticas, devem fortalecer a política antimanicomial. E, na condição de políticas públicas, devem ser implementadas para melhor funcionamento e melhoria da assistência à saúde mental, tornando assim um complemento do que pretende a Lei Antimanicomial.

Nesse processo dialético de convivência com a loucura, a própria ciência foi se dando conta da insuficiência da abordagem tradicional e revela uma verdade: a entrega do louco ao ambiente manicomial o faz sofrer mais ainda. O que se vê, na prática, é o agravamento da condição psicótica e a perda da possibilidade de retorno social ao louco que penetra nesse sistema. (JACOBI-NA, 2008, p. 88).

Os serviços alternativos aos manicômios visam os processos de autonomia, de construção de direitos, de cidadania e de novas possibilidades de vida para os pacientes judiciários, devendo garantir o acesso, o acolhimento, a responsabilização e a produção de novas formas de cuidado diante do sofrimento psíquico. Os substitutos aqui pontuados se configuram como uma modalidade de serviço que pode ser considerada avançada, no sentido da desconstrução do isolamento, estigmatização e periculosidade, incentivando assim a convivência urbana da pessoa portadora de transtorno mental, como cidadão de direito.

O instituto da internação provisória - uma antecipação da “sanção”

O instituto da internação provisória se fundamenta na “suposta pericu-

losidade” do agente, vez que, se houvesse total confirmação de doença mental, que, em tese, é provada por meio do exame de sanidade mental, se poderia confirmar tratar-se de indivíduo doente, com probabilidade de se “descompensar”, e assim haveria justificativa para a internação.

A internação provisória está prevista no art. 319, VII do Código de Processo Penal – CPP, sendo considerada medida cautelar, interferindo diretamente na liberdade do indivíduo. Apesar disso, tal medida é disciplinada no capítulo destinado a medidas cautelares diversas da prisão. O artigo determina que se deve decretar a medida de internação provisória nas hipóteses de “crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração”.

Na verdade, essa medida cautelar, de extrema gravidade, corresponde a uma prisão processual a ser cumprida em estabelecimento adequado à condição de inimputabilidade do acusado. Na prática, de maneira indiscriminada, juízes se utilizam desse meio desumano demasiadamente, o que acarreta a superpopulação de indivíduos inimputáveis, fabricando-se, nesse caso, indivíduos loucos. Em vários Estados da federação observa-se um grande aumento de internações provisórias decretadas, inclusive em situações de crimes de menor potencial ofensivo. Percebe-se, portanto, que a internação provisória se tornou um meio escapatório de “higienização” do louco que incomoda nas Comarcas do interior.

Colocar um indivíduo portador de transtorno mental, em razão de uma probabilidade de periculosidade em razão da doença mental, é comungar com o direito penal do autor e contradiz o que preconiza a Lei Antimanicomial em seu sentido humanitário, pela qual somente em *ultima ratio*, deve-se internar a pessoa com transtorno mental.

As medidas cautelares devem ser aplicadas em hipóteses emergenciais, com o objetivo de superar situações de perigo à sociedade, ao resultado prático do processo ou à execução da pena. Por conseguinte, é certo que sua utilização, no curso da investigação ou do processo, deve ocorrer como exceção, mesmo porque tais medidas implicam, em maior ou menor grau, restrição ao exercício das garantias asseguradas na Constituição Federal.

Na prática, no dia a dia, ocorre o contrário. Os juízes, sempre que podem, recorrem à internação, muitas vezes por não se dispor de local adequado para conduzirem o processado, ou ainda pela ausência de profissionais qualificados para prestarem atendimento psiquiátrico nas unidades competentes. Não são poucos os juízes que determinam a internação do processado para a realização de exame de sanidade mental, ficando estes na condição de *internos provisórios* por tempo indeterminado. A “observação” da doença mental, e a consequente internação provisória, por intermédio de medida cautelar provisória, pode levar anos. O tempo de observação, nesse caso, é irrecuperável, podendo significar um trauma doloroso para o paciente judiciário, internado em estabelecimento psiquiátrico.

Outro aspecto preocupante da banalização das internações provisórias é que essas medidas estão ocorrendo nas audiências de custódia. No momento em que o juiz, em análise da prisão em flagrante, percebe-se estar diante de um indivíduo em surto psicótico, por falta de conhecimento técnico médico, determina a medida cautelar de internação em Hospital Psiquiátrico, justificando-a para fins terapêuticos. Muitas vezes, igual comportamento por parte dos magistrados ocorre em questões de adictos, indivíduos que desenvolveram transtornos mentais em decorrência do abuso de substâncias entorpecentes ou drogas afins.

Desinternação e cessação da periculosidade

O início do cumprimento da medida será determinado quando transitada em julgado a sentença, em seguida será ordenada a expedição de guia para a execução. Importante mencionar que a sentença que absolve o inimputável a quem se aplica a Medida de Segurança, é chamada pela doutrina de sentença absolutória imprópria, pois, apesar de absolvido, o mesmo não fica livre de imposições e restrições, sobretudo, ao direito à liberdade.

Neste sentido, o enunciado da Súmula 527 do Supremo Tribunal de Justiça, infere que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. O artigo 75 do Código Penal Brasileiro, alterado recentemente pela lei nº 13.964, de dezembro de 2019, determina que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

Decerto que, a realidade dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico não seguem tais orientações, porque o Estado, garantidor dos direitos fundamentais, não cumpre com suas obrigações, violando constantemente tais direitos, deixando o paciente judiciário à margem da sua punição e encarceramento. Portanto, nota-se que além de termos um modelo de prisão perpetua encoberto, temos também um hospital/prisão.

As consequências para essas ações são drásticas, sobretudo quando o período de internação ultrapassa o tempo determinado pela Medida de Segurança e o juiz mantém o indivíduo internado em razão da “provável periculosidade”, mesmo que se tenha acostado ao processo o laudo de cessação de periculosidade. É por tais motivos que os ideais humanitários – trazidos pela Reforma Psiquiátrica e existentes no fundamento da Lei Antimanicomial – devem prevalecer no que tange à aplicação da Medida de Segurança e demais situações em que a parte seja a pessoa com transtorno mental.

Como bem assinala WEIGERT (p. 100), a abertura para a perpetuidade da medida de segurança ocorre não apenas pelas regras do Código Penal, mas sobretudo, pela injustificável omissão constitucional no que tange aos limites da medida de segurança.

Destarte, a medida de segurança tem um tempo mínimo a ser cumprido e deve ser proporcional à pena aplicada a uma pessoa imputável, pelo mesmo crime. A declaração de grau de periculosidade e a durabilidade da sanção, define por no mínimo de 1 a 3 anos, deixando, o legislador, de indicar o tempo máximo.

Durante a internação no HCTP (Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico), em tempo integral, são realizados exames que podem determinar a desinternação do paciente, passando, assim, o paciente a ser tratado na perspectiva ambulatorial, assegurando, contudo, o compromisso do paciente na continuidade do tratamento. O exame de cessação de periculosidade consta os avanços do paciente, para verificar o preenchimento dos requisitos para obtenção da liberdade, onde deve verificar a aptidão para o restabelecimento de sua sanidade.

A cessação da periculosidade será averiguada, em tese, no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, que será estabelecido pelo juiz na expedição da guia, e ocorre com exame das condições pessoais do agente, observados os requisitos do artigo 175 da Lei de Execuções Penais (no Brasil é a lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). Já a desinternação ou liberação estão estabelecidos nos artigos 178 e 179 da mesma Lei.

O juiz de Execuções Penais, em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo pode ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade do paciente, desde que seja requerido pelo Ministério Público ou o interessado, seu procurador ou defensor, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

A (in) constitucionalidade da medida de segurança à luz da lei antimanicomial

A internação compulsória é determinada pela justiça, que através de uma sentença determina a medida de segurança cabível para o perfil de periculosidade do infrator com transtorno mental.

Ocorre que, os infratores cumprem essa sanção penal por tempo superior ao prazo mínimo e ao tempo de pena estabelecida pela norma em relação ao delito praticado, por falta de definição de prazo máximo na legislação atual. Por exemplo, a um imputável que cometeu o crime tipificado no artigo 121 do Código Penal Brasileiro, com pena de reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, poderá ser aplicada a medida de segurança conforme inciso I, do artigo 96 do Código Penal, estabelecendo a internação em hospital de custódia e tratamento. Entretanto, o tempo mínimo para a internação é de 1 (um) a 3 (três) anos, enquanto que o mínimo para o crime de homicídio é de 6 (seis) anos. Há um equívoco muito explícito. Mas, é sabido que, enquanto não cessar a periculosidade o paciente continua internado por tempo indeterminado, conforme §1º do art. 97 do Código Penal. Fator esse, que protesta a não receptividade da norma por falta de limite da aplicação da sanção penal.

Além desse fator, a redação do artigo 98 do Código Penal, aborda a medida de segurança como tratamento curativo aos condenados com transtorno mental. Negada formalmente sua natureza condenatória. É importante mencionar o rol das penas que são firmadas no artigo 32 do Código Penal, que são: privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Ora, se na hipótese do parágrafo único do artigo 98 do Código Penal a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial, esta, por conseguinte representa informalmente a cessação da liberdade correspondendo ao cumprimento da pena pela prática do ato ilícito, que por lei o infrator com transtorno mental ou capacidade reduzida é isento de pena.

Eis o ponto mor, seria constitucional privar a liberdade do doente mental que cometeu algum tipo de ilícito que se enquadrava no Código Penal? Seria constitucional, violar princípios que regem a própria constituição cidadã? Seria constitucional o Estado omitir direitos fundamentais em prol da sociedade e segurança pública? Seria constitucional um problema que deveria ser administrado pela saúde pública ser administrado pelo Ministério da Justiça?. A complexidade do problema se dá na não visibilidade, não há interesse. Sair da invisibilidade é o grande enigma da questão.

A prisão não é o pagamento de uma dívida com a sociedade, contudo, deveria ser o local de reeducação, de conscientização e de estruturar laços familiares. Mas, a teoria da periculosidade, elimina qualquer forma de ressocialização, pois muitos paradigmas ainda prevalecem nos diversos setores, ora arraigados de preconceitos, sem falar da *psicofobia* que ronda os profissionais de direito que integram o sistema de justiça.

Do ponto de vista histórico, embora atual, é muito marcante a perda de identidade em cárcere privado, que desde a sua origem, foi criada e desenvolvida com base no controle social, traduzida nos dias atuais no biopoder (FOUCAULT, 2016), vale dizer, que decide quem deve morrer e quem pode viver, um sistema altamente seletivo, que excreta da sociedade o que não é considerado importante, violando direitos e princípios estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Ademais, tão qual o racismo que é marca do processo seletivo e excluyente no cárcere, a luta manicomial e da antipsiquiatria, pretende demonstrar o tratamento estigmatizante e discriminatório em relação às pessoas portadoras de transtornos mental, nega violentamente as práticas violentas da psiquiatria tradicional e apoiando os procedimentos destinados a transformar o modelo baseado em segregação hospitalar excluyente em desinstitucionalização e tratamento dignificante extra-hospitalar.(CASTELO BRANCO, p. 157).

A complexidade das ações efetuadas pelos hospitais de custódia e a humanização da justiça

Salvaguardar direitos da minoria é o dever do Estado, a sua função de proteger a vida, acima de qualquer outro direito fundamental está constante-

mente fadada ao fracasso de suas aspirações. Um verdadeiro arquipélago de leis, porém, vazias de boas intenções. As inquietações são inúmeras e a sociedade se porta como se tudo isso fosse normal: a fome, a falta de habitação, o encarceramento, a violência, a segregação, o abandono...

Se o direito nasce a partir das relações sociais dos indivíduos na sociedade, porque é difícil acelerar as ambições mais humanitárias? O que apresenta uma melancólica exotividade, capaz de confundir o bom leitor, o humanista e o professor. Um dos pontos mais importantes a serem analisados, por exemplo, é que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Salvador/Bahia é o único hospital psiquiátrico de toda Bahia, destinado ao cumprimento de medida de segurança e à realização de exames de sanidade mental em pessoas que estejam submetidas a incidentes processuais de insanidade mental.

Sob ordem judicial, o(a)s suspeito(a)s e/ou acusado(a)s de prática de delitos são retirados da comunidade em que vivem, mesmo em municípios distantes da capital e conduzidos ao hospital de custódia e tratamento, onde são internados à espera da realização do exame pericial e sua apreciação pelo poder judiciário, para demonstrar a inimizabilidade.

A população de internos do HCTP da Bahia, atualmente, totaliza 178 (cento e setenta e oito) internos, sendo, 167 (cento e sessenta e sete) do sexo masculino e 11 (onze) do sexo feminino. Assim, dentro desse percentual, há mulheres que cumprem medida de segurança e outras que estão internadas provisoriamente. Há ainda aquelas pacientes que foram desinternadas, mas permanecem no estabelecimento prisional, por não terem lugar para onde ir, passando a ser abandonadas sociais. Para a mulher, a internação em hospitais psiquiátricos é ainda mais penosa, sobretudo pelo sistema de justiça que preserva a ideologia patriarcal.

A permanência dos hospitais de custódia dentro do sistema jurídico penal, contradiz o que estabelece a Lei Antimanicomial, que prevê há mais de 18 anos, internações mínimas para loucos infratores. As complexidades das ações realizadas dentro do HCTP compreendem atuações que são efetuadas do lado de fora, com viés extra-hospitalar, mas que dependem da justiça criminal, como por exemplo, trâmites judiciais, atraso dos processos, envio e análise de laudos às Varas Criminais ou de Execuções Penais, como já assinalado anteriormente. Uma série de erros e atrasos que contribuem para que os profissionais também fiquem acuados em seu mister. É um sistema de sopesamento, que deveria caminhar de modo multidisciplinar.

A “justiça feita” não humaniza, não reintegra, não ressocializa. A vida humana por si só é complexa e violenta para ainda estabelecer quem deve permanecer ou sair de uma instituição total.

O programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI) desenvolvido no Estado de Goiás, consubstancia-se na Lei Antimanicomial e atua de forma auxiliar aos juízos de execução penal, acompanhando os pacientes submetidos à internação psiquiátrica ou tratamento ambulatorial. Foi uma proposta ousada, que deu ao promotor idealizador do projeto Haroldo Caetano o prêmio Innovare em 2009 na categoria

Ministério Público. O projeto resgata vidas e restabelece laços sociais e familiares dos usuários.

O Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ), realiza intervenção e acompanhamento ao portador de sofrimento mental que cometeu algum crime. Essa intervenção é determinada por juízes das Varas Criminais, que conjuntamente com uma equipe multidisciplinar, tem a intenção de conjugar tratamento, responsabilidade e inserção social, promovendo a parceria do judiciário, Ministério Público e o executivo através da rede pública de saúde e da rede de assistência social.

O Programa De Volta Para Casa foi instituído pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva e dispõe sobre a regulamentação do auxílio-reabilitação psicossocial, instituído pela Lei 10.708, de 31 de julho de 2003, para assistência, acompanhamento e integração social, fora da unidade hospitalar, de pessoas acometidas de transtornos mentais, com história de longa internação psiquiátrica.

Os três programas apresentam inovações e caráter desinstitucionalizador, atendendo as normas da lei, para além existem outras alternativas para o resgate da cidadania, como os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), os Serviços Residenciais e Terapêuticos (SRT) os centros de convivência, e leitos de atenção integral em hospitais gerais (CAPS III).

Considerações finais

Subjugados pela história, como pessoas indesejadas, isoladas e excluídas do convívio social em prol da segurança pessoal e pública, a ideia de invisibilidade é uma realidade no tratamento da pessoa portadora de transtorno mental, o que reproduz o sentimento de uma sociedade hipócrita que submete o ser humano ao cumprimento de pena de duplo controle: moral e Estatal. Além desses apontamentos, é sabido que há demora na expedição de laudo psiquiátrico e a indagação se faz necessária: Qual a razão de ainda se conceber a medida de segurança como ela é apresentada hoje? O custodiado está sendo tratado de forma efetiva, com devido respeito aos seus direitos? Tal medida cumpre a sua função real de defesa social?

Por que a instituição manicômio judiciário persiste e a interpretação de que o Código Penal não foi expressamente revogado quando às medidas de segurança e à internação manicomial, na esteira contrária ao pensamento que fundamentou a importante ideia do PAILI de Goiás, anteriormente mencionado (CAETANO, 2019, p. 129).

A reflexão e a identificação é adequar a norma à finalidade humana, sem inquirir a vontade de uma sociedade que insiste em regredir ou estagnar. É preciso retirar da invisibilidade as situações dos Hospitais de Custódia e Tratamentos Psiquiátricos para que os paradigmas impostos há séculos deixem de valorar a teoria subjetivista, pois a lei é construída a partir de relações so-

ciais e devem se adequar às novas exigências do cotidiano. Portanto, é de extrema importância a determinação da atualização da norma no ordenamento jurídico, por tratar-se de uma realidade social.

Creditar um modelo inadequado e ultrapassado, não promove o bem social, a dignidade da pessoa humana ou a reinserção dos doentes mentais que cometeram algum delito. Do contrário, atravança o processo de aperfeiçoamento e cumprimento dos dispositivos humanizadores, e entre a essência e a aparência dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, da Lei Antimanicomial, podemos extrair o melhor.

Referências

AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. **O Homem e a Serpente: outras histórias para a loucura e a psiquiatria**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.0. São Paulo

BASAGLIA, Franco. **Psiquiatria Alternativa: contra o pessimismo da razão, o otimismo na prática-Conferências no Brasil**. (Trad. Sonia Soianesi, Maria Celeste Marcondes) São Paulo: Ed. Brasil Debates, 1979.

BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, De 7 De Dezembro De 1940. **Código Penal**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessado em 11 de novembro de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em 04 de novembro de 2021.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acessado em 12 de outubro de 2021

BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Lei Antimanicomial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acessado em 03 de novembro de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde, Ministério da Justiça, Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, Secretaria da Justiça e Direitos Humanos, Universidade Federal da Bahia. **Censo Clínico e Psicossocial da População de Pacientes Internados no Hospital de Custódia e Tratamento em Psiquiatria do Estado da Bahia HCT/BA (Manicômio Judiciário)** - Relatório Final, Salvador-Bahia, 2004.

BRASIL. CONFERÊNCIA REGIONAL DE REFORMA DOS SERVIÇOS DE SAÚDE MENTAL: 15 ANOS DEPOIS DE CARACAS. 2005, Brasília. **Reforma Psiquiátrica e Política de Saúde Mental no Brasil**. Brasília, 2005.

CAETANO, Haroldo. **Loucos por liberdade: direito penal e loucura**. Goiânia: Escolar Editora, 2019.

CAETANO, Haroldo. **PAILI – Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator**. 3ª ed. Goiânia: MP/GO.2013. Disponível em: <<http://www.mpggo.mp.br/>>

portal/arquivos/2013/08/19/15_33_20_501_mioloPAILI_Layout.pdf>. Acessado em: 07 de novembro de 2021

DINIZ, Debora. **A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011**. Brasília: Editora UnB, 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. UNIC / Rio / 005 - agosto 2009. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acessado em 06 de novembro de 2021

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução Raquel Ramallete, 30ª edição. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectivas, 1978.

_____. **Os Anormais**. Curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO. Salvador/BA. Estado da Bahia. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/pt-br/unidade/hospital-de-custodia-e-tratamento>>. Acessado em: 31 de outubro de 2021

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito Penal da Loucura: Medida de Segurança e Reforma Psiquiátrica**. Brasília: ESMPU, 2008.

MECLER, Kátia. **Periculosidade: evolução e aplicação do conceito**. In: Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, vol. 20, n.1, p. 70-82, 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Centro De Atenção Psicossocial (CAPS)**. Julho de 2017. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/693-acoes-e-programas/41146-centro-de-atencao-psicossocial-caps>>. Acessado em: 10 de setembro de 2021

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Programa de volta para casa**. Disponível em: <<http://pvc.datasus.gov.br/>>. Acessado em 05 de outubro de 2021

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNPCCP). **Resolução nº 4, de 30 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/cnpccp>>. Acessado em 01 outubro de 2021.

_____. **Recomendação n. 35, em 14 de julho de 2011**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/cnpccp>>. Acessado em 01 outubro de 2021.

PROGRAMA DE ATENÇÃO INTEGRAL AO PACIENTE JUDICIÁRIO PORTADOR DE SOFRIMENTO MENTAL INFRATOR – **PAI-PJ**. TJ/MG. Disponível em <http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/> Acessado em 07 de março de 2020

RIBEIRO, P. R. M. Da Psiquiatria à Saúde Mental: esboço histórico. **J. Bras. Psiq.** 48(2): 53-60, 1999.

SZASZ, Thomas S. F. **A Fabricação da Loucura**: um estado comparativo entre inquisição e o movimento mental. Coleção Psyche. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1976.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Medidas de Segurança e Reforma Psiquiátrica**: silêncios e invisibilidades nos manicômios judiciários brasileiros. São Paulo: Empório do Direito, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 1º vol - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

TRÊS DÉCADAS DO ECA NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE O FORTALECIMENTO DA PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES NOS MUNICÍPIOS DA MICRORREGIÃO DA MANTIQUEIRA/MG POR INTERMÉDIO DO CONSELHO TUTELAR

Débora Maria Gomes Messias Amaral

Advogada, Professora Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos/UNIPAC e da Fundação José Bonifácio Lafayette de Andrada/ Faculdade de Medicina de Barbacena/FAME de Barbacena, Minas Gerais, Brasil.

Gustavo Bianchetti Lima Gama

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos/ UNIPAC de Barbacena, Minas Gerais, Brasil

Resumo:

A Constituição Brasileira diz ser dever do Estado, também da família e da sociedade, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, os seus direitos, além de colocá-los a salvo de toda e qualquer forma de violência. Este estudo é focado na vulnerabilidade da criança e do adolescente quanto ao acesso aos direitos fundamentais, trazendo reflexões sobre a violação destes, as políticas públicas implantadas ou não; e a possibilidade de maior participação e eficácia do trabalho do Conselho Tutelar, uma Instituição que, infelizmente, ainda é pouco reconhecida no país. Assim, analisou-se por meio de questionários estruturados, em uma pesquisa qualitativa, os Conselhos Tutelares da Microrregião da Mantiqueira/MG. Responderam ao contato 82,3% dos Conselhos. Um Conselheiro Tutelar atento às normas legais e consciente de sua fundamental responsabilidade irá contribuir sobremaneira para o pleno desenvolvimento da sociedade por meio de seus novos atores sociais.

Palavras-chave: Criança; Adolescente; Vulnerabilidade; Conselho Tutelar

Introdução: a evolução dos direitos da criança e adolescente no Brasil

No auge do processo de redemocratização do Brasil, em 1986, o Fundo das Nações Unidas para a Infância/UNICEF lançou a campanha “Criança Constituinte”, onde fez um apelo para a população brasileira votar em candidatos comprometidos com as causas da infância no País.(UNICEF, 2021). Na aprovação do texto constitucional em 1988, chamado de Constituição Cidadã, constou-se um artigo específico sobre os direitos da criança e do adolescente.

CF - Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2021)

Após dois anos da promulgação da Constituição Federal brasileira é editada a Lei nº 8.069/90 ou o Estatuto da Criança e do Adolescente/ECA, sob a égide da Convenção sobre os Direitos da Criança promovida pela Organização das Nações Unidas/ONU em 1989. A Convenção adotou expressamente a teoria da Proteção Integral, reafirmando a prioridade absoluta no atendimento de todos os direitos da criança e do adolescente.

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente/ECA, avocou então a função de evoluir a situação da proteção e defesa da criança e do adolescente no país, um marco legal.

É sobre a primordial função de priorizar e proteger a criança e o adolescente no Brasil que este artigo pretende debater e apontar observações feitas a partir de uma pesquisa qualitativa, realizada com a participação de alguns importantes membros da sociedade nesta difícil e complexa engrenagem estatal e sociofamiliar, ou seja, os conselheiros tutelares que têm o dever de assumir a responsabilidade prevista expressamente na Constituição Federal.

O conceito de infância, e a posterior definição legal da criança e do adolescente, são termos modernos. Durante grande parte da Idade Média, as crianças, por exemplo, foram consideradas como meros seres biológicos, sem estatuto social nem autonomia existencial, e apesar de sempre ter havido crianças, nem sempre houve infância (SARMENTO, 2002).

Segundo a análise de KUHLMANN e FERNANDES a história da infância pode ser interpretada como a história da relação da sociedade, da cultura e dos adultos com essa classe de idade, já a história da criança seria a história da relação das crianças entre si, com os adultos, com a cultura e a sociedade. (KUHLMANN.; FERNANDES, 2004)

Assim, os conceitos referentes à criança, ao adolescente e à infância se complementam, sendo a definição destes culturalmente determinados e, his-

tórica e legalmente construídos. Tudo isto é importante para entendermos que a criança sempre existiu, mas o conceito de infância veio sendo construído a partir dos séculos XVII e XVIII. Porém, é somente no século XX, influenciados por profissionais médicos, psiquiatras, educadores e juristas, que elas passam a ser vistas como seres de direitos e em fase de desenvolvimento. Assim, ocorre a transformação pela qual a criança, junto à sua família, passa a ocupar um lugar central na dinâmica social e jurídica de um Estado. (DAY et al., 2003 apud BARROS, 2005).

A construção histórica e legal continuou, e com isso, ao longo do século XX surge o conceito de adolescência, também sendo, assim como a criança, sujeito diferente dos adultos e, prioritário sujeito detentor de direitos, devendo ser protegido pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Portanto, a criança e o adolescente receberam ao longo dos séculos, registros e mutações quanto aos seus direitos. O relativismo acerca do seu valor e o significado que carregam consigo sofreu profundas mudanças no que tange à história humana, assim como modela-se sob a ação de valores culturais, religiosos, políticos, sociais e jurídicos.

A evolução no século XX se iniciou quando, em 1924, a Liga das Nações passou a adotar a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, com o objetivo de enunciar que todas as pessoas devem às crianças meios para o seu desenvolvimento; ajuda especial em momentos de necessidade; prioridade no socorro e assistência; liberdade e proteção contra exploração; e uma educação que instile consciência e dever social. (UNICEF, 2021)

Foi em 1927 que no Brasil aprovou-se o Código de Menores, iniciando aqui alguns avanços na proteção das crianças. A maioria penal aos 18 anos é norma prevista nesta lei que prevalece no Brasil até hoje. Porém, no antigo Código de Menores de 1927 previa-se a doutrina da situação irregular, com a instituição da figura do juiz de menores, cuja função era tomar as decisões quanto ao destino do adolescente autor de atos infracionais. O pensamento dominante não era a proteção do adolescente, mas sim o seu recolhimento com a finalidade de proteção da sociedade.

Importante dizer que, embora não seja o objeto principal deste estudo, a Emenda Constitucional 65/2010 alterou o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 reconhecendo o jovem como população específica e como sujeito de direitos a serem protegidos e garantidos no mesmo nível hierárquico da criança e do adolescente. A EC 65 estabeleceu a criação do Estatuto da Juventude e do Plano Nacional da Juventude. Em agosto de 2013, foi promulgado o Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852/2013, principal marco legal das políticas e direitos da juventude brasileira. Este Estatuto considera jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade. Mas, previu expressamente que aos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos aplica-se a Lei nº 8.069/1990 ou Estatuto da Criança e do Adolescente, e, excepcionalmente, o Estatuto da Juventude, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente.

O artigo 2º do ECA, expressamente, considera criança a pessoa até 12 (doze) anos incompletos, e o adolescente aquela entre 12 (doze) anos completos e 18 (dezoito) anos incompletos, gozando de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, merecedores de proteção integral, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades pelo simples fato de serem pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento físico, psíquico e moral. Deve o Estado promover programas de assistência integral a estes sujeitos de direitos e resguardar percentuais mínimos de recursos que devem ser destinados à sua aplicação. Superou-se então, a partir desse momento, a doutrina da Situação Irregular dos menores e o estabeleceu-se a Doutrina da Proteção Integral.

Conforme descrito, a disputa para o reconhecimento da criança e do adolescente como populações de direitos singulares esteve presente nas trajetórias de construção e aprovação do ECA, houve avanços significativos. No entanto, infelizmente, o tema segue sendo alvo de enfrentamentos ou contraposições. Um exemplo é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3446) proposta no Supremo Tribunal Federal (STF), que solicitou a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 16, 105, 136 e 138 e 230 do ECA. A ADI foi ajuizada pelo Partido Social Liberal/PSL, e teve como foco o direito de ir e vir das crianças e adolescentes (STF, 2021).

O partido pediu ao STF a declaração de inconstitucionalidade, entre outros, dos artigos 16, inciso I, e 230 da Lei 8.069/90, que vedam a detenção de crianças e adolescentes para averiguação, ou por motivo de perambulação, desde que determinada por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. O inciso I do artigo 16 do Estatuto diz que o direito à liberdade da criança e do adolescente compreende, entre outros, o de “ir e vir e estar em logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais”. O artigo 230 institui pena de detenção de seis meses a dois anos a quem “privar a criança ou adolescente de sua liberdade, procedendo a sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente”. O PSL afirmou na ação, que esses dispositivos instituem que “as crianças carentes, ainda que integrantes deste quadro dantesco e desumano, não mais poderão ser recolhidas pois adquiriram o direito de permanecer na sarjeta”. Saliu que, juridicamente, alguns críticos têm questionado a inconstitucionalidade desses dispositivos, com fundamento no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Embora praticado por criança, sustentou o partido que o ato infracional (crime) constitui uma lesão ou ameaça de direito. O partido pediu também a inconstitucionalidade dos artigos 105, 136 e 138 do ECA afirmando que “entregam a um colegiado de leigos a apreciação do ato infracional, crime ou contravenção, embora praticado por criança”. Neste último caso, trata-se do atendimento da criança infratora pelo Conselho Tutelar. O STF, em 08 de agosto de 2019, por unanimidade de votos, julgou improcedente o pedido formulado na Ação Direta 3446. O STF entendeu os artigos do ECA questionados como uma

opção perfeitamente proporcional do legislador, em razão do caráter estigmatizante e traumatizante da internação de uma pessoa em desenvolvimento (STF, 2021).

As mudanças requeridas por essa ADI, junto a algumas tentativas de avanço de projetos de lei de redução da idade penal no Congresso Nacional, colocam em risco a proteção integral assegurada pelo ECA. Nos remete a visão superada que marcou o código de menores, ao retomar na definição de crianças e adolescentes, especialmente as em situação de pobreza, a associação a risco à sociedade e problema social. Percebe-se, no exemplo da ação apontada, que na frágil democracia brasileira, mesmo direitos conquistados ao longo de décadas de construção social correm o risco de retroceder.

Por outro lado, visando assegurar a almejada proteção integral da criança e do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente/ECA, em 1990, previu em seu artigo 131 a criação de um órgão institucionalizado, autônomo e não jurisdicional, o Conselho Tutelar. É a função e o trabalho deste importantíssimo órgão que vamos analisar a partir daqui.

O Conselho Tutelar: previsão e sua função

O Conselho Tutelar é órgão da administração pública municipal, instituído pelo legislador federal, sendo competente o município para regulamentar o órgão com vistas a sua instalação e funcionamento e deve se constituir de membros da sociedade civil. Uma vez criado e implantado o Conselho Tutelar no município, o órgão não mais desaparece; apenas renovam-se os seus membros por eleição direta, para mandato de 4 (quatro) anos, permitida recondução por novos processos de escolha.

O Conselho deve ser instituído por Lei de iniciativa do Poder Executivo Municipal. O Conselho Tutelar precisa diligenciar pelo fiel cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes. Portanto, ele pode ser definido como órgão instrumental de controle social, devido seu papel protetor de garantias da criança e do adolescente, previstas constitucionalmente, bem como deve fiscalizar o atendimento feito por outras instituições.

A criação do Conselho Tutelar cuidou de fomentar a participação da comunidade neste processo, busca engajar a sociedade em uma questão que é de todos, sendo um caminho facilitador para remover obstáculos e criar alternativas.

O Conselho Tutelar, para os efeitos de sua existência como órgão público, instalação física, percepção de recursos públicos, prestação de contas de suas funções, exercício de cargo público e eventual remuneração de conselheiros, publicações oficiais ou tramitações administrativas deve se dinamizar com o Poder Executivo municipal. Mas, é importante destacar que no âmbito de suas decisões o Conselho não se subordina a pessoas, somente ao texto da lei, do ECA, que é a fonte de sua autoridade pública. Como qualquer autoridade pública o Conselho Tutelar só pode e deve praticar o uso das regras da

lei.

Antes da previsão e implantação dos Conselhos Tutelares, somente o Poder Judiciário executava as intervenções nas crianças e adolescentes. Com a criação do Conselho Tutelar, instituiu-se no país uma estrutura que visa obter autonomia da sociedade na execução de determinadas intervenções à criança e adolescente, tanto em relação ao Estado quanto à família. Essa atuação ocorre sempre que os direitos previstos no ECA são ameaçados e/ou violados (VOGEL,1995).

Segundo a Resolução nº 170, de 10 de dezembro de 2014, do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (CONANDA):

Art. 26. A atuação do Conselho Tutelar deve ser voltada à solução **efetiva e definitiva dos casos atendidos**, com o objetivo de desjudicializar, desburocratizar e agilizar o atendimento das crianças e dos adolescentes, ressalvado as disposições previstas na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. (Brasil, 2014). (grifo nosso)

O Conselho Tutelar e sua atividade prática: uma análise concreta

Em 2016, a partir de uma demanda apresentada pelo Ministério Público de Minas Gerais, 5ª Promotoria de Justiça, Área de Defesa da Infância e da Juventude da Comarca de Barbacena/MG à AMMA – Associação dos Municípios da Microrregião da Mantiqueira, o Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos/UNIPAC de Barbacena ofertou Capacitação para todos os Conselheiros Tutelares dos 17 municípios da Microrregião que, juntos, comportam uma população estimada de 224.036 pessoas, segundo dados do IBGE. Ao ministrar o curso, observou-se defasagem de conhecimento dos conselheiros para a boa prática de sua função, problema este relatado pelos próprios conselheiros.

Para se candidatar a eleição de Conselheiro Tutelar é necessário, segundo dispõe o artigo 133 do ECA, ter 21 anos completos ou mais, morar na cidade onde se localiza o Conselho Tutelar e ter reconhecida idoneidade moral. A lei não exige formação acadêmica específica para o cargo, isto é, a norma privilegiou a participação popular ativa no processo de evolução e solução dos problemas envolvendo as crianças e os adolescentes locais.

Neste caso, a criação e implantação do Conselho Tutelar apresentou-se como uma essencial inovação da lei, teve um papel decisivo para o início de uma nova ordem legal e social que privilegia iniciativas de cidadãos preparados para o processo político. A ideia é possibilitar a busca de soluções pelos agentes locais, promovendo o desenvolvimento de pessoas com capacidade de lidar com a realidade e efetivar direitos básicos de um grupo de pessoas que precisa da proteção integral e especial (MAIDA, 2018).

Para verificar a atuação ativa e diária dos Conselhos Tutelares, a partir de 01 de abril de 2021 foram contatados os Órgãos dos 17 municípios da Microrregião da Mantiqueira-MG. Foi encaminhado por e-mail, após contatos

telefônicos e compromisso assumido por escrito pela manutenção do sigilo e privacidade dos nomes dos envolvidos na pesquisa, questionários estruturados com perguntas sobre a atividade diária do Órgão local. Para aprofundar na pesquisa, foram questionados também sobre o tema, a representante do Ministério Público, Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Comarca de Barbacena-MG, foi ouvido juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Barbacena/MG, oralmente, e, por escrito, o assessor do juiz.

Dentre as questões propostas aos Conselhos Tutelares destacamos as análises:

01) Quais são as queixas/casos, mais recorrentes atendidos pelo Conselho Tutelar local?

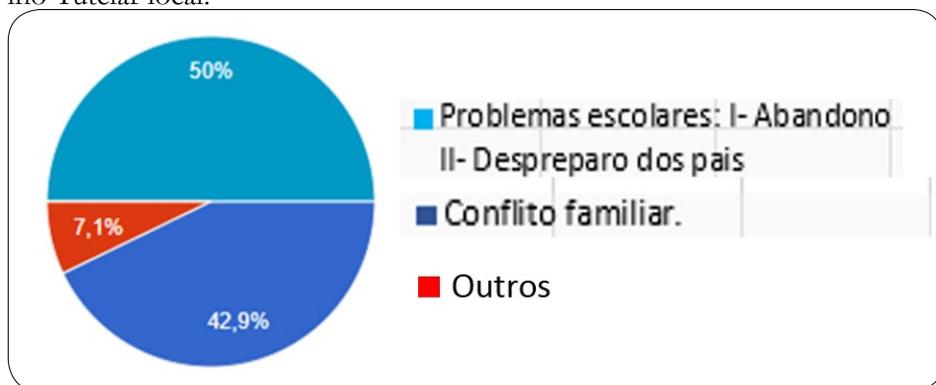


Gráfico 01. Fonte: autores, 2021.

Os problemas escolares, tais como a evasão escolar ou o despreparo dos pais no apoio aos estudos, por diversas vezes apontados como analfabetos ou com baixo nível de escolaridade, estão entre as questões mais recorrentes. Outro ponto é a impossibilidade de acesso ao sistema remoto de estudo por falta de condições financeiras. Estes problemas foram apontados em 50% dos questionários. Percebe-se aqui a violação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes quanto ao acesso à educação. Os conflitos familiares como brigas, abusos sexuais, alienação parental ou excesso de uso de álcool pelos pais também foi descrito em 42,9% das respostas. Outros casos somam 7,1% dos atendimentos.

Antes da Pandemia da Covid-19 as crianças e os adolescentes sem acesso à educação no Brasil somavam 1,1 milhão em 2019, em 2020 esse número saltou para 5,1 milhões, de acordo com o estudo Cenário da Exclusão Escolar no Brasil – um Alerta sobre os Impactos da Pandemia da Covid-19, feito pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância, em parceria com o Centro de Estudo e Pesquisa em Educação, Cultural e Ação Comunitária (Cenpec) Educação. Segundo o Unicef, os números são alarmantes e trazem um alerta urgente, pois o Brasil corre o risco de regredir mais de duas décadas no acesso à

educação. A inclusão das crianças e dos adolescentes na escolarização obrigatória no Brasil foi incluída pela Emenda Constitucional 59 de 2009. Embora o progresso tenha sido significativo, o direito a educação ainda deve percorrer um longo caminho para firmar-se no sucesso. (UNICEF, 2021)

02) Com que frequência o Conselho recebe casos de menores envolvidos com bebidas alcoólicas e/ou com o tráfico de drogas?

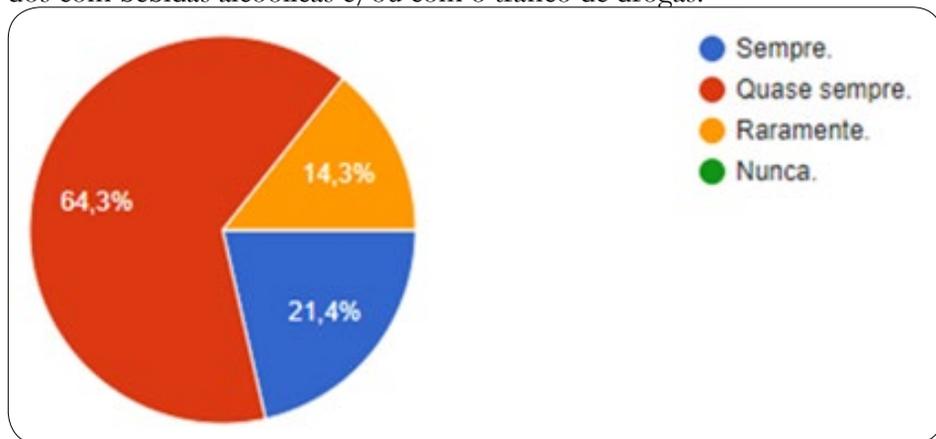


Gráfico 02. Fonte: autores, 2021.

O envolvimento dos menores com o álcool ou com as drogas é questão recorrente na maioria dos Conselhos. 85,7% disseram que sempre ou quase sempre recebem estes casos.

03) É recorrente no Município casos de Atos Infracionais cometidos por menores?

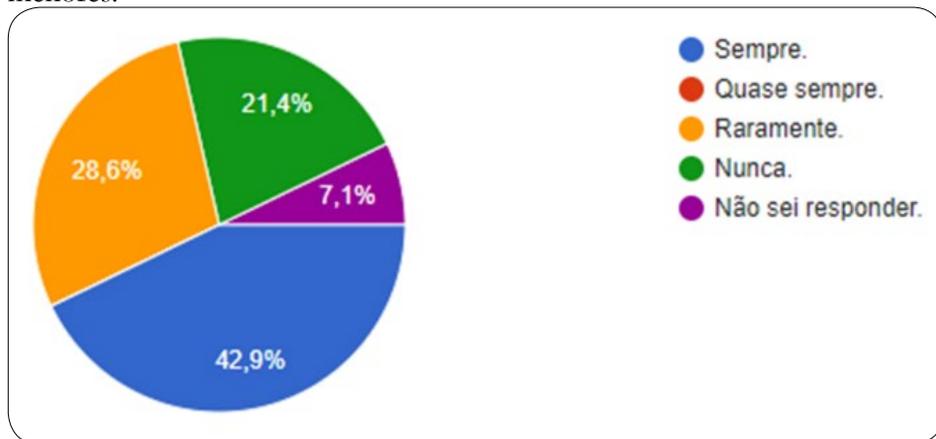


Gráfico 03. Fonte: autores, 2021.

Uma questão pertinente é a afirmação pelos Conselhos de que os casos de Atos Infracionais cometidos pelos menores são recorrentes em 42,9%

dos casos. O artigo 103 do ECA, considera ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. A criança e o adolescente não praticam crime ou contravenção penal, e sim ato infracional. Pela lei, o desenvolvimento incompleto nas primeiras fases da vida é incompatível com a imputabilidade penal. Os autores de ato infracional são submetidos a medidas socioeducativas. A medida socioeducativa é, ao mesmo tempo, a sanção e a oportunidade de ressocialização.

04) O Conselho Tutelar assessora o Poder Executivo local na elaboração de propostas orçamentárias para Planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente?

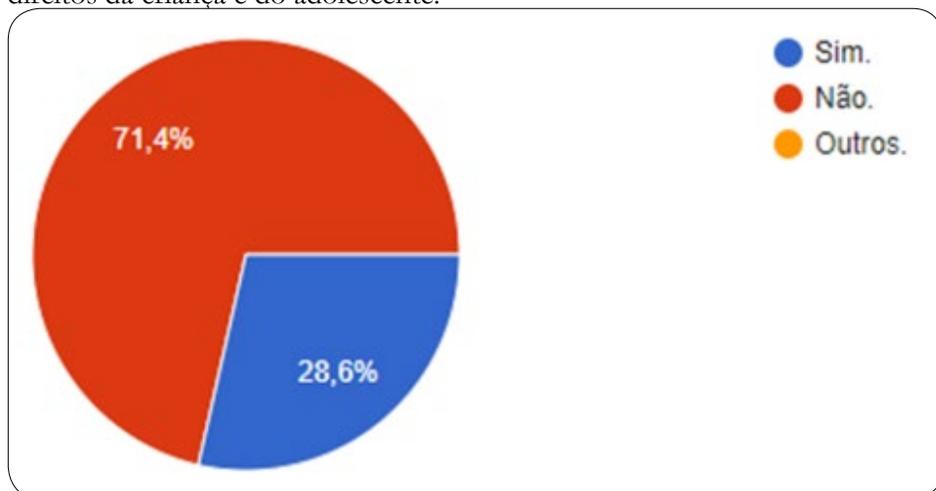


Gráfico 04. Fonte: autores, 2021.

Em outro ponto importante do estudo, tratando da Instituição, o Conselho Tutelar e a sua atividade, 71,4% dos conselheiros informaram não participar da elaboração das propostas orçamentárias na hora de elaborar o orçamento para a aplicação nos programas/políticas de atendimento à criança e ao adolescente.

05) O Conselho Tutelar do seu município tem estabelecido uma “agenda” institucional, com “metas” a serem atingidas ao longo do mandato pelos Conselheiros para atuarem de forma “una” e organizada/coordenada na busca de melhorias nas condições de atendimento às crianças/adolescentes/famílias?

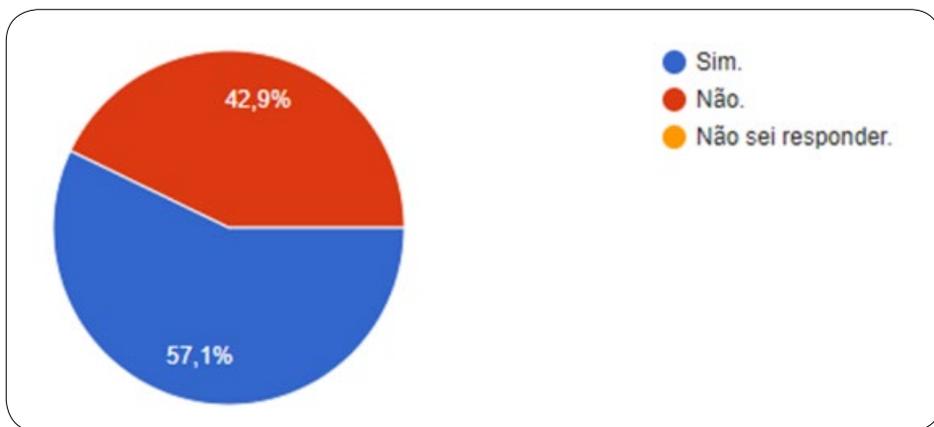


Gráfico 05. Fonte: autores, 2021.

Ainda que 57,1% dos entrevistados tenham respondido que estabelecem agendas institucionais de trabalho com metas, dentre as respostas dissertadas foi abordado com frequência significativa, ou maioria absoluta, que os Conselhos não atuam junto aos municípios para a implementação ou organização de políticas públicas voltadas para as crianças e adolescentes e que, nunca são convidados pela administração municipal para participar deste debate.

06) Os conselheiros, ao longo de seu trabalho, têm recebido treinamento/cursos para aprimorar o conhecimento sobre suas atribuições e funções com abrangência dos direitos da criança e do adolescente?

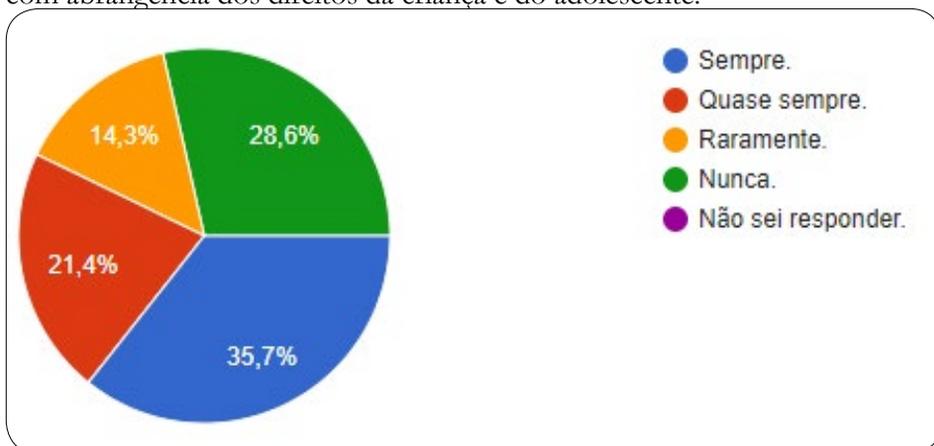


Gráfico 06. Fonte: autores, 2021.

Embora 57,1% dos Conselheiros tenham respondido que sempre ou quase sempre recebem treinamento, quando liberada a questão para o respondente dissertar sobre os cursos foi ressaltado pela maioria absoluta que “ocorrem algumas capacitações esporádicas que não dão a eles embasamento para

o bom exercício de suas funções.”

Quando questionados sobre o repasse de verbas do município para o Conselho Tutelar funcionar não encontramos nenhuma resposta positiva expressa, mas apenas a alusão de que o município libera uma sala ou local de trabalho, com o material básico de um escritório funcional.

Na discussão abordada observou-se que os Conselhos disseram não conseguir manter banco de dados quantitativos e nem mesmo qualitativos de maneira adequada e digitalizada, isto por não possuírem amplo apoio logístico, computadores e programas de qualidade, e nem recursos humanos capacitados.

Nas respostas dissertativas apresentadas nos questionários enviados aos Conselhos a ausência de conhecimento técnico é evidente, se apresentam de maneira evasiva e com importantes erros de interpretação. Isto reflete claramente a comunidade, pois, conforme debatido anteriormente, o Conselho Tutelar é composto por membros pertencentes à sociedade local. Essa situação demonstra a realidade sociocultural de cada município, pois a escolha do conselheiro é feita pela própria sociedade.

De acordo com informação expressa dada pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Comarca de Barbacena -MG, composta por 12 municípios da região pesquisada, o

Conselho tutelar é composto de pessoas oriundas da comunidade, sendo inclusive tal pertencimento, condição cogente legal na concorrência eletiva realizada. Assim, naturalmente a construção do ‘modus operandi’ de cada Conselho Tutelar, perpassa ainda pelo reflexo sociocultural de cada município. A capacitação permanente dos membros evidencia-se como pressuposto inafastável para o efetivo desempenho das atribuições dos membros do CT. Lamentavelmente, por encontrar-se umbilicalmente relacionado ainda ao teor de importância cada ambiente sociocultural reconhece aos direitos da criança, o aperfeiçoamento constante na atuação do órgão, não prescinde quanto a participação social e dos poderes públicos, vez que, a proteção aos direitos da infância passam por questões que se delimitam com aspectos socioeconômicos e existência de serviços públicos implantados. Os Conselhos tutelares evidenciam um interesse de atuação responsável, embora se **faça perceptível a dificuldade de apreensão da finalidade dos dispositivos legais e uma melhor compreensão de aspectos psicológicos, sociais, jurídicos e antropológicos** das questões que aportam ao órgão de proteção (MPMG, 2021) (grifo nosso)

Conforme explicitado, a princípio, a criação dos Conselhos Tutelares teve o intuito de transferir para a sociedade parte da responsabilidade na política social de promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes, retirando o seu enfoque judicial. Entretanto, segundo análise do juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Barbacena/MG na realidade local desta região mineira persiste a tradição de judicialização, por vezes desnecessária, dos

casos levados aos Conselhos Tutelares, tendo como reflexo a deficiência dos conselheiros e o não entendimento de suas atribuições e funções.

O baixo investimento nas políticas sociais básicas de atendimento à criança e ao adolescente, também é um problema recorrente, pois o ECA atribui ao Conselho Tutelar o assessoramento ao Poder Executivo municipal na elaboração da proposta orçamentária para os planos e programas de atendimento ao menor, sem participação e sem verba estarão eles ausentes nos programas, efetivamente.

Considerações finais

No contexto da participação do Conselho Tutelar para a instrumentalização e cumprimento das garantias do ECA, de proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, o Poder Executivo municipal precisa implementar no município abundantes debates, projetar sua aplicação e seus desdobramentos visando preparar melhor a comunidade local na indicação e eleição dos membros do Conselho, além de conscientizá-los sobre a importância e responsabilidade essencial do cargo assumido. Os conselhos tutelares precisam também assumir a sua responsabilidade na elaboração do plano de ação e de aplicação de recursos.

Um dos problemas fundamentais em relação aos direitos da criança e do adolescente na atualidade, não é mais positivá-los, mas protegê-los, assim como efetivá-los. É um problema que exige não apenas a vontade política do governante, mas a própria aceitação da sociedade.

Para os Conselhos Tutelares aponta-se a necessidade de maior conhecimento e assimilação da sua relevância para a vida das crianças e adolescentes. Muitos, na sociedade de uma maneira geral, ainda dedicam pouca importância a este Órgão. Conforme observado na pesquisa, embora a lei assegure formação permanente e contínua aos membros do conselho tutelar, muitos municípios não a garantem. Entende-se ainda como relevante, legalmente possível, e totalmente plausível, a ideia de que os municípios devem ofertar cursos preparatórios para os candidatos à eleição de Conselheiros Tutelares, antes das eleições, além de prever expressamente em lei municipal esta condição para assumir o cargo.

Um Conselheiro bem preparado, atento às normas legais e consciente de sua fundamental responsabilidade social, política e jurídica em relação à proteção da criança e adolescente frente à violação omissiva ou comissiva do Estado, da família ou da sociedade, contribuirá sobremaneira no desenvolvimento destes novos atores sociais, sujeitos de plenos direitos fundamentais.

Por fim, almeja-se a absoluta intolerância com todas as formas de vitimização da criança e do adolescente, tais como negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. E, para tanto, o reconhecimento e a valorização do Conselho Tutelar pode fazer a diferença para que as crianças e os adolescentes, sujeitos de direitos, sigam em um ascendente e constante

processo de desenvolvimento.

Referências

ASSIS, Simone Gonçalves de (Org.). **Teoria e prática dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente**. Educação a Distância da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro, RJ: 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 02. abril.2021.

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e Adolescente e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 07 de agosto de 2021.

BRASIL. **Lei 12.852 de 05 de agosto de 2013**. Institui o Estatuto da Juventude. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm Acesso em 07 de agosto de 2021.

BRASIL. **Resolução nº 170 de 10 de dezembro de 2014**. CONANDA. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32131032/do1-2015-01-27-resolucao-n-170-de-10-de-dezembro-de-2014-32130908 acesso em 08 de setembro de 2021.

STF. **ADI 3446**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361118> acesso em 10 de setembro de 2021.

BARROS, Nívia Valença. **Violência intrafamiliar contra criança e adolescente**. Trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social. Rio de Janeiro, 2005. 248f. Tese de Doutorado - Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: http://ppgsd.uff.br/?page_id=2285. Acesso em: 02 out. 2021.

Fundo das Nações Unidas para a Infância/UNICEF. **História dos direitos da criança**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca> Acesso em 02 de out. 2021.

_____. Cenário da Exclusão Escolar no Brasil: Um alerta sobre os impactos da pandemia da Covid-19 na Educação. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil> acesso em 10 de outubro de 2021.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística/IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg.html> Acesso em 01 de setembro de 2021

KUHLMANN JR, M.; FERNANDES, R. **Sobre a história da Infância**. In: FILHO, L. M. F. (Org). A infância e sua educação: materiais, práticas e representações. Belo Horizonte: Autêntica, 2004. Pág. 15.

MAIDA, Marco José Domenici. **Origens do estatuto da Criança e do adolescente**: a influência de comunidades epistêmicas na formulação da lei 8069/90. Dissertação de Mestrado. USP, 2018. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/dispo>

niveis/100/100134/tde-21112018-150348/pt-br.php acesso em 06 de setembro de 2021.

SARMENTO, Manuel Jacinto. **Infância, exclusão social e educação como utopia realizável**. “Educação e políticas de exclusão: A negação dos direitos da Infância”, apresentada no Fórum Mundial de Educação (outubro de 2001), Porto Alegre -RS (Brasil).

Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/KFYtzND57z8FLthFSZ3yCr-B/?lang=pt>. Acesso em 02 de outubro de 2021.

VICENTE, Aparecido Renan; LEÃO, Andreza Marques de Castro; CARLOS, Dienne Monique de. **O papel do conselho tutelar e pandemia**: análise e resultados. Revista Educação Pública, v. 21, nº 13, 13 de abril de 2021. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/21/13/o-papel-do-conselho-tutelar-e-pandemia-analise-e-resultados> acesso em 11 de outubro de 2021.

VOGEL, A. **Do Estado ao Estatuto**. Propostas e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil contemporâneo. In: A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano del Niño, 1995. p. 299-382.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: AUTONOMIA DA LIBERDADE SEXUAL X ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Gabriel Maciel Barbosa

Centro Universitário Christus. Graduando do curso de Direito.

Resumo:

A lei brasileira equiparava a deficiência e a incapacidade, mas, o art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência preleciona que o deficiente está em igualdade de condições com os demais. Dessa forma, pode haver um conflito normativo efetivo entre o EPD e o Código Penal Brasileiro. Diante disso, o presente artigo tem por objetivo analisar o melhor método para assegurar uma prática sexual saudável às pessoas com deficiência, bem como a respectiva punição em caso de estupro de vulnerável. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica de artigos científicos. A hipótese proposta é que o EPD sugeriu a capacidade civil plena como regra para os deficientes, contudo, se furtou das questões penais, mais especificamente no que tange ao delito citado. Como resultado, constatou-se que o conflito aventado era aparente, pois, além da enfermidade, analisa-se a capacidade de discernimento do sujeito.

Palavras-chave: EPD; CPB; Liberdade sexual; Estupro de vulnerável; Conflito aparente.

Introdução

A legislação brasileira vem sofrendo uma enorme mudança acerca da tutela dos direitos das pessoas com deficiência. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), conceitua o seu objeto de tutela no artigo 2º:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

No presente artigo, buscou-se refletir sobre o que seria o direito à liberdade sexual no que tange às pessoas com deficiência. Ademais, a fim de tornar o trabalho mais concreto buscou-se abordar, a título de exemplo, o

caso dos indivíduos com Síndrome de Down. Por fim, foi alvo da investigação dessa obra, também, o crime de estupro de vulnerável, especificamente, se tal delito é capaz de limitar os direitos sexuais do deficiente.

De acordo com a psicóloga clínica e da saúde Charlotte Coelho, síndrome supramencionada trata-se de “um erro na distribuição de cromossomos durante a divisão celular do embrião, revertendo na maior parte dos casos numa trissomia do cromossomo 21.” (COELHO, 2016)

Ademais, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi o instrumento responsável por essa revolução copernicana sobre a mudança de entendimento da capacidade das pessoas com deficiência. Tal documento reconheceu a capacidade civil plena das pessoas com deficiência, bem como exigiu que os países signatários incorporassem esse entendimento no seu ordenamento jurídico, a fim de proporcionar a almejada igualdade com os demais sujeitos de direitos. (MENEZES; PIMENTEL; LINS, 2020).

O artigo 12, da CDPD, foi o dispositivo que deu ensejo a toda a mudança, ora em discussão, ao estabelecer que a pessoa com deficiência, via de regra, tem capacidade civil plena, a qual deve ser concretizada e respeitada pelos Estados signatários.

Nessa senda, o Brasil confeccionou a multicitada Lei 13.146/2015, que visa proporcionar uma igualdade, não só formal, mas material no que tange à capacidade civil plena das pessoas deficientes e das demais pessoas.

A seu turno, o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940), no seu artigo 217-A, caput e § 1º, traz à baila o crime de estupro de vulnerável, ao determinar, respectivamente, que:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Dessa forma, a expressão “deficiência mental” dá início à discussão abordada no corrente artigo, de forma objetiva, tentando raciocinar se há um conflito efetivo ou de mera aparência entre a liberdade sexual das pessoas protegidas pela Lei nº 13.146/2015 e o crime de estupro de vulnerável.

Uma visão constitucional acerca da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi aprovada, em Assembleia Geral, no ano de 2006 e foi elaborada não só pelos países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), mas também pela sociedade civil. (FERREIA; OLIVEIRA, 2007).

O artigo 23, 1, “a”, da CDPD aborda os direitos sexuais da pessoa deficiente e tenta assegurar o seu exercício em igualdade de condições com as demais pessoas, senão veja-se:

Art. 23. 1: Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a) seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes.

Faz-se mister, portanto, tecer alguns comentários em relação à recepção da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) aos temas de direitos humanos, constantes em tratados. A discussão primeira ocorre em torno do vocábulo “tratados”, ou seja, passível de dúvida relativamente à aceitação de convenções, por exemplo.

Entretanto, o Congresso de Viena, no seu artigo 1º, define tratado como documento internacional genérico, conforme se segue:

1. Para os fins da presente Convenção:
a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

Ademais, ao tratarem sobre o tema, os professores Ingo Sarlet, Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero destacam:

Existe certa unanimidade no seio da doutrina no sentido de que a expressão “tratados internacionais” engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, cuidando-se, portanto, de expressão genérica, em relação à qual as convenções e os pactos (apenas para citar alguns dos mais importantes) são espécies, uma vez que, de acordo com o seu conteúdo concreto e sua finalidade, os tratados são rotulados diversamente, o que, aliás, decorre da própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que considera “tratado” um termo genérico, “significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019).

Vale ressaltar que a CRFB não é adepta da recepção automática do tratado, o qual deve passar por um procedimento formal complexo até sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

O procedimento de recepção abrange a atuação do Poder Executivo, na figura do Presidente da República (PR), bem como do Legislativo, representado pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal). De forma mais detida, o PR assina o documento internacional e envia-o para o

Congresso, o qual deve aprova-lo. Posteriormente, o tratado retorna às mãos do Presidente para a sua ratificação e conclusão do procedimento.

Em 2004, porém, foi elaborada e aprovada a Emenda Constitucional nº. 45 (EC 45), que adicionou o parágrafo 3º, no artigo 5º da Constituição. Tal dispositivo prevê a possibilidade de que tratados de direitos humanos, caso cumpridos os seus requisitos formais e materiais, poderão ser recepcionados com natureza de emenda constitucional:

Art. 5º. [...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ademais, surgiu novo objeto para o debate jurídico: qual seria a natureza dos tratados de direitos humanos precedentes à EC 45. O instituto da recepção não pode ser usado nesse caso, pois tratam-se de procedimentos legislativos distintos, assim como os demais limites formais exigidos para aprovação da emenda, por exemplo, a maioria de três quintos dos votos. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019).

Ao posicionar-se sobre o tema, via Recurso Extraordinário 349.703-1, o Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF) criou a figura da natureza supralegal dos tratados internacionais recepcionados antes da vigência da EC 45:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Em relação ao objeto da corrente obra, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi recepcionada nos moldes do § 3º, do artigo 5º, da CRFB. Em 09 de julho de 2008, o Congresso Nacional aprovou-o, por meio do Decreto Legislativo nº 186 e o PR ratificou o documento em 01 de agosto de 2008. Nessa senda, o conteúdo da CDPD entrou no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº. 6.949/2009, com natureza de emenda constitucional.

Reflexo no Brasil: o Estatuto da Pessoa com Deficiência e os direitos sexuais (Lei 13.146/2015)

Ao tornar-se signatário da CDPD, o Brasil propôs-se a legislar sobre a matéria no plano infraconstitucional, de modo a tornar a pessoa com deficiência o ator principal da sua existência. Nesse cenário:

A primeira mudança que pode ser observada com a adesão da Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência foi a terminologia adotada, que antes referia-se à “pessoa portadora de deficiência”, agora, a expressão correta para referir-se à esse grupo é “pessoa com deficiência”. Outra mudança trazida pela Convenção e pelo Estatuto foi o conceito de pessoa com deficiência, em que, anteriormente utilizava-se como padrão de definição, tão somente o laudo médico, enquanto que, atualmente, tem-se por parâmetro não somente o isto, mas elementos sociais e ambientais. (PAIM, 2017).

Dessa forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, no seu artigo 2º, § 1º, determina que o exame da deficiência será biopsicossocial, o qual é esmiuçado pelos professores Cristiano Farias, Rogério Cunha e Ronaldo Pinto:

A avaliação biopsicossocial é aquela que considera aspectos sociais que circundam o deficiente, além, por óbvio, de dados médicos capazes de demonstrar sua incapacidade. Na avaliação biopsicossocial há, portanto, a junção desses dois aspectos na abordagem do deficiente, superando-se, nessa linha de raciocínio, o simples modelo biológico, para se considerar, em acréscimo, fatores sociais outros como nível de escolaridade, profissão, composição familiar, etc. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016).

Por consequência, o sistema das incapacidades foi totalmente alterado, do contrário examine os quadros comparativos:

Absolutamente incapazes (art. 3.º do CC)	Relativamente incapazes (art. 4.º do CC)
<p>I – Os menores de dezesseis anos (menores impúberes);</p> <p>II – Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III – Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>I – Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (menores púberes);</p> <p>II – Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III – Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV – Os pródigos.</p>

Absolutamente incapazes (art. 3.º do CC)	Relativamente incapazes (art. 4.º do CC)
<p>“Art. 3.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”</p> <p>I – (Revogado);</p> <p>II – (Revogado);</p> <p>III – (Revogado).</p>	<p>“Art. 4.º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV – os pródigos.”</p>

Fonte: (TARTUCE, 2021).

Outrossim, ao tratar sobre os direitos sexuais, o EPD expressa, em mais de um artigo, que o deficiente tem capacidade para o seu exercício, senão veja-se, a título de exemplo o artigo 6º, inciso III, do mencionado diploma: “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: II - exercer direitos sexuais e reprodutivos.”

É cediço afirmar, portanto, que é direito da pessoa com deficiência escolher seu parceiro(a), conforme sua orientação sexual. A mencionada conclusão tornaria desnecessário o atual trabalho, mas, conforme trazido à baila alhures, o crime de estupro de vulnerável dá ensejo a reflexão que originou o corrente artigo, o qual visa analisar se há um conflito efetivo de normas ou se tal fenômeno é aparente.

O caso da síndrome de down e o direito à liberdade sexual

“A Síndrome de Down (SD) é uma condição genética cuja trissomia na banda cromossômica 21q22 é a alteração mais freqüente, cerca de 95% dos casos. Os outros 5% incluem translocação, mosaicismismo ou duplicação gênica.” (MATOS et tal, 2007).

Devido ao preconceito, as pessoas com Síndrome de Down são visualizadas como assexuadas, ou seja, sem nenhum interesse sexual. O tema é ainda mais delicado quando se trata de deficientes mentais. De acordo com o Decreto 3.298/1999, que conceitua essa espécie de deficiência no artigo 4º, inciso IV:

Art. 4º. [...]

IV-deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho.

Ao realizar uma pesquisa, no formato de entrevista, com deficientes mentais de natureza leve e moderada, a professora Rosana Glat concluiu que esses indivíduos têm bem mais semelhanças com as pessoas neurotípicas, se comparado com os deficientes mentais mais severos. (GLAT, 1992).

Ademais, a citada pesquisa revelou a urgência por políticas públicas que tornem mais acessível a educação sexual, tendo em vista que 30% dos entrevistados disseram receber informações sobre sexo com a família, 18% com profissionais do seu convívio e os 52% restantes alegaram informar-se nas

ruas, através da mídia ou simplesmente “com ninguém” (GLAT, 1992).

Vale destacar que a ausência de educação sexual ou a sua presença, mas de modo insuficiente, torna esse rol de indivíduos mais suscetíveis às doenças sexualmente transmissíveis e até aos abusos sexuais.

O crime de estupro de vulnerável contra a pessoa com deficiência

O Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940), no seu artigo 213, conceitua o delito de estupro: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

Contudo, o legislador visou dar uma tutela especial ao indivíduo vulnerável:

[...] igualmente, pode ser qualquer pessoa que apresente a qualidade ou condição especial de vulnerabilidade exigida pelo tipo penal, seja pela menoridade de quatorze anos, seja em razão de tratar-se de alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Aqui, no estupro de vulnerável, a vítima (vulnerável) do sexo masculino também, em qualquer circunstância, quando violentada, é sujeito passivo do crime de estupro, a exemplo do que ocorria com o antigo crime de atentado violento ao pudor. Em outros termos, o crime de estupro de vulnerável também pode ocorrer em relação hétero ou homossexual (homem com homem e mulher com mulher). (BITENCOURT, 2018).

É clarividente as benfeitorias realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, todavia, tal documento não é blindado a críticas. Nessa senda, houve uma clara omissão legislativa quanto ao crime, ora em comento, o que deu ensejo ao presente artigo.

A ciência penal, a seu turno, exige a inexistência de discernimento para configurar a vulnerabilidade. “A análise da vulnerabilidade da pessoa com deficiência, conforme se demonstra, ocorrerá no caso concreto. Não há uma presunção de vulnerabilidade, pois será sempre necessário analisar a capacidade de discernimento e consentimento da vítima.” (DESTRO, COSTA, 2016)

Por conseguinte, não há que se falar em uma limitação da liberdade sexual da pessoa com deficiência, com fins de prevenção do crime de estupro de vulnerável, pois haverá, *in casu* uma análise do discernimento do sujeito. Caso ele tenha consciência do ato e consiga determinar seu comportamento a partir disso, não será vedado a prática sexual, independente se neurotípico ou deficiente.

Conclusão

Em síntese, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi o documento internacional responsável por revolucionar o sis-

tema das incapacidades em seus países-membros, na tentativa de promover a igualdade entre o deficiente e o indivíduo sadio.

O Brasil, a seu turno, tornou-se signatário em 2007, incorporando a citada convenção no seu ordenamento jurídico, ao passo em que comprometeu-se em legislar para tornar concreto a igualdade almejada no diploma alienígena. Nesse contexto, surge o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual modificou, radicalmente, o rol dos absolutamente e relativamente incapazes.

Não obstante, a boa vontade do legislador brasileiro em confeccionar a mencionada lei, ela é alvo de diversas críticas, dentre as quais a de manter-se silente quanto aos efeitos penais da capacidade civil plena do deficiente, mais objetivamente, no que tange ao delito de estupro de vulnerável.

Ao analisar a problemática, a luz do magistério de Cezar Roberto Bitencourt, constatou-se que o conflito aventado entre o CPB e EPD é aparente, porque é analisado o discernimento do sujeito, ou seja, a sua capacidade de interpretar o fato e escolher a sua conduta a partir disso. Portanto, caso o deficiente detenha essa capacidade será permitido a ele a prática do ato sexual, do contrário lhe será vedado, sob pena da incidência do referido crime.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública / Cezar Roberto Bitencourt. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto 3.298**. República Federativa do Brasil. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em 21/11/2021. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 7.030, República Federativa do Brasil. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 – Código Penal**. República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. República Federativa do Brasil. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RE: 349.703-1 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009.

COELHO, Charlotte. A Síndrome de Down, **Psicologia.pt**, [s.l.], 13 mar. 2016. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0963.pdf>. Acesso em:

20 nov. 2021.

DESTRO, Carla Roberta Ferreira; COSTA, Larissa Aparecida. Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) e seus efeitos no Crime de Estupro de Vulnerável. *In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA*, 2016, Presidente Prudente. **Anais eletrônicos** [...]. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5405/5138>. Acesso em: 26 nov. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**, 2. rev., ampl. e atual. Salvador: ed. JusPodivm, 2016.

FERREIRA, Vandir da Silva; OLIVEIRA, Lília Novais. Comentários à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. **Revista Reviva**, Distrito Federal, ano 4, 2007, PRODIDE.

GLAT, Rosana. A sexualidade da pessoa com deficiência mental. **Revista Brasileira de Educação Especial**, Bauru, v. 1, p. 65-74, 1992.

MATOS, Sócrates Bezerra *et al.* Síndrome de Down: Avanços e Perspectivas. **Revista Saúde.Com**, Ilhéus, Vol. 03, Nº 02, 2007.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; PIMENTEL, Ana Beatriz Lima; LINS, Ana Paola de Castro. A capacidade jurídica da pessoa com deficiência após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: análise das soluções propostas no Brasil, em Portugal e no Peru. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, Vol. 12, N. 01, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Nova Iorque, Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em http://www.pcdlegal.com.br/convencaoonu/wp-content/themes/convencaoonu/downloads/ONU_Cartilha.pdf. Acesso em: 26 nov. 2021.

PAIM, Taynara Duarte. **O estupro de vulnerável sob a perspectiva do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015)**. 2017. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único, 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; Método, 2021.

AS VIOLÊNCIAS DA LINGUAGEM E OS DIREITOS DAS MINORIAS LINGUÍSTICAS NA ÍNDIA

Graziela Ares

Doutoranda em Sociologia no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Administração pela Universidade de Ciências Aplicadas de Vorarlberg, Áustria, e em Política Científica e Tecnológica pela UNICAMP, Brasil.

Resumo:

Das 121 línguas maternas na Índia, 22 representam 97% da população e se beneficiam de um status político diferenciando pela Constituição. O acesso à direitos e oportunidades àqueles que não dominam essas línguas vernaculares é prejudicado pelos esforços tornar o hindi língua de unificação nacional, pela distribuição geográfica das línguas no território, pelas dificuldades de acesso e articulação em uma língua que não a materna, pela infraestrutura precária e analfabetismo. A relação de poder que se estabelece entre as línguas nos indica que elas podem assumir diferentes papéis no espectro de violência da linguagem na Índia e até mesmo contribuir para a resistência ou resubjetivação das minorias linguísticas. Neste artigo, mapeio essas violências e demonstro que a solução política encontrada para viabilizar a democracia e o Estado de direito prejudica as minorias linguísticas, seus subjetivismos e direitos pelo fato de intensificar o conflito, a regulação e a apropriação no país.

Palavras-chave: Minorias linguísticas; Violência da linguagem; Subjetivação; Índia.

Em uma passagem de seu livro *Imaginary Homelands*, Salman Rushdie se questiona se ele é mesmo indiano por não falar sânscrito e, logo mais, se a Índia realmente existe (RUSHDIE, 1991, p. 02, 27). A retórica foi utilizada duplamente pelo autor indiano para questionar a diversidade, a identidade e a democracia do ponto de vista das minorias em seu país de origem. Conforme sintetizado na Tabela 1, o Censo de 2011 na Índia identificou e agrupou 121 línguas maternas declaradas, das quais apenas as 22, apresentadas na Tabela 2, representam 97% da população. Essas línguas listadas no chamado *Apêndice 8^o* são consideradas línguas oficiais e possuem representatividade política

1 As 22 línguas listadas no Apêndice 8^o previsto na Constituição também serão chamadas de línguas vernaculares neste artigo.

e jurídica diferenciada em relação às demais minorias linguísticas segundo a Parte XVII da Constituição (DEPARTMENT OF OFFICIAL LANGUAGE, 2020).

		Parcela da população	Número de línguas (agrupadas)	Número de línguas maternas	Número de línguas maternas identificadas	Número de línguas declaradas e não identificadas
i)	Línguas do Apêndice 8o.	97%	22	123	1369	18095
ii)	Declaradas por >10.000		98	147		
iv)	Declaradas por >10.000		1	1		
v)	Outras línguas não identificadas	3%	N/A	N/A	1	1474
Total		100%	121	271	1370	19569

Tabela 1 – Resultado do Censo de 2011 na Índia: línguas maternas declaradas
 Fonte: Office of the Registrar General & Census Commissioner of India (2020, p. 04-05)

Desde 1975, com a criação do Departamento de Língua Oficial pelo Ministério das Relações Internacionais, têm sido dedicados esforços e recursos para ampliar o uso do hindi, torná-lo o meio de expressão da cultura indiana em todas as suas formas e substituir gradualmente o inglês nas esferas públicas e cortes de justiça. Os impactos dessas iniciativas afetam desde as crianças em idade escolar, que são forçadas à educação em uma língua estranha à materna, até mesmo trabalhadores que não podem concorrer à cargos públicos por não serem fluentes em hindi ou inglês. A distribuição geográfica das línguas maternas no país agrava a situação pela concentração das minorias linguísticas nos estados do Sul e a sua conseqüente sub-representação política e jurídica decorrente das dificuldades de acesso e articulação em uma língua que não seja a materna. Em decorrência desse cenário, é notório que a solução política encontrada pela Índia para viabilizar a sua democracia e o seu Estado de direito tem prejudicado as minorias linguísticas, seus subjetivismos e direitos.

	Língua materna			1ª língua subsidiária (bilingüe)			2ª língua subsidiária (trilingüe)					
	Total	M	F	Total	M	F	Total	M	F			
ASSAMESE	15 311 351	1%	7 810 583	7 500 768	7 583 346	1%	4 072 110	3 511 236	734 879	0%	424 001	310 378
BENGALE	97 237 669	8%	49 798 752	47 438 917	9 095 810	1%	4 761 384	4 334 426	1 138 764	0%	690 293	448 471
BODO	1 482 929	0%	745 017	737 912	57 583	0%	29 722	27 861	20 132	0%	12 161	7 971
DOGRI	2 596 767	0%	1 369 581	1 227 186	126 334	0%	64 970	61 364	40 883	0%	24 065	16 818
GUJARATI	55 492 554	5%	28 562 042	26 930 512	4 017 825	0%	2 190 593	1 827 232	778 930	0%	449 276	329 654
HINDI	528 347 193	44%	276 610 187	251 737 006	138 909 608	11%	79 211 044	59 698 564	24 307 234	2%	14 169 693	10 137 541
KANNADA	43 706 512	4%	22 111 292	21 595 220	13 609 709	1%	7 030 694	6 579 015	1 434 578	0%	795 554	639 024
KASHMIRI	6 797 587	1%	3 505 539	3 292 048	127 039	0%	67 610	59 429	70 197	0%	41 153	29 044
KONKANI	2 256 502	0%	1 104 587	1 151 915	238 345	0%	121 016	117 329	87 134	0%	47 676	39 458
MALITHILI	13 583 464	1%	7 112 056	6 471 408	651 987	0%	349 747	302 240	48 843	0%	29 520	19 323
MALAYALAM	34 838 819	3%	16 712 384	18 126 435	581 591	0%	311 891	269 700	218 932	0%	129 651	89 281
MANIPURI	1 761 079	0%	875 943	885 136	384 357	0%	197 191	187 166	101 690	0%	58 049	43 641
MARATHI	83 026 680	7%	42 565 803	40 460 877	13 001 079	1%	6 993 104	6 007 975	3 031 027	0%	1 687 699	1 343 328
NEPALI	2 926 168	0%	1 524 029	1 402 139	366 648	0%	197 488	169 160	143 798	0%	90 806	52 992
ODIA	37 521 324	3%	19 103 304	18 418 020	4 670 796	0%	2 414 897	2 255 899	397 213	0%	228 815	168 938
PUNJABI	33 124 726	3%	17 340 931	15 783 795	2 237 126	0%	1 216 571	1 020 555	719 901	0%	410 175	309 726
SANSKRIT	24 821 091	2%	13 636	11 185	1 134 362	0%	713 772	420 590	1 963 640	0%	1 266 098	697 542
SANTALI	7 368 192	1%	3 678 969	3 689 223	278 448	0%	140 847	137 601	76 663	0%	47 206	29 457
SINDHI	2 772 264	0%	1 412 101	1 360 163	281 177	0%	144 918	136 259	48 591	0%	27 657	20 934
TAMIL	69 026 881	6%	34 600 690	34 426 191	6 668 000	1%	3 432 803	3 235 197	900 985	0%	546 209	354 770
TELUGU	81 127 740	7%	40 558 539	40 469 201	12 167 609	1%	6 270 136	5 897 473	1 206 254	0%	700 004	506 250
URDU	50 772 631	4%	26 180 481	24 592 150	11 348 978	1%	6 297 814	5 051 164	1 117 836	0%	668 039	449 797
Línguas do Apêndice 8o.	1 171 103 853	97%	603 396 446	567 707 407	227 537 757	19%	128 230 322	101 307 435	38 587 604	3%	22 543 800	16 043 804
ENGLISH	259 678	0%	129 115	130 563	82 717 239	7%	48 049 279	34 667 960	45 562 173	4%	26 944 173	18 618 000
Outras línguas nativas não listadas no Apêndice 8o.	39 491 446	3%	19 744 697	19 746 749	4 733 774	0%	2 416 782	2 316 992	1 859 803	0%	1 048 859	810 944
População total (Censo 2011)	1 210 854 977	100%	623 270 258	587 584 719	314 988 770	26%	176 696 383	138 292 387	86 009 580	7%	50 536 832	35 472 748

Nota: M - masculino, F - feminino

Tabela 2 – Distribuição de línguas maternas, bilinguismo e trilinguismo na Índia pelo Censo de 2011

Fonte: elaborado para essa pesquisa a partir de dados extraídos do Office of the Registrar General & Census Commissioner (2011d) em 28 de novembro de 2020.

A preocupação central deste artigo é analisar como a violência da linguagem se manifesta ora como violador (autor), ora como vítima ou instrumento (meio) de violência em relação às suas minorias na Índia. A relação de poder estabelecida entre língua materna e a língua oficial e os impactos sobre as minorias linguísticas se agrava quando se inclui no debate a diferenciação de direitos e oportunidades garantidos às línguas vernáculas, o analfabetismo e a escolha política do hindí como língua de unificação nacional. Pretendo sintetizar as minhas observações de como as línguas assumem esses diferentes papéis no espectro de violência da linguagem na Índia moderna, sendo, inclusive, também um mecanismo de resistência e re-subjetivação das minorias.

Os dados do censo de 2011 e as leis que regem a língua oficial foram as principais fontes de dados de minha pesquisa, enquanto autores selecionados possibilitaram criar um marco teórico para as análises. Minha hipótese é que a relação entre as línguas e o conflito, regulação, apropriação e violência distancia os grupos linguísticos de seus direitos.

Embora não seja possível descrever todos os passos da pesquisa, gostaria apenas de apresentar ao leitor uma síntese de como as línguas são reguladas pela constituição para que seja possível compreender que as 22 línguas oficiais ou vernaculares, as outras línguas nativas e o inglês, como representado nas três colunas à direita da Tabela 3, têm diferentes atribuições e prerrogativas na Constituição vigente no ano de 2020, em temas como União, línguas regionais, supremo e cortes de justiça e outras diretivas especiais.

		Referência	Assunto	Língua Oficial	Outras Línguas	Provisões em Inglês
União	Parlamento	Parte XVII, Capítulo I, Artigo 120	Idioma das transações comerciais no Parlamento	i) hindi, ou ii) inglês	i) permitidas pelo Parlamento em situações especiais	i) caso não seja renovado, o inglês deverá ser descontinuado depois de 15 anos do início da Constituição
	Legislativo	Parte XVII, Capítulo I, Artigo 210	Idioma das transações comerciais no Legislativo	i) línguas oficiais, ou ii) línguas do Estado, ou iii) hindi, ou iv) inglês	i) permitidas pelo Parlamento em situações especiais	i) se não for renovado, o inglês será descontinuado após 15 anos a partir do início da Constituição ii) nos governos dos estados de Himachal Pradesh, Manipur, Meghalaya e Tripura, o tempo é de 25 anos iii) nos Estados de Arunachal Pradesh, Goa e Mizoram, o tempo é de 40 anos
	União	Parte XVII, Capítulo I, Artigo 343	Língua Oficial	i) Hindi na escrita Devnagari e na forma internacional de algarismos indianos, e ii) Inglês para fins oficiais da União, ii) o presidente pode autorizar o uso do hindi em adição ao inglês para fins oficiais iv) o Presidente pode autorizar o uso da forma Devnagari de numerais em adição aos numerais indianos	Sem informação	i) Inglês para fins oficiais dos números Union e Devnagari: o uso é limitado por 15 anos a partir do início da Constituição ii) O Parlamento pode estender o uso de números em inglês e Devnagari por períodos mais longos, usando lei específica
	Comissões e comitês parlamentares	Parte XVII, Capítulo I, Artigo 344	Constituição da comissão de representantes das línguas programadas	Não aplicável	Os interesses de pessoas pertencentes a áreas que não falam hindi devem ser levados em consideração em relação aos serviços públicos	O comitê fará recomendações ao Presidente para restringir o uso do inglês para fins oficiais da União

		Referência	Assunto	Língua Oficial	Outras Línguas	Provisões em Inglês
Línguas regionais	Língua para fins oficiais de um Estado	Parte XVII, Capítulo II, Artigo 345	Língua ou línguas de fins oficiais de cada Estado	i) qualquer (um ou mais) dos idiomas em uso no Estado, ou ii) hindi e iii) Inglês, para aqueles Estados onde estava sendo usado imediatamente antes do início da Constituição	Sem informação	i) O uso do inglês pode ser revogado pelo legislador estadual por lei específica
	Comunicação entre um Estado e outro ou entre um Estado e a União	Parte XVII, Capítulo II, Artigo 346	Línguas oficiais para comunicação entre Estados ou entre um Estado e a União	i) os idiomas aprovados pela União para fins oficiais (ver item União acima) ii) Hindi, se ambos os Estados concordarem com seu uso	Sem informação	Sem informação
	Língua falada por minorias em um estado	Parte XVII, Capítulo II, Artigo 347	Disposição especial relativa à língua falada por uma parcela da população de um estado	Não aplicável	O Presidente pode aceitar os pedidos para considerar outro idioma como oficial para um determinado Estado (parcialmente ou como um todo) se ele estiver convencido de que uma proporção substancial da população o deseja	Não aplicável

		Referência	Assunto	Língua Oficial	Outras Línguas	Provisões em Inglês
Supremo, Superior e outros Tribunais de Justiça	Linguagem da justiça	Parte XVII, Capítulo III, Artigo 348 I.a	Suprema e altas cortes e tribunais	i) Inglês	O governador, com a aprovação do presidente, pode autorizar o uso do hindi ou de qualquer outra língua oficial desse estado para assuntos específicos nos tribunais superiores desse estado específico	Não aplicável
		Parte XVII, Capítulo III, Artigo 348 I.b.i	Textos oficiais: contas ou alterações		Se por algum motivo, em determinado Estado, o texto oficial for feito em outro idioma que não o inglês, será publicado no Diário Oficial daquele Estado a respectiva tradução para o inglês.	
		Parte XVII, Capítulo III, Artigo 348 I.b.ii	Textos oficiais: Atos e ordenanças			
		Parte XVII, Capítulo III, Artigo 348 I.b.iii	Textos oficiais: ordens, regras, regulamentos e estatutos			
	Leis relacionadas à linguagem	Parte XVII, Capítulo III, Artigo 349	Procedimento especial para a promulgação de certas leis relacionadas ao idioma	Nos próximos 15 anos, a partir do início da Constituição, qualquer proposta de mudança de línguas regida pelo Artigo 348.1 será sancionada pelo Presidente após ele levar em consideração as recomendações da Comissão regulamentada pelo Artigo 344 acima mencionado.	Não aplicável	Não aplicável

		Referência	Assunto	Língua Oficial	Outras Línguas	Provisões em Inglês
Diretivas especiais	Reparação de queixas	Parte XVII, Capítulo IV, Artigo 350	Linguagem a ser usada em representações para reparação de queixas	i) qualquer uma das línguas utilizadas na União ou no Estado	Não aplicável	Não aplicável
	Instalações para ensinar minorias linguísticas	Parte XVII, Capítulo IV, Artigo 350A	Instalações para o ensino da língua materna no estágio primário	Não aplicável	ii) os governos devem fornecer instalações específicas para a educação primária de crianças em sua língua materna, se pertencerem a grupos de minorias linguísticas ii) o Presidente pode emitir tais instruções para garantir o conformidade de tais instalações	
	Gabinete para minorias linguísticas	Parte XVII, Capítulo IV, Artigo 350B	Gabinete especial para minorias linguísticas nomeado pelo presidente		O chefe do gabinete deve: i) observar e relatar as salvaguardas as minorias linguísticas nos termos da Constituição ii) relatar esses assuntos ao Presidente O presidente deve: i) anunciar os relatórios recebidos perante a Assembleia da República e remetê-los ao Governo do respectivo Estado	
	Desenvolvimento da língua hindi	Parte XVII, Capítulo IV, Artigo 351	Diretriz para o desenvolvimento da língua hindi	Hindi: i) deve ser disseminado ii) deve ser desenvolvido para servir como um meio de expressão para todos os elementos da composição cultural da Índia iii) assimilar sem mudar o gênio, formas, estilo e expressões do hindustani e outras línguas do apêndice 8o, iv) desenhar, se necessário ou desejável, para seu vocabulário, principalmente em Sânscrito e secundariamente em outras línguas	Não aplicável	

Tabela 3 - Diagrama das abordagens sobre línguas oficiais pela constituição da Índia

Fonte: a síntese da Parte XVII da Constituição preparada com base nas informações publicadas pelo Departamento de Língua Oficial (2020) obtido em 02 de janeiro de 2020.

Em um de seus manifestos públicos sobre a língua, o Ministro-chefe de Kerala Pinarayi Vijayan disse que “a alegação de que o hindu unifica o nosso país é absurda. Aquela não é a língua materna da maioria dos indianos. A medida para impor o hindi sobre eles equivale a escravizá-los. A declaração do ministro da União [Amit Shah] é um grito de guerra contra as línguas maternas daqueles que não falam hindi”² (Onmanorama, 2019).

Essa citação é um exemplo de resistência à batalha linguística na Índia. As disputas em torno das línguas oficiais e das vernaculares é uma luta por privilégios em uma democracia pós-colonial, piorada por questões socioeconômicas e infraestrutura precária (OFFICE OF THE REGISTRAR GENERAL & CENSUS COMMISSIONER, 2011a) em um país populoso como a Índia. Quando disponível, as informações de interesse público podem não ser acessíveis a todos por conta das limitações do idioma mas também pelo analfabetismo (OFFICE OF THE REGISTRAR GENERAL & CENSUS COMMISSIONER, 2011b, 2011c).

As referências às violências da linguagem na Índia tem um significado mais amplo neste artigo. A linguagem pode ser tanto violadora, meio ou vítima da violência. As pessoas continuamente e sem intenção descontrolam as línguas ao ignorar suas regras, significados, usos e ao inventarem palavras e variações (LECERCLE, 1990). Por outro lado, a linguagem limita individualmente e coletivamente os subjetivismos e priva os cidadãos de seus direitos. A transgressão intencional da linguagem pode ser uma reação para resgatar o subjetivismo e a identidade dentro das barreiras do próprio idioma. As quatro categorias apresentadas na Tabela 04 e que serão brevemente descritas a seguir sintetizam as contribuições da minha pesquisa para o debate sobre violências da linguagem na Índia.

Violência linguística

Na Índia, o hindi e o inglês têm sofrido uma violência não intencional que os distancia cada vez mais da norma culta e dos manuais de línguas. A linguagem pertence e é moldada por quem a utiliza. O solecismo, a cor local, o dialeto, os neologismos e muitas outras variações citadas por Lecerclé (1990, p. 12) acontecem no uso das línguas, inclusive em seus usos oficiais na Índia. Essas línguas foram impostas em circunstâncias históricas, políticas e socioeconômicas severas e a baixa disposição e motivação para seu uso, a falta de identificação com a língua ou mesmo a limitada capacidade de se expressar nesses meios podem ter tornado os falantes menos comprometidos com o rigor da norma e o seu uso.

O hindi contemporâneo tem fortes influências do urdu, do sânscrito e

2 Tradução livre da autora para a citação: “The claim that Hindu unifies our country is absurd. That language is not the mother tongue of a majority of Indians [sic]. The move to impose Hindi on them amounts to enslaving them. The Union Minister’s statement is a war cry against the mother tongues of non-Hindi speaking people” (ONMANORAMA, 2019).

de outras línguas, distanciando-se de outras línguas indo-europeias (STÖRIG, 1990, p. 47). Na sua versão popularizada na Índia, inclusive na TV e no cinema, o hindi é coloquial (GUSAIN, 2012, p. 48). As causas são muitas e não está no escopo deste artigo debatê-lo. No entanto, o fato de que muitas pessoas aprendem sem educação formal, as influências de outras línguas e culturas, o uso como língua subsidiária por muitos e os esforços do governo para torná-lo aceitável para mais pessoas podem ter contribuído para a transformação da língua (LEDGARD, 2013a).

As línguas tradicionais são afetivas, aprendidas e no âmbito da família e do lar, estão relacionadas à cultura (LEDGARD, 2013a, 2013b), enquanto que o inglês tornou-se uma língua aspiracional para os indianos e muitos o aprendem para ter acesso às melhores oportunidades de aprendizado e emprego, como serviços públicos ou em empresas de tecnologia. Mas o inglês também adquiriu uma personalidade própria no país possivelmente pelas influências das línguas originais e da cultura local, da gramática menos rigorosa da comunicação oral (e autoaprendizagem) ou dos métodos de ensino (HASHMI, 2015; LEDGARD, 2013a; TASEER, 2015).

Conforme mostrado na Tabela 2, menos de 1% dos indianos declararam o inglês como língua materna e, se somados os que o declaram como segunda e terceira língua subsidiária, concluímos que apenas 11% da população usa a língua herdada do colonizador. Assim, há vários grupos, incluindo o movimento pró-hindi e políticos, que poiam a resistência contra o inglês. Os argumentos criticam o uso de uma língua estrangeira, colonial, falada por pequenos grupos, elitista, classicista, a língua de quem está no poder, e restringe as oportunidades de emprego no funcionalismo público à maioria dos indianos. Assim, apesar da sua posição neutra em relação às línguas nativas, o inglês também é sujeito à resistência e críticas por ser elitista e restrito aos grupos bem-educados e influentes (LEDGARD, 2013a, 2013b). A independência do país falhou em resolver as desigualdades na Índia e a violência da linguagem personifica essa situação muito bem.

	Autor	Alvo	Meio	Intencional	Descrição	Motivos	Exemplos na Índia
	(siglas descritas na nota abaixo da tabela)						
Linguístico	I	L	L	N	Transformação da linguagem, distanciando-a da regra e norma.	Aprendizado informal. Uso forçado da linguagem. Línguas subsidiárias. Experiência oral e não cognitiva.	Características locais do hindi coloquial e inglês, inclusive em seu uso oficial pelo governo.
Des-subjetificação	L	I	L	N	Imposição ao indivíduo do uso da língua que não é a sua língua materna.	Colonialismo e pós-colonialismo. Regulação e opressão. Apartheid social. Elitismo e classicismo.	O inglês é o único idioma oficial nos tribunais e corte suprema. Habilidades de inglês obrigatórias para candidaturas a empregos no serviço público.
Re-subjectação	I	L	L,A,O	S	Transformação da língua para melhor expressar o sujeito (self) ou como um ato de rebeldia e resistência contra a língua do opressor.	Ativismo. Estética / poesia. Reivindicar direitos individuais sobre o idioma, especialmente a língua materna. Manifestar subjetivismos e cultura além dos recursos da linguagem herdada.	Poesia e literatura pós-colonial.
Institucional	G&I	I	L	S	Preterimento de línguas oficiais em detrimento de uma lista de outras línguas maternas possíveis. Restrição do exercício de certas representações políticas e direitos a certas línguas selecionadas (favorecendo os grupos linguísticos que as dominam).	Simplificação das possibilidades de idioma para fins oficiais quando não há uma única língua nacional ou franca.	Línguas oficiais listadas no Apêndice 8o., hindi e inglês. Fórmula de três línguas nas escolas
		L	L	S	Assimilação de influências de outras línguas nativas pelo hindi para expressar todos os elementos da composição cultural da Índia.	Tornar o hindi aceitável como a única língua franca no país e representante da cultura indiana.	Artigo 351 Parte XVII da Constituição Indiana que traz a diretiva para o desenvolvimento da língua hindi.

Notas: I - indivíduo, L - língua/linguagem, A - artes, G&I - governo e instituições, O - outros, S - Sim, N - Não

Tabela 4 – A violência da linguagem na Índia

Fonte: elaborada com base nos resultados de pesquisa e inspirada pelos trabalhos de Leclerque (1990), Agamben (2008, 2009), Santos (2007), e outros.

Violência de des-subjetificação

Os elementos linguísticos ou não linguísticos possibilitam a subjetivação, mas a linguagem utilizada para exercer o poder torna-se o símbolo da opressão e da violência e é isso que explica a *des-subjetificação* (AGAMBEN, 2009, p. 46-47) observada na Índia.

O pleno exercício da subjetividade pode ser prejudicado em uma língua que não seja a língua materna, sobretudo quando o indivíduo (ou grupo) não possui as habilidades para usar o idioma imposto. A institucionalização de uma única língua oficial para os tribunais e cortes superiores, como apontado na Tabela 3, por exemplo, restringiu a fortuna dos *dóceis e frágeis* (AGAMBEN, 2009, p. 49-50) à boa vontade daqueles que dirigem tais instituições na língua

inglesa até a atualidade, como previsto pela lei.

A partir de autores como Santos (2007, p. 16) e Bhabha (1994, p. 45), pode-se dizer que a linguagem fortaleceu o *apartheid social*³ e as *distâncias perturbadoras* entre as instituições e os *corpos doces* tornaram-se *abissais*. A apropriação e regulamentação que resistiram dentro das fronteiras nacionais das democracias pós-coloniais são tão severas quanto o estado colônia ultramarino.

Em seu ensaio sobre direitos humanos, Agamben (2008) aponta como os direitos fundamentais se conectam à cidadania nas sociedades modernas e como os não cidadãos são vulneráveis⁴. Na Índia, não se pode dizer que os direitos estão amplamente disponíveis para todos os cidadãos, especialmente aqueles que não falam a língua que os políticos escolheram para representar aquela cultura e sociedade. A privação de direitos envolve muitos aspectos, tais como i) comunicar-se em uma língua que se sinta confortável para fazê-lo, ii) escolher a língua de ensino, iii) ter escolas para atender às necessidades linguísticas durante todo o ensino, iv) ter oportunidades iguais de candidatura a um emprego na função pública, v) não ser obrigado a aprender mais do que uma língua, vi) decidir quanto tempo e esforços despendidos na aprendizagem de línguas, entre outros aspectos.

Com a falta de meios para acessar, ler ou entender as notícias, parte da população pode não ter conhecimento de seus direitos, obrigações e políticas públicas que potencialmente os beneficiariam. A exclusão das minorias linguísticas de qualquer debate democrático é, no mínimo, uma limitação dos direitos políticos e civis.

Violência de re-subjetificação

A violência intencional pode ser uma resposta consciente à violência da linguagem (e seus simbolismos) contra o indivíduo. Desmontar, desconstruir ou torturar a linguagem são formas de protesto usadas na poesia⁵, por exemplo. Segundo Bhabha (1994, p. 60), “é colocando a violência do signo poético dentro da ameaça de violação política que podemos compreender os poderes da linguagem”. Outros, como Rothenberg (1990, p. 13), falam em levar a poesia para além da linguagem em sua *etnopoética* e crítica das línguas existentes. A *poesia da linguagem sensorial* seria a ferramenta de libertação quando as línguas

3 Santos (2007) listou três formas de fascismo pós-colonial - *apartheid social*, *contratual* e *territorial* – sendo que pelo menos os dois primeiros são afetados pela batalha linguística na Índia. A divisão Norte-Sul na Índia é um indicador importante desse *apartheid social* sob a perspectiva da língua.

4 Este artigo não enfoca especificamente os direitos humanos, pois exigiria suprir suas deficiências conceituais, observadas por Santos (2009). Assim, a análise segue uma definição mais ampla de direitos igualitários e respeito às individualidades, coletividades e diferenças. No entanto, os direitos humanos são um debate extremo na Índia e certamente justifica pesquisas adicionais.

5 Embora sejam em língua portuguesa e não relacionados à Índia, os poemas *Perimigração* (BRITES, 1981) e *Cá & Lá* (LEMONS, 1985, p. 73) são exemplares dessas possibilidades de transcendência da linguagem para expressar as subjetividades da persona poética.

atuais deixassem de representar os indivíduos porque o contexto político e as hierarquias as contaminaram.

A finalidade desse mecanismo pode ser ativismo, estética ou arte, e reivindicar os direitos do indivíduo sobre a língua, especialmente a materna e expressar subjetivismos e cultura para além dos recursos da língua herdada.

Violência institucional

Com o aval da Constituição, o que Santos (2007, p. 18) chamou de sociedades politicamente democráticas e socialmente fascistas se encaixa na Índia moderna. As 22 línguas vernaculares do *Apêndice 8º* e os direitos políticos especiais garantidos a elas em detrimento de outras minorias linguísticas é um uso intencional e institucionalizado da língua para limitar a existência dos demais sujeitos (DEPARTMENT OF OFFICIAL LANGUAGE, 2020). A polémica em torno da fórmula das três línguas⁶, que obriga o ensino do hindi e do trilinguismo nas escolas sem proteger as minorias linguísticas são exemplos adicionais dessa violência institucional da linguagem. Tais políticas se assemelham às observações de Fanon, citadas em Bhabha (1994, p. 43), sobre os esforços dos colonizadores para civilizar e modernizar os povos originários com a ajuda da violência psíquica, virtude cívica e da alienação da identidade.

Outra violência intencional e institucionalizada contra o idioma é expressa pelo Artigo 351 da Parte XVII da Constituição (DEPARTMENT OF OFFICIAL LANGUAGE, 2020) sobre o desenvolvimento da língua hindi, que diz: “It shall be the duty of the Union to promote the spread of the Hindi language, to develop it so that it may serve as a medium of expression for all the elements of the composite culture of India and to secure its enrichment by assimilating without interfering with its genius, the forms, style and expressions used in Hindustani and in the other languages of India specified in the Eighth Schedule, and by drawing, wherever necessary or desirable, for its vocabulary, primarily on Sanskrit and secondarily on other languages”⁷.

Esta é a expectativa mais ambiciosa do governo em relação à língua hin-

6 Desde 1968, rege o ensino multilinguístico e a harmonia nacional com três línguas de ensino. A primeira língua seria a materna ou a regional. A segunda, seria, para os estados que falam hindi, outra língua indiana moderna ou inglês e, para os estados que não falam hindi, o hindi ou o inglês. A terceira língua, para os estados que falam hindi, seria inglês ou outra língua indiana moderna e, para os estados que não falam hindi, outra língua indiana moderna ou inglês. A língua materna, língua local ou a língua regional como o meio de instrução até o 5º ano, embora encorajada pela Política Nacional de Educação em 2020, ainda não tem diretrizes concretas para implementação. (SARMA; BANURI, 2020)

7 “É dever da União promover a difusão da língua hindi, desenvolvê-la de modo que sirva de meio de expressão para todos os elementos da cultura composta da Índia e garantir o seu enriquecimento por meio da assimilação, sem interferir com sua genialidade, as formas, estilo e expressões usadas no hindustani e nas outras línguas da Índia especificadas na oitava programação, e desenhando, sempre que necessário ou desejável, para seu vocabulário, principalmente em sânscrito e secundariamente em outras línguas.” Tradução livre da autora.

di, considerando a diversidade cultural e linguística da Índia. Tal orientação parte de um pressuposto de que a língua e a cultura são compartimentadas e podem ser objetiva e deliberadamente assimiladas para atender as vontades políticas dos grupos no poder. De certa forma, trata-se de um esforço político para criar a imagem de uma identidade para o povo indiano, esperando que todos a incorporem (BHABHA, 1994, p. 45).

Em uma das passagens de seu texto sobre os direitos humanos, Santos (2009, p. 18) enuncia que as pessoas têm o direito de serem iguais quando as diferenças as tornam inferiores, e o direito de serem diferentes quando a igualdade as descaracteriza. A Índia precisa encarar que é necessário garantir os direitos e promover o diálogo transcultural a partir do coletivo, de modo colaborativo, respeitoso e recíproco entre seus diversos grupos, culturas e identidades nacionais. A emancipação jurídica e social somente acontecerá e oriunda de alternativas contra hegemônicas que possibilitem intersubjetivíssimos (SANTOS, 2000, p. 30).

Considerações finais

A situação institucional das línguas na Índia e a resultante limitação da participação política e civil das minorias linguísticas foram os meus interesses desta pesquisa. Dados foram analisados para identificar como a legislação atual pode afetar as minorias linguísticas, agravadas pelo analfabetismo e dificuldades de acesso à informação. A relação entre violência e linguagens foi sintetizada sob diferentes perspectivas e teorias.

Embora a limitação editoria não me permitiu descrever em detalhes todas as etapas da pesquisa, espero que tenha sido possível demonstrar que questão linguística na Índia é um tema relevante para a discussão de direitos civis das minorias. Esse é um debate que está além das regras normativas, mas aos subjetivismos possíveis, decorrentes e impactados pela linguagem que podem ser prejudicados quando não são permitidos de se manifestar na língua materna. No entanto, são questões complexas, enraizadas em um contexto político, social, econômico e cultural agravado e que exigem uma habilidade política para resolver as heranças do passado colonial que ainda persistem.

Dentre os grandes desafios da Índia moderna, um deles é a equalização de diretos e a observância da convivência da diversidade das línguas no país, equilibrando direitos iguais e respeito às diferenças coletivas e individuais.

Referências

AGAMBEN, G. **Beyond Human Rights. Social Engineering**, v. 15, 2008.

AGAMBEN, G. **O que é o contemporâneo?** E outros ensaios. Tradução: Vinicius de Castro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

BHABHA, H. K. **The location of culture. London**; New York: Routledge, 1994.

BRITES, J. Perimigração. In: **Imigramar**. Newark: PAB Publications, Inc., 1981.

DEPARTMENT OF OFFICIAL LANGUAGE. **Official language related Part-17 of the Constitution of India**. Disponível em: <<https://rajbhasha.gov.in/en/constitutional-provisions>>. Acesso em: 3 jan. 2021.

GUSAIN, L. The Effectiveness of Establishing Hindi as a National Language. **Georgetown Journal of International Affairs**, v. 13, n. 1, p. 43–50, 2012.

HASHMI, S. **India's demand for English growing**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/av/business-35003125>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

LECERCLE, J.-J. **The Violence of Language**. 1. ed. London; New York: Routledge, 1990.

LEDGARD, C. **Language in India; politics and passion - Part 1**BBC Radio 4: Word of Mouth, 2013a. Disponível em: <<https://www.bbc.co.uk/sounds/play/b01rr36v>>. Acesso em: 3 jan. 2021

LEDGARD, C. **Language and politics in India - part 2**BBC Radio 4: Word of Mouth, 2013b. Disponível em: <<https://www.bbc.co.uk/programmes/b01rvppn>>. Acesso em: 3 jan. 2021

LEMOS, F. Cá & Lá. Lisboa: **Imprensa Nacional** - Casa da Moeda, 1985.

OFFICE OF THE REGISTRAR GENERAL & CENSUS COMMISSIONER. **Census of India 2011: households by main source of lighting** (table HH-7). Disponível em: <<https://censusindia.gov.in/2011census/Hlo-series/HH07.html>>. Acesso em: 3 jan. 2021a.

OFFICE OF THE REGISTRAR GENERAL & CENSUS COMMISSIONER. **Census 2011**: Educational level by age and sex for population age 7 and above (C-8). Disponível em: <<https://censusindia.gov.in/2011census/C-series/C08.html>>. Acesso em: 3 jan. 2021b.

OFFICE OF THE REGISTRAR GENERAL & CENSUS COMMISSIONER. **Census 2011**: Population by bilingualism, trilingualism, education level and sex (C-19). Disponível em: <https://censusindia.gov.in/2011Census/Language_MTs.html>. Acesso em: 3 jan. 2021c.

OFFICE OF THE REGISTRAR GENERAL & CENSUS COMMISSIONER. **Census 2011**: Population by bilingualism and trilingualism (C-17). Disponível em: <<https://censusindia.gov.in/2011census/C-17.html>>. Acesso em: 3 jan. 2021d.

OFFICE OF THE REGISTRAR GENERAL & CENSUS COMMISSIONER. **Census of India 2011**: language (paper 1 of 2018, table C-16) Office of the Registrar General & Census Commissioner, , 2020. Disponível em: <https://censusindia.gov.in/2011Census/Language_MTs.html>. Acesso em: 28 nov. 2020

ONMANORAMA. **“It is a war cry”**: Kerala Chief Minister Pinarayi slams Amit Shah’s push for Hindi. Disponível em: <<https://www.onmanorama.com/kerala/top-news/2019/09/15/kerala-chief-minister-pinarayi-vijayan-hindi-amit-shah.html>>. Acesso em: 7 jan. 2021.

ROTHENBERG, J. Ethnopoetics & Politics/The Politics of Ethnopoetics. In: BERNSTEIN, C. (Ed.). **The Politics of Poetic Form**. Poetry and Public Policy. New York: [s.n.].

RUSHDIE, S. **Imaginary homelands: essays and criticism 1981-1991**. London: Granta Books, 1991.

SANTOS, B. DE S. Para uma epistemologia da cegueira: por que razão é que as novas formas de ‘adequação cerimonial’ não regulam nem emancipam? In: **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. Porto: Afrontamento, 2000, v. I, p. 376.

SANTOS, B. DE S. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estudos CEBRAP**, n. 79, p. 71–94, nov. 2007.

SANTOS, B. DE S. Direitos humanos: o desafio. **Revista Direitos Humanos**, v. 02, n. June, p. 10–18, 2009.

SARMA, S.; BANURI, M. **National education policy (NEP) 2020: Hits and misses**. Disponível em: <<https://idronline.org/nep-2020-hits-and-misses/>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

STÖRIG, H. J. **A aventura das línguas: uma viagem através da História dos idiomas do mundo**. Glória Paschoal de Camargo. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1990.

TASEER, A. **How English ruined Indian literature**. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2015/03/22/opinion/sunday/how-english-ruined-indian-literature.html>>. Acesso em: 5 jan. 2021

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS EM PAÍSES DE DEMOCRACIA FRAGILIZADA: UMA ANÁLISE DA HUNGRIA PÓS-2010

Maria Tereza Zolyomy Torres

Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Resumo:

Trata-se do estudo sobre a proteção internacional dos direitos humanos na Hungria e as questões que dizem respeito aos refugiados. A par disso, permite-se aprofundar no direito internacional, em especial os direitos humanos, os quais demonstrar-se-ão relevantes no sentido de abordar como se observam as velhas violações destes direitos nos novos modelos de regimes autoritários. Objetiva-se analisar as violações de direitos humanos e a crise migratória a partir do estudo do caso concreto *Ilias and Ahmed versus Hungary* do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e de que maneira a União Europeia tem atuado frente a essas afrontas aos refugiados na Hungria. Adotou-se o método indutivo, abordando-se o tema de forma argumentativa-expositiva, exaltando a utilização de referencial bibliográfico, artigos técnico-científicos e jurisprudências. Tem como resultado a conclusão de que países que adotam regimes extremos são propensos a violações das mais graves possíveis a direitos humanos.

Palavras-chave: Democracia; Direitos Humanos; Refugiado.

Introdução

O sistema europeu de proteção aos direitos humanos é o mais antigo de todos os sistemas regionais, talvez por ter sido o continente foco das atrocidades da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), talvez por simplesmente ter se organizado primeiro, e serviu de exemplo aos demais. O principal tratado internacional é a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) de 1950, que estabeleceu originariamente a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos. A Corte é instrumentalizada atualmente pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), o qual julga casos estritamente ligados à CEDH, e produz jurisprudência que reflete nos demais sistemas tribunais regionais

pelo mundo.

No entanto, embora seja referência global, a Europa tem se preocupado com alguns países que integram a União Europeia (UE). Isso porque, algumas democracias, vítimas de líderes populistas e com discursos que se afastam dos princípios do Estado de Direito, implementaram normas que vão contra os direitos da União. Esse é o exemplo da Hungria, sujeito de direito internacional que será abordado nos tópicos seguintes. Parte-se de uma análise sucinta da atual governança no país e as principais medidas tomadas para que se perpetuasse no poder, logo depois, analisar-se-á a alteração constitucional ocorrida em 2011 que, por sua vez, foi um marco crucial para as atuais violações de direitos humanos ocorridas.

No intuito de aprofundar melhor sobre o tema, a considerar que o presente trabalho é desenvolvido em poucas páginas, num terceiro momento, estudar-se-á a questão dos refugiados e, para ilustrar melhor a questão, aborda-se o caso concreto *Ilias and Ahmed vs. Hungary*. Após, chega-se ao núcleo do trabalho, o qual possui argumentos de como a UE tem agido na questão da proteção internacional dos direitos humanos frente às violações pela Hungria. Para isso, utilizar-se-á o método indutivo, abordando o tema de forma argumentativa-expositiva, com exaltação à utilização de referencial bibliográfico e artigos técnico-científicos. Ao final, pretende-se demonstrar que apenas há afirmação de direitos humanos em Estados que se fundam em valores, nomeadamente a democracia e o Estado de Direito.

O caso da Hungria - a lei fundamental de 2011 e posteriores alterações

O leste europeu sofreu demasiadamente com a Segunda Guerra Mundial e os reflexos do socialismo da União Soviética (URSS), o que é perceptível nos rostos dos cidadãos mais velhos até hoje. Em razão disso, candidatos políticos, utilizando um discurso nacionalista no sentido de proteger o país, são eleitos e acabam por surpreender a população com suas políticas pouco protecionistas e atitudes que relembram os tempos soviéticos, tal como a fragilização da democracia e as violações de direitos humanos. É o caso da Hungria.

Em 2010, o partido de Viktor Orbán (atual primeiro-ministro), Fidesz – Magyar Polgári Szövetség¹, de caráter conservador e nacionalista, alinhou-se ao partido Kereszténydemokrata Néppárt² e juntos conseguiram a vitória de dois terços das cadeiras do parlamento húngaro³. A partir daí o governo passou a realizar diversas modificações – a começar por emendas constitucionais – no sentido de perpetuar-se no poder (o que foi possível, tendo em vista a

1 Aliança Cívica Húngara.

2 Partido Popular Democrata-Cristão.

3 DUARTE, Mariana Carmo. Hungria: O Estado de Direito em Crise? **Revista Portuguesa de Ciência Política**. Nº 9, 13-20, 2018. <https://doi.org/10.33167/2184-2078.RPCP2018.9/p.13-30>.

reeleição com esmagadora maioria em 2014 e com vantagem confortável em 2018), mas a principal delas foi criação de uma nova constituição em 2011, denominada como Lei Fundamental da Hungria.

A partir da eleição parlamentar, adicionado das alterações constitucionais, a Hungria tornou-se um exemplo claro de como um sistema político de uma democracia liberal estável pode sofrer uma erosão⁴. Atualmente, o país é um caso *sui generis* para cientistas políticos, os quais não conseguem definir o sistema político pós-2010, inclusive, há quem defenda que esteja se desenvolvendo um modelo único, sem precedentes, o chamado regime híbrido húngaro⁵. Mas, independentemente de novas classificações, fato é que desde as modificações constitucionais anteriores à Lei Fundamental de 2011, cumulado com as modificações unilaterais da Lei em 2013, que foram contra decisões e interpretações do Tribunal Constitucional ou, ainda, desde o marco políticos das eleições de 2014 que se suscitam irregularidades, que o sistema político húngaro pertence à categoria dos regimes não democráticos⁶.

O rol de alterações é infinito e não cabe a este trabalho elencar, mas pode-se afirmar que as modificações constitucionais demonstram o curso político enfrentado pela Hungria nos últimos anos e apontam explicitamente para o fecho de fronteiras e diálogo com os não-Europeus⁷. Nesse sentido, percebe-se que o discurso utilizado por Viktor Orbán, constitui sua base de construção narrativa e de legitimação política no outro diferente culturalmente seja pela religião, idioma, costumes ou simples cor da pele, e são simbólicas, pois projetam uma imagem da União fortalecida deixando de lado a imagem construída todos esses anos da Europa unida na diversidade, inclusão e integração⁸.

As violações de Direitos Humanos – uma análise da crise migratória e o caso *ilias and ahmed vs. Hungary*

A Hungria foi o primeiro dos antigos países comunistas a aderir à Comissão Europeia de Direitos Humanos e, enquanto Estado-Membro da UE, foi o primeiro país a ratificar o Tratado de Lisboa, tendo desempenhado um papel ativo nos trabalhos da Convenção e da Conferência Intergovernamental de 2003 e 2004, nomeadamente, mas não só, na redação do artigo 2.º do TUE, e tomou a iniciativa que resultou na inclusão dos direitos das pessoas pertencentes a minorias⁹. Percebe-se, assim, que não há coerência a atual

4 BOZÓKI, András, & HEGEDUS, Dániel. Um regime híbrido com limitações externas: A Hungria na União Europeia. **Relações Internacionais (R:I)**, N° 55, 99-114, 2017. <https://dx.doi.org/10.23906/ri2017.55a06>. p. 102.

5 *Idem*.

6 *Ibidem*. p. 100.

7 FREIRE, Maria Raquel; NASCIMENTO, Daniela. Desafiar a agenda?: Políticas e práticas de in(ex)clusão na UE: um olhar sobre os fluxos de refugiados. **Debater a Europa**. N°15, 133-147. 2016. https://doi.org/10.14195/1647-6336_15_7. p. 140.

8 *Idem*.

9 Parlamento Europeu. **Relatório sobre a situação dos direitos fundamentais:**

eminência de violação de direitos humanos num país que estava com a curva democrática ascendente. No entanto, a fim de manter a objetividade do trabalho, far-se-á um recorte metodológico apenas para os refugiados e seus direitos violados, com centralização na proteção internacional exercida pela União Europeia para barrar as atrocidades aos direitos humanos cometidas pela Hungria pós 2010.

O contexto migratório europeu (aumento significativo de solicitações de refúgio) tem sido explorado pelo governo húngaro a partir da criminalização dos indivíduos refugiados e o estímulo à xenofobia, que se intensifica a partir de um discurso que envolve etnia e religião como justificativas para cada vez mais concentrar poder num governo centralizado¹⁰. Mas, essas regras rígidas não diminuem os imigrantes, apenas os tornam ilegais, como Haas, Castles e Miller salientam,

These are stark reminders of the continuing political salience of immigration and ethnic diversity – but also of the political risks of playing the ‘race card’. There are many other such reminders. After Spain and Italy introduced visa requirements for North Africans in the early 1990s, migration did not stop but became increasingly irregular in nature. Each year, tens of thousands of Africans attempt to make the dangerous crossing across the Mediterranean in small fishing boats, speedboats or hidden in vans and trucks on ferries. Although this frequently leads to public outcries about ‘combating illegal migration’, further border controls did not stop migration but rather reinforced its irregular character and diverted flows to other crossing points.¹¹

Mais do que a discriminação e incriminação dos refugiados, antes mesmo de adentrarem ao país, a Hungria tem se mostrado um sujeito violador de direitos humanos, especialmente em campos de refugiados. Isso porque, durante a crise migratória de 2015 e 2016, países como a República Checa, Hungria, Polônia e Eslováquia, articularam um discurso muito distinto sobre a questão, basicamente se opuseram à política de abertura das portas estatuído pela Alemanha, Suécia e o resto da Europa em geral¹². A Hungria, espe-

normas e práticas na Hungria (em conformidade com a resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2012). Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos. 2013. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0229_PT.html.

10 DA SILVA, David Morais, PEREIRA, Giovanna Andriolo Peixoto, BALDANZA, Leticia Goulart Cruz, & ARAGÃO, Malu de Aguiar Gouvêa. Democracia, (I) Liberalismo e sua Concretização em Políticas de Imigração na Hungria a partir de 2015. **Revista Perspectiva: reflexões sobre a temática internacional**, V. 13, Nº 25. 2020. <https://www.seer.ufrgs.br/RevistaPerspectiva/article/view/106983>.

11 HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; & MILLER, Mark J. **The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World**, 6ª Ed., Londres: Red Globe Press, 2019. p. 2.

12 SZALAI, Máté, CSORNAI, Zsuzsanna, & GARAI, Nikolett. V4 Migration policy: Conflicting narratives and interpretative frameworks. In: MORILLAS Pol (ed.). *Illiberal democracies in the EU: The Visegrad Group and the risk of disintegration*.

cificamente, enfrentou o desafio de ser o país de destino onde muitos estrangeiros procuravam proteção internacional ou passagem para a Europa Ocidental. Um exemplo desse fenômeno é o caso *Ilias and Ahmed vs. Hungary*, de 21 de novembro de 2021¹³, no qual, devido às políticas públicas implementadas na Hungria a partir de 2015, Ilias e Ahmed tiveram sua liberdade restrita por um período e depois, sem análise do pedido de asilo, foram devolvidos para a Sérvia.

O caso diz respeito a dois nacionais de Bangladesh – atualmente o Sr. Ilias vive na Alemanha e o Sr. Ali Ahmed vive na Espanha – que, em setembro de 2015, chegaram na Hungria pela Sérvia e entraram na zona de trânsito Röszke situada entre os dois países. Logo em seguida solicitaram asilo e tiveram, poucas horas depois, o pedido negado e a ordem de expulsão determinada. Os requerentes recorreram ao tribunal interno e, durante os 23 dias em que esperaram o processo se desenrolar, aguardaram na zona de trânsito Röszke.

Após o período de recursos, tiveram o pedido de asilo negado, e foram orientados por membros da Organização das Nações Unidas (ONU) a regressarem voluntariamente à Sérvia, ou a recorrerem e permanecerem detidos por mais 2 meses na Hungria. Os requerentes mantiveram-se na Hungria e recorreram. No mesmo dia, ao início da noite, os requerentes foram direcionados pela polícia a atravessarem a fronteira pela floresta (sem passar pelo posto de controle oficial), ou seriam detidos e entregues forçadamente à polícia da Sérvia. Diante da evidente ameaça, os requerentes, conjuntamente com os membros da ONU (que chegaram no instante), entenderam por melhor atravessar a fronteira, mas a fizeram pela rodovia, e não pela floresta. Chegando à Sérvia, os membros da ONU receberam os requerentes e os orientaram para as medidas a serem tomadas.

O caso chegou ao TEDH, no qual alegam terem sofrido diversas violações, entre elas a contida no artigo 3º (proibição da tortura), artigo 5º (direito à liberdade e à segurança), artigo 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), artigo 13 (direito a um recurso efetivo), entre outros de caráter processual, todos da CEDH. Julgado o caso, entendeu-se que houve sim a violação do artigo 3º da CEDH quanto à expulsão dos requerentes para a Sérvia, depois dos 23 dias na zona de trânsito, bem como condenou o Estado da Hungria a pagar 5 mil euros a cada um dos requerentes, no tocante aos danos morais, e 18 mil euros conjuntamente no que diz respeito às custas e às despesas com os processos.

Barcelona Center for International Affairs (CIDOB). Barcelona, January 2017. p. 19-30. file:///C:/Users/Mell1/AppData/Local/Temp/illiberal_democracies_in_the_eu_the_visegrad_group_and_the_risk_of_disintegration_pol_morillas_(ed.).pdf.

13 Council of Europe. **Case of Ilias and Ahmed v. Hungary (Application no. 47287/15).** European Court Of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198760>.

A União Europeia frente às violações dos direitos dos refugiados na Hungria (processo c-808/18)

O caso que chegou ao TJUE diz respeito às zonas de trânsito instauradas pela Hungria quando da crise migratória ocorrida em 2015 e consiste numa área fechada e cercada por arame farpado, na qual os requerentes são alocados em containers cuja superfície não excede 13m², não podem ter contato com pessoas que estão no exterior, exceto representantes legais, e seus passos são limitados e vigiados pela polícia ali presente. A Comissão Europeia peticionou ao TJUE, pois considera que as regras impostas pelo governo húngaro para pedido de asilo nessas zonas de trânsito são demasiadas limitadas, impedindo o acesso ao processo de proteção internacional pelo estrangeiro, assim como o caso *Ilias and Ahmed vs. Hungary* demonstrou nas linhas acima. O Tribunal apreciou e entendeu por acatar os argumentos da Comissão Europeia, pois ao limitar o pedido de asilo exclusivamente às zonas de trânsito e apenas pessoalmente, a Hungria violou normas do direito da União, uma vez que qualquer pessoa pode pedir proteção internacional, apresentando o pedido em um ponto de passagem fronteiriço¹⁴.

Para além disso, houve acusação quanto à detenção dos requerentes de proteção internacional, ou seja, restringe-se a liberdade do solicitante à zona de trânsito pelo simples fato de ter apresentado pedido de asilo. Evidente violação do direito à liberdade, por isso o TJUE entendeu por bem condenar a Hungria nesse ponto também. Houve acusação e, conseqüentemente, condenação pelo TJUE da Hungria por expulsar de seu território pessoas nacionais de países terceiros em razão da irregularidade no território nacional (exceto suspeitos de terem cometido infração). Por fim, acusou-se e condenou-se a Hungria por não garantir o direito de proteção internacional dos estrangeiros enquanto aguardam o resultado do exame do recurso contra a deliberação que tenha indeferido o pedido primariamente.

A decisão que condenou a Hungria a todos esses pontos é de dezembro de 2020, mas em maio de 2020 o país já havia fechado o campo de concentração de refugiados e os transferidos para casas de acolhimento, em razão da denúncia realizada por uma organização não-governamental (ONG), o Comitê Helsincki, ao TJUE devido à situação da alocação dos estrangeiros. No entanto, quanto à decisão de dezembro de 2020, a Hungria não a cumpriu e continua a expulsar estrangeiros do país para a Sérvia, negando-lhes o direito de asilo. Essa foi uma das razões pela qual a Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira (FRONTEX), órgão que ajuda no controle de fronteiras, suspendeu as operações na Hungria.

É nítido que as afrontas aos direitos humanos na Hungria têm se intensificado em razão de um governo de ultradireita, o qual se elegeu democrati-

14 Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Diretiva 2013/32/EU. **Jornal Oficial da União Europeia** L 180/1, 56º ano, 29 junho de 2013. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2013:180:FULL&from=ET>.

camente e está a pôr fim no Estado de Direito. No entanto, vale ressaltar que efetivamente a causa das violações de direitos humanos não é o caráter de direita da política, mas sim de extremo. Isso porque, tanto a extrema direita quanto a extrema esquerda são conhecidas, historicamente, pelos regimes autoritários e, conseqüentemente, afrontas aos direitos humanos. Exemplifica-se pela Venezuela e a recente crise política instalada em razão de um golpe de esquerda, e até mesmo pela antiga URSS, a qual a Hungria foi parte.

Como a Hungria é um país integrante da EU, esta tem poder e dever de intervir nos países que transgridam as normas denominadas de “direito da União”, tal como atitudes pouco democráticas e transparentes. No entanto, apresentou uma resposta lenta e ineficaz¹⁵. Muito embora os Estados passem por revisões rigorosas da sua ordem institucional para serem admitidos na UE, depois de aceitos não mais sofrem essa reavaliação dura¹⁶. E é justamente por isso que, com a situação da Hungria, como uma tentativa de resposta, a UE, por intermédio da Comissão Europeia, montou um conjunto de ferramentas como ações de infrações perante o TJUE, entidade essa que não tinha essa finalidade. Dessarte, como o tema é atual, espera-se que nos próximos meses tenham debates do Conselho da UE sobre o respeito ao Estado de Direito, especialmente a aplicabilidade ou não do artigo 7º do TUE, o qual prevê os recursos legais para punição daqueles que não cumprirem os princípios e valores do artigo 2º do TUE.

Conclusão

A partir de uma breve contextualização histórica, percebeu-se que a Hungria sofreu grandes mudanças nos últimos 10 anos. A começar pela chegada do Fidesz em 2010 e logo depois pela alteração substancial da constituição em 2011, denominada de Lei Fundamental da Hungria. Em seguida, proferiu-se breves comentário a respeito das principais mudanças constitucionais, especialmente àquelas que demonstram como os valores da igualdade e liberdade, primados da democracia e do Estado de Direito, estão comprometidos no atual governo, o qual denominou a nova ordem política como “democracia iliberal”.

Expôs-se, logo depois, a questão dos direitos humanos no Estado húngaro, com foco nos direitos humanos dos refugiados e as constantes violações ocorridas desde a crise migratória de 2015. Para ilustrar melhor, apresentou-se o caso concreto *Ilias and Ahmed vs. Hungary*, o qual serviu de exemplo para ilustrar todas as atrocidades que vêm sendo cometidas pela Hungria. A partir de um discurso populista e xenofóbico do seu primeiro-ministro, que ultrapassou os limites sonoros e vê-se na prática, mais especificamente, no sofrimento físico dos estrangeiros, percebe-se que a Hungria não assegura a pro-

15 LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, V. 47, N° 1, 189-260. 2013. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein:journals/davl-r47&div=7&id=&page=&collection=journals#>. p. 257.

16 *Idem*.

teção internacional, ou melhor, não efetiva o direito ao asilo aos refugiados.

Dessa forma, ao final, discutiu-se a respeito da decisão do TJUE e de alguns dos efeitos práticos dessa decisão na proteção internacional dos direitos humanos, particularmente, como a UE enfrenta as violações da Hungria. Para além disso, demonstrou-se que ainda há mecanismos de defesa e retomada do Estado de Direito, tal como as medidas do artigo 7º do TUE, mais adiante de combater, punir propriamente o Estado húngaro, a fim de evitar futuras violações.

Referências

BOZÓKI, András, & HEGEDUS, Dániel. Um regime híbrido com limitações externas: A Hungria na União Europeia. **Relações Internacionais (R:I)**, N° 55, 99-114, 2017. <https://dx.doi.org/10.23906/ri2017.55a06>.

Council of Europe. **Case of Ilias and Ahmed v. Hungary (Application no. 47287/15)**. European Court Of Human Rights. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198760>.

DA SILVA, David Morais., PEREIRA, Giovanna Andriolo Peixoto, BALDANZA, Letícia Goulart Cruz, & ARAGÃO, Malu de Aguiar Gouvêa. Democracia, (I) Liberalismo e sua Concretização em Políticas de Imigração na Hungria a partir de 2015. **Revista Perspectiva: reflexões sobre a temática internacional**, V. 13, N° 25. 2020. <https://www.seer.ufrgs.br/RevistaPerspectiva/article/view/106983>.

DUARTE, Mariana Carmo. Hungria: O Estado de Direito em Crise? **Revista Portuguesa de Ciência Política**. N° 9, 13-20, 2018. <https://doi.org/10.33167/2184-2078.RPCP2018.9/p.13-30>.

FREIRE, Maria Raquel; NASCIMENTO, Daniela. Desafiar a agenda?: Políticas e práticas de in(ex)clusão na UE: um olhar sobre os fluxos de refugiados. **Debater a Europa**. N°15, 133-147. 2016. https://doi.org/10.14195/1647-6336_15_7.

HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; & MILLER, Mark J. **The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World**, 6ª Ed., Londres: Red Globe Press, 2019.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, V. 47, N° 1, 189-260. 2013. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/davl-47&div=7&id=&page=&collection=journals#>.

Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Diretiva 2013/32/EU. **Jornal Oficial da União Europeia** L 180/1, 56º ano, 29 junho de 2013. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2013:180:FULL&from=ET>.

Parlamento Europeu. **Relatório sobre a situação dos direitos fundamentais: normas e práticas na Hungria (em conformidade com a resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2012)**. Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos. 2013. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0229_PT.html.

SZALAI, Máté, CSORNAI, Zsuzsanna, & GARAI, NIKOlett. V4 Migration policy: Conflicting narratives and interpretative frameworks. In: MORILLAS Pol (ed.).

Illiberal democracies in the EU: The Visegrad Group and the risk of disintegration. **Barcelona Center for International Affairs (CIDOB)**. Barcelona, January 2017. p. 19-30. file:///C:/Users/Mell1/AppData/Local/Temp/illiberal_democracies_in_the_eu-the_visegrad_group_and_the_risk_of_disintegration_pol_morillas_(ed).pdf.

DIREITOS HUMANOS E A HANSENÍASE NO BRASIL

Rafael Monteiro Teixeira

Graduado em Direito. Mestre pela Universidade Estadual Paulista - UNESP.
Doutorando pela Universidade Estadual Paulista - UNESP.

Ester Hayashi Guimaraes Narciso

Graduanda em Direito pela faculdade Instituto Toledo de Ensino - ITE - de Botucatu.

Resumo:

A hanseníase é uma doença crônica infecciosa, de evolução lenta, que se manifesta mediante sinais e sintomas dermatológicos. A doença é considerada um grande problema de saúde pública, devido a sua magnitude e alto poder incapacitante. O reconhecimento precoce e o tratamento oportuno são elementos cruciais para cessar a transmissão e prevenir incapacidades. Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabeleceu-se que o direito à saúde é um direito social e fundamental a vida humana. O Brasil, como um dos países que ratificaram a DUDH, estabeleceu em sua Constituição Federal de 1988 que compete ao Estado disponibilizar ferramentas para que o cidadão tenha condições de subsistir com dignidade, assegurando meios de efetivação dos seus direitos. Assim, este estudo teve por objetivo descrever os direitos da pessoa atingida pela hanseníase com vistas a oferecer aos profissionais da saúde, ferramentas para que possam informar e orientar a existência e acesso a esses direitos.

Palavras-chave: Hanseníase; Direito da saúde; Direitos Humanos; Direitos fundamentais.

Introdução

O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

O Pacto sobre a Vida tem como uma de suas prioridades a assistência integral ao portador de Hanseníase e requer a organização das equipes multidisciplinares da rede pública de serviços do Sistema Único de Saúde (SUS),

desde a Atenção Básica, média e alta complexidade, de acordo com a necessidade de cada caso e com os princípios de equidade e integralidade.

Ao Estado compete, nos termos do artigo 1º, III e do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, disponibilizar ferramentas para que o cidadão tenha condições de subsistir com dignidade, assegurando meios de efetivação dos seus direitos.

Previstos no texto constitucional direitos e garantias são institutos distintos, considerando que os direitos são normas de caráter declaratório, pois descrevem as circunstâncias que serão tuteladas, previstas no ordenamento jurídico, sua vez, as garantias tem caráter assecuratório, na medida em que preservam o direito declarado, é a exigência que cada cidadão faz ao Poder Público para proteger seus Direitos, bem como o reconhecimento/existência de meios processuais adequados para essa finalidade.

O entendimento e divulgação dos direitos e garantias das pessoas atingidas pela hanseníase são essenciais para instrumentalizar e promover uma vida digna a essa parcela vulnerável da população.

Este artigo tem como objetivos descrever os direitos da pessoa atingida pela hanseníase oferecendo aos profissionais da saúde ferramentas para que sejam multiplicadores das orientações sobre a existência e o acesso ao tratamento, bem como promover a informação e orientação em relação aos direitos decorrentes das sequelas provocadas pela doença.

1. Hanseníase

É uma doença crônica infecciosa, cujo agente etiológico é o *Mycobacterium leprae*, atingindo pessoas de todas as idades, especialmente as incluídas nas faixas etárias economicamente ativas e por tal fato tem grande importância para a saúde pública, devido a sua magnitude e seu alto poder incapacitante. O reconhecimento precoce e o tratamento oportuno são elementos chave para cessar a transmissão prevenindo incapacidades.

Historicamente essa doença já era conhecida na Índia em 1.500 a.C., e no RegvedaSamhita (um dos primeiros Vedas que eram os livros sagrados da Índia). É denominada Kushta apresentando dois tipos de manifestações, anestesia local e deformações nas extremidades e ulcerações, queda de dedos e desabamentos da pirâmide nasal. Em 600 a.C., em uma recopilção denominada SushrutaSamhita, esses dois tipos são referidos como vat-ratka e vat-somhita, respectivamente.

A transmissão ainda ativa é considerada como um problema de saúde pública na África, Sul e Sudeste da Ásia e nas Américas (Noordeen, 1993), promovendo a ocorrência de novos casos e a incapacidade física. O principal objetivo do Programa de Hanseníase, a nível populacional, é interromper a cadeia de transmissão e, a nível individual, deter a evolução da doença e prevenir incapacidade física.

O Brasil se apresenta como o segundo país em número de casos novos

notificados, sendo responsável por quase 93% dos casos nas Américas.

A literatura atual demonstra que a hanseníase se apresenta sob quatro formas clínicas, dependendo da resposta imunológica do hospedeiro: indeterminada (I), dimorfa (D), estáveis, polarizadas, tuberculóide (T) e virchoviana (V). Com finalidade operacional e para facilitar o diagnóstico e tratamento, hoje se utiliza a classificação baseada na quantidade de bacilos, isto é, na possibilidade menor ou maior do risco de infecção, sendo consideradas as formas paucibacilares (PB) e multibacilares (MB).

2.1. Epidemiologia

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) até 2013, 228.474 novos casos de hanseníase foram detectados mundialmente. Segundo registro, as Américas estão em segundo lugar de maior prevalência da doença (0,38/10.000 habitantes), perdendo somente para o sudeste da Ásia, que apresenta prevalência de 0,64/ 10.000 habitantes. As tendências de detecção de casos de hanseníase no mundo, no período de 1985 a 1998, mostrando que tendências na transmissão e incidência não estão completamente claras reque-rendo mais pesquisas sobre a doença e que a detecção é um indicador irrelevante para o monitoramento da evolução da endemia (forma mais objetiva)

No Brasil, que atualmente ocupa a segunda colocação em número de casos, a dinâmica da doença se assemelha às Américas com a prevalência, declinando desde 2001, segundo estatísticas publicadas pela OMS, exibindo queda significativa de 4,0% no coeficiente de detecção em todas as regiões, mantendo um número alto de casos novos 34.894, em 2013.

Apesar de ter havido uma estabilização dos coeficientes de detecção em todas as regiões do Brasil, no período de 2001 a 2007, nas regiões Norte, Centro-Oeste e Nordeste foi constatado um número consideravelmente maior de ocorrências. A taxa nacional da prevalência em 2013 foi 21,94 casos a cada 100.000 habitantes, colocando o país no estrato principal de prioridades no Plano de Ação para a Consolidação da Eliminação da Hanseníase.

2.2. Manifestações clínicas

Considerando as manifestações clínicas, as que mais se destacam do ponto de vista estigmatizante e social, são as neurológicas, especialmente a neurite, que, geralmente, é um processo agudo acompanhado de dor intensa e edema. No início pode não haver evidência de comprometimento funcional do nervo, porém, frequentemente, a neurite torna-se crônica, com a diminuição ou perda de sensibilidade, causando dormência e diminuição ou perda da força muscular, podendo provocar fraqueza, paralisia e atrofia dos músculos inervados comprometidos. Em alguns casos apresentam espessamento de nervos periféricos, alterações de sensibilidade e alterações motoras assintomáticas, sendo conhecida como neurite silenciosa.

3. O Sistema Único de Saúde

Em sua concepção, o Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos do mundo abrangendo desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde foi criado em 1988 pela Constituição Federal Brasileira.

Lastoria e Putinatti preconizam que, faz-se necessário o investimento na formação e treinamento de profissionais de saúde, no intuito de um diagnóstico precoce, na forma inicial da doença, evitando assim que o mesmo ocorra tardiamente, já nas formas contagiantes ou com sequelas. Acrescentando a desinformação dos profissionais da saúde em relação aos direitos legais dos portadores de hanseníase, provocando repercussões negativas na vida do indivíduo cujas sequelas da doença o incapacitaram para o trabalho e para o convívio social.

4. Competências do estado

Sob a ótica do direito, existem duas formas de encarar a deficiência, a médica e a social. Embora estejam relacionados à deficiência, esses termos podem ser utilizados para esse estudo na fundamentação dos direitos decorrentes da vulnerabilidade desse grupo social.

O modelo médico da deficiência tem sido responsável, em parte, pela resistência da sociedade em aceitar a necessidade de mudar as estruturas e atitudes para incluir em seu seio as pessoas com deficiência e/ou com outras condições atípicas para que estas possam, ai sim, buscar o seu desenvolvimento pessoal, social, educacional e profissional.

É sabido que a sociedade sempre foi, de um modo geral, levada a acreditar que, sendo a deficiência um problema existente exclusivamente na pessoa com deficiência, bastaria promover-lhe algum tipo de serviço para solucionar-lhe. (SASSAKI, 2010, p. 29).

A visão do modelo médico de deficiência cercou o crescimento e desenvolvimento pleno das pessoas portadoras de deficiência, de forma exclusiva, pois defendeu a ideia de que estas pessoas teriam que se adaptar para viver socialmente. No entanto, é o oposto que deve ocorrer: a sociedade é que precisa se adaptar a elas. (RAGAZZI, 2010, p. 48).

Nesse contexto, compete ao Estado promover mecanismos que superem referida vulnerabilidade entregando ao indivíduo ferramentas que assegurem a preservação e o exercício de seus direitos.

Assim, observe-se o disposto no artigo 194 da Constituição Federal brasileira, pois é norma que determina a conduta estatal:

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 assistên-

cia 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; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Desse modo, considerando a saúde como bem de fundamental importância a Constituição Federal de 1988, estabelece no artigo 196 que 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.

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal brasileira.

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.

O direito à saúde decorre do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo esse mais elevado que os direitos fundamentais, isto por ser anterior e hierarquicamente superior. Subsistindo como valor supremo e fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição da República de 1988) se impondo como núcleo essencial de todo ordenamento jurídico, como critério de informação e instrumento de valoração para orientar e construir a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Visando implementar na prática o respeito à dignidade da pessoa humana, o legislador constitucional assegurou nos artigos 201 e 203 as diretrizes necessárias à efetivação desse direito.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente

à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Na complementação e regulamentação dos direitos constitucionalmente assegurados, o legislador infraconstitucional sistematizou as regras para o auxílio e assistência das pessoas portadoras de doenças graves, dentre elas a hanseníase.

A Lei nº 8.213/91 estabelece quais são os benefícios de natureza previdenciária e a Lei nº 8.742/93 a concessão dos benefícios assistenciais.

Esses benefícios existem e estão previstos regularmente em Lei, porém os profissionais da saúde e as pessoas atingidas pela hanseníase tem pouco ou nenhum conhecimento acerca destes direitos.

5. Direitos da pessoa atingida pela hanseníase

É fundamental que a pessoa atingida pela hanseníase seja orientada pelos profissionais de saúde diretamente ligados ao tratamento sobre os direitos que a legislação brasileira lhes confere, inclusive no que tange a informação e orientação de sequelas incapacitantes para o trabalho que impeçam a subsistência com dignidade.

Não obstante a unicidade e indivisibilidade da ciência jurídica, o direito deve ser definido como um grande sistema em que tudo se harmoniza no conjunto, a divisão apresentada tem por escopo facilitar a compreensão desses direitos alocando-os de maneira sistematizada. Dessa forma, as informações estão subdivididas em tópicos.

5.1 Constitucional geral

No campo constitucional geral o artigo 1º, III estabelece como fundamento do estado democrático do direito a dignidade da pessoa humana.

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

5.2 Constitucional específico

O direito constitucional específico está previsto no artigo 6º e no artigo 196 com regulamentação acerca das políticas do estado no sentido de assegurar a todos a existência digna.

5.2.1 Direitos sociais

Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Referidos direitos se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.

A proteção da pessoa atingida pela hanseníase decorre de normas especificamente previstas no texto constitucional

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.

5.2.2 Da saúde

O direito a saúde está previsto no artigo 196 da Constituição Federal brasileira e constitui direito de todo cidadão e dever do Estado, mediante políticas públicas que tenham por finalidade diminuir o risco de doenças e seu agravamento, bem como o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.

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.

5.3. Infraconstitucional

No âmbito infraconstitucional, inúmeras Leis regulamentam a forma como o estado deve atuar na promoção ao direito a saúde.

De forma não exaustiva é possível identificar a regulamentação desse direito na Lei 8.080/91 que define em seu artigo 2º que a saúde é um direito fundamental do ser humano, determinando ao Estado que disponibilize meios para o seu exercício.

A portaria nº 586 de 06 de abril de 2004 do Ministério da Saúde que institui um conjunto de ações e medidas coordenadas para a eliminação da hanseníase.

A Lei 11.520/07 que dispõe sobre a concessão de pensão especial às pessoas atingidas pela Hanseníase que foram submetidas a isolamento e interação compulsórios.

No mesmo sentido o decreto nº 6.168/07 regulamentou de forma específica os requisitos necessários à solicitação das pensões devidas às pessoas atingidas pela hanseníase e que foram submetidas ao isolamento.

A portaria nº 3.125 de 07 de outubro de 2010 do Ministério da Saúde que aprova as diretrizes para a vigilância, atenção e controle da hanseníase trouxe inúmeros instrumentos na tentativa de minimizar o avanço da doença.

6. Benefícios previdenciários

Os benefícios previdenciários afetos à pessoa atingida pela hanseníase regularmente vinculada ao sistema previdenciário estão relacionados a impossibilidade permanente ou temporária para o exercício de atividades laborativas habituais.

O artigo 18 “a” e “e” da Lei 8.213/91 estabelecem, respectivamente, o direito de percepção de aposentadoria por invalidez e auxílio doença para aquelas pessoas cujas sequelas da doença incapacitou permanente ou temporariamente ao trabalho.

7. Benefícios assistenciais

Nos termos do artigo 203 da Constituição Federal é dever do Estado prestar serviços de assistência social aos necessitados.

Dentre inúmeros objetivos estão a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, para este trabalho as atingidas pela hanseníase, a promoção e integração à vida comunitária, bem como a garantia de um salário mínimo mensal para aqueles que comprovem não ter condições de prover à própria subsistência, independentemente de contribuição.

Da mesma forma, a Lei 8.742/93 estabelece no artigo 20 o benefício de prestação continuada da seguinte forma:

O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

8. Considerações finais

O direito a saúde reconhecido como um direito fundamental, por estar interligado ao direito a vida e à existência digna, representa um dos fundamentos da república federativa do Brasil, sendo considerado pela doutrina e legislação pátria uma obrigação do estado e garantia do cidadão.

Mediante a promoção do direito a saúde são assegurados de forma indireta o princípio da dignidade da humana, universalidade e integralidade do atendimento, pois sem saúde não se pode exercer quaisquer outros direitos.

O presente artigo elencou os direitos e garantias da pessoa atingida pela hanseníase, baseando em prescrições legais contidas no texto constitucional e

em normas infraconstitucionais.

A preservação da dignidade da pessoa humana é fundamento do estado democrático de direito, nos termos do artigo 1º, III da Constituição federal, bem como a inclusão do direito à saúde no rol de direitos fundamentais, conforme artigo 6º do texto constitucional.

Foi descrita a competência comum dos entes federativos para a prática de políticas públicas visando assegurar e garantir a todo cidadão a diminuição do risco de doença e suas complicações.

Examinado o conjunto de normas infraconstitucionais que instrumentalizam o direito a saúde, com a constituição do SUS mediante a promulgação da Lei 8.080/90 garantindo acesso universal e integral nos sistemas de saúde.

Analisado o texto da Lei 11.520/2007 que regulamentou as pensões devidas às pessoas segregadas em razão da hanseníase, bem como as disposições contidas nas portarias nº 3.125 de 07 de outubro de 2010 e nº 586 de 06 de abril de 2004 que aprovaram as diretrizes para vigilância, atenção e controle da hanseníase e instituíram o conjunto de ações e medidas coordenadas para a eliminação da doença.

Complementando as disposições infraconstitucionais foram incluídos os benefícios previdenciários e assistenciais.

Nesse contexto, este artigo apresentou de forma sistematizada e em linguagem de fácil acesso os direitos da pessoa atingida pela hanseníase, oferecendo aos profissionais da saúde diretamente ligados ao atendimento dessas pessoas, ferramenta eficaz na divulgação e promoção desses direitos.

Diante do conteúdo exposto é possível concluir a dissonância entre o direito regularmente estabelecido em favor da pessoa atingida pela hanseníase e a dificuldade em viabilizar o efetivo exercício desses direitos.

Referências

AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010. <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>. Acesso em 21 nov.2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

COPATTI, Floriano. http://www.florianoadvocacia.com.br/_anexos/A-dignidade-do-bem-juridico-enquanto-objeto-de-tutela-constitucional-Neida%20Leal-Floriano.pdf. Acesso em 21 nov.2021.

<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/maio/12/2015-038---Campanha-publica----o.pdf>. Acesso em 21 nov.2021.

<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/maio/12/2015-038---Campanha-publica----o.pdf>. Acesso em 21 nov.2021.

<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>. Acesso em 21 nov.2021.

LASTORIA JC, Putinatti MSMA. **Utilização de busca ativa de hanseníase: relato de uma experiência de abordagem na detecção de casos novos.** *Hansen int.* 2004; 29(1): 6-11 - <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/hi/v29n1/v29n1a02.pdf>. Acesso em 21 nov.2021.

Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância Epidemiológica. Coordenação Geral do programa nacional de controle da hanseníase. Autocuidado em hanseníase: face, mãos e pés [self-care primer: face, hands e feet]. Brasília: Brasil. Ministério da Saúde; 2010. https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/autocuidado_hanseníase_face_maos_pes.pdf. Acesso em 21 nov.2021.

MIRANDA J. Manual de direito constitucional. 3 ed. Coimbra: 1996

OPROMOLLA DVA. **Noções de hansenologia.** Bauru; 2000.

Ordacgy, AS. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em 21 nov.2021.

RAGAZZI, Ivana Aparecida Grizzo. **Inclusão Social: A importância do trabalho da pessoa portadora de deficiência.** São Paulo: LTr, 2010.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: Construindo uma sociedade para todos.** Rio de Janeiro: WVA, 2010.

World Health Organization WHO. Weekly epidemiological record. N°. 36. 86: 389–400, 2011. - Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância Epidemiológica. Coordenação Geral de Hanseníase e Doenças em Eliminação. Brasília, maio. 2011. <https://www.paho.org/en/documents/weekly-epidemiological-record-2-september-2011-vol-86-36-pp-389-400>. Acesso em 21 nov.2021.

O DIREITO AO VOTO NO EXTERIOR À LUZ DA ORDEM JURÍDICA DO URUGUAI: UM ESTUDO COMPARADO DAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRA E URUGUAIA

Daniela Maria Altieri Pereira

Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Conselho Consultivo de Uruguaios em Belo Horizonte (biênio 2019-2021).

Resumo:

O objeto do presente artigo é o direito ao voto no exterior na perspectiva experimentada pela ordem jurídica uruguaia. Ao comparar o tratamento do tema dado pelo Brasil e pelo Uruguai, pretende-se demonstrar que há violação nas ordens interna e internacional por parte do Estado uruguaio, visto que não permite ao seu cidadão o exercício do direito ao voto além das fronteiras. Nesse sentido, aplicou-se a metodologia de revisão bibliográfica e a vertente dogmático-jurídica. Na conclusão, o cenário de violação de direitos políticos perpetrado pelo Uruguai é comprovado através da demonstração da relação intrínseca entre democracia, cidadania e voto, de modo que a habilitação do voto extraterritorial se revela um comando inadiável diante do conceito de cidadania transnacional.

Palavras-chave: Voto; Exterior; Cidadania; Brasil; Uruguai.

Introdução

Em uma democracia, o exercício do direito ao voto é fundamental e trata-se de verdadeiro instrumento de transformação político-social. É, ademais, expressão da cidadania, visto que concede à pessoa a capacidade de participar da vida política de seu País.

Com o advento do fenômeno migratório, tornou-se necessário adequar o conceito de cidadania à conjuntura transnacional. O Brasil, desde a promulgação do Código Eleitoral em 1965, empreende esforços para garantir o direito ao voto aos seus nacionais radicados no estrangeiro, com vistas a fortalecer a democracia. Por outro lado, o Uruguai é um dos três países latino-americanos que não permite igual direito aos seus cidadãos.

Nesse contexto, o primeiro capítulo analisará os conceitos de cidadania e voto, tecendo considerações sobre como o tema é tratado pelo ordenamento jurídico uruguaio. O segundo capítulo abordará as realidades vivenciadas pelo Brasil e pelo Uruguai em relação à questão do voto no exterior, expondo breves ponderações do contexto da América-Latina. Por fim, o terceiro capítulo exporá a atual situação do Uruguai, nos âmbitos das ordens jurídicas interna e internacional, frente ao objeto do presente estudo.

1. Cidadania e voto

A palavra cidadania deriva do latim *civitas*, que significa “cidade”, remontando à Roma Antiga, época em que o termo era utilizado para indicar a situação política de determinada pessoa e quais eram os seus direitos.

Nas palavras de Dalmo Dallari de Abreu (1998):

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. (DALLARI, 1998, p. 14).

Do excerto acima, infere-se que a cidadania está intrinsecamente relacionada ao exercício dos direitos políticos, haja vista que se refere ao “atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política” (SILVA, 2013, p. 305). A cidadania é, portanto, elementar em um Estado Democrático de Direito, que possui como um de seus princípios basilares a soberania popular.

Considerando os fenômenos da migração, o conceito de cidadania teve que ser redesenhado para se adaptar às novas realidades político-sociais. Nesse sentido, surge a noção de “cidadania transnacional”, no qual o critério balizador deixa de ser restrito às questões territoriais e geográficas, centrando sua preocupação na dignidade da pessoa humana.

Ao analisar a transnacionalidade da cidadania sob a ótica do contexto da migração entre México e Estados Unidos, Francisco Herrera Tapia (2009) ponderou:

[...] Assumimos, portanto, uma postura de cidadania que pretende se distanciar da visão tradicional que se observa exclusivamente com um acúmulo de direitos agregados ligados a um Estado-nação, pelo que a visão de “cidadania transnacional” responde da melhor maneira ao analisar as dimensões políticas da migração internacional México-Estados Unidos. [...]. **O conceito de “cidadania transnacional” foi cunhado recentemente por vários autores, os quais ressaltam os laços culturais e econômicos para justificar por que os migrantes que vivem em um país distinto detêm o direito de seguir sendo cidadãos em seus país de origem.** (TAPIA, 2009, p. 37-38, grifo nosso, tradução nossa)

Com efeito, a cidadania assegura ao indivíduo o sufrágio, isto é, o direito de votar e ser votado, sendo instrumentalizado através do voto.

Voto, do latim *votum*, é a forma de manifestação de uma opinião ou preferência. De acordo com o Dicionário Eleitoral do Instituto Internacional de Direitos Humanos (IIDH) (2017, p. 1168), em sua acepção jurídica, o voto é um direito vinculado à democracia.

Nessa linha de pensamento, constata-se que voto e cidadania estão diretamente vinculados ao regime democrático, na medida em que a legitimidade do poder político advém do voto dos cidadãos, vale dizer, da vontade soberana do povo. O voto é, portanto, o instrumento mais importante para a transformação político-social de uma coletividade.

1.1 Cidadania à luz da Constituição do Uruguai

A Constituição do Uruguai, promulgada em 1967, com modificações plebiscitadas em 1989, 1994, 1996 e 2004, trata do tema da cidadania na Seção III, capítulos I a V.

O art. 73 estabelece que “os cidadãos da República Oriental do Uruguai são naturais ou legais” (URUGUAI, 2014, tradução nossa). Da leitura do citado dispositivo, depreende-se que há dois tipos de cidadania: a natural e a legal. O art. 74 define que os cidadãos naturais são todos os homens e mulheres nascidos em qualquer ponto do território da República, além dos filhos de pai ou mãe uruguaios, qualquer que seja o lugar de seu nascimento, desde que se avizinhem ao país e sejam inscritos no Registro Cívico (URUGUAI, 2014).

No tocante ao conceito de “avizinhamento”, a Lei nº 18.858/2011 (URUGUAI, 2011) foi editada com vistas a conferir interpretação a esse termo, afirmando que se trata da manifestação de atos que expressem inequivocamente a vontade da pessoa de se aproximar do País, listando um rol meramente exemplificativo, dentre eles a permanência do país por prazo superior a três meses.

Ocorre que a imposição de se avizinhar ao País para exercer direitos políticos não se coaduna com o conceito moderno de cidadania na atual conjuntura da democracia em tempos de transnacionalidade. Em outras palavras, o exercício da cidadania não pressupõe um vínculo de conexão territorial permanente ou transitório, porquanto corresponde ao sentimento de vínculo afetivo de pertencer a uma nação que transcende a noção de tempo e espaço (COMISSÃO HONORÁRIA DO VOTO NO EXTERIOR, 2019, p. 23), em harmonia com o conceito de cidadania transnacional já mencionado.

Por sua vez, a cidadania legal é um direito conferido aos estrangeiros que residem no Uruguai, desde que atendidos os requisitos previstos no art. 75 da Constituição (URUGUAI, 2014). Dessa forma, cumpridas as exigências legais, o estrangeiro tem o direito público subjetivo de adquirir a cidadania uruguaia.

Por fim, o artigo 80 da Constituição Uruguaia (URUGUAI, 2014) versa

sobre os casos de suspensão da cidadania, vale dizer, há a suspensão temporária dos direitos inerentes a cidadania enquanto perdurarem as causas que geram a suspensão. Da leitura do mencionado dispositivo, depreende-se que o fato de estar radicado no exterior não é causa suspensiva da cidadania.

Analisando os dispositivos constitucionais, verifica-se que o fato de residir fora dos limites territoriais do país não enseja a suspensão ou perda da cidadania. No entanto, impõe que para exercer os direitos políticos atinentes é necessário avizinhar-se à República. Em outras palavras, a letra da lei preserva a cidadania para além das fronteiras nacionais, mas na prática inviabiliza o seu exercício e seus direitos decorrentes.

2. Voto no exterior no Brasil e no Uruguai

No atual contexto de democracia e migração experimentados no mundo nas últimas décadas, a instrumentalização do direito ao voto pelos nacionais radicados no exterior ganhou relevância em discussões com viés jurídico-político. Nesse sentido, Dieter Nohlen e Florian Grotz (2008) definem o voto no exterior como “as disposições e procedimentos que permitem a alguns ou a todos os eleitores de um país que estão temporal ou permanentemente no estrangeiro exercer seus direitos de votação” (NOHLEN; GROTZ, 2008, p. 77).

De acordo com ensinamentos de Nadja Braun e María Gratschew (2008, p. 6-7), o voto no exterior abrange quatro modalidades, a saber: pessoal, postal, por delegação de poder e por meios eletrônicos.

O voto pessoal é aquele em que o eleitor deve comparecer em local previamente determinado, como por exemplo consulados e embaixadas, para exercer o direito ao voto pessoalmente, como ocorre na Argentina. O voto postal, ou epistolar, é aquele realizado via correios, no qual o eleitor recebe seu papel de votação e o devolve por carta, não sendo exigido o comparecimento a Mesas Eleitorais, a exemplo do que ocorre no México. O voto por delegação de poder compreende a designação via procuração, pelo eleitor, de uma pessoa que estará autorizada a votar em seu lugar. O voto eletrônico, por sua vez, envolve a aplicação de tecnologias via internet ou inclusive por meio de telefones móveis, modalidade que está sob estudo na Estônia.

A par das considerações feitas, o presente estudo tecerá breves considerações sobre como o tema é encarado pelos países integrantes da América Latina, em especial pelo Brasil e pelo Uruguai, com o propósito de traçar um estudo comparado em relação a esses dois países.

2.1 Breve panorama do tema na América Latina

No final do século XX e início do século XXI, houve intensa regulamentação do voto no exterior em diversos países que compõem a América Latina. Dos vinte países latino-americanos, apenas três não permitem o exercício do voto fora de seus limites territoriais: Cuba, Nicarágua e Uruguai. O

quadro abaixo apresenta os dados referentes ao processo de habilitação do voto extraterritorial no contexto do referido continente:

Quadro 1 – Voto no exterior e na América Latina

PAÍS	ANO DE CRIAÇÃO DA LEI QUE PERMITE O VOTO NO EXTERIOR	PRIMEIRO ANO DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DO VOTO NO EXTERIOR
Colômbia	1961	1962
Brasil	1965	1989
Peru	1979	1980
Argentina	1991	1993
Venezuela	1993	1998
República Dominicana	1997	2004
Honduras	2001	2001
Equador	2002	2006
México	2005	2006
Panamá	2006	2009
Bolívia	2009	2014
Haiti	2011	Não houve
Paraguai	2012	2013
Costa Rica	2013	2014
El Salvador	2013	2014
Chile	2014	2017
Guatemala	2016	2019

Fonte: Elaborado pela autora, de acordo com as informações obtidas pela IDEA, 2008, 243-254.

Ao analisar os dados acima, verifica-se que houve intensa regulamentação do voto no exterior a partir da década de 1990 de modo que, de 1990 a 2016, treze países latino-americanos o fizeram, o que representa mais da metade das nações que compõem a América Latina.

Cumprе ressaltar que a edição de lei que permite o direito ao voto no exterior é importante, porém não é suficiente, uma vez que carece de regulamentação para sua aplicação prática. O tema mostra-se relevante, tendo em vista que se trata de instrumentalização de direito ao voto, comando inadiável face ao contexto de um Estado Democrático de Direito.

2.2 Voto no exterior no Brasil

O Brasil prevê em sua legislação pátria o exercício do voto no exterior no capítulo VII, nos artigos 225 a 233-A, do Código Eleitoral, promulgado em 1965. O *caput* do art. 225 prevê que o eleitor que se encontrar fora do País poderá votar nas eleições de Presidente e Vice-Presidente da Repúbli-

ca (BRASIL, 1965). Estabelece, ainda, que é necessário que na circunscrição haja, pelo menos, trinta eleitores inscritos para que seja organizada uma seção eleitoral no exterior, conforme preceitua o art. 226 (BRASIL, 1965).

No entanto, em decisão excepcional, o Tribunal Superior Eleitoral - TSE (BRASIL, 2014) autorizou o funcionamento de seções eleitorais com número de eleitores abaixo do mínimo legal, confirmando seu compromisso com a democracia, conforme excerto abaixo transcrito:

[...] É que, a despeito de não satisfazerem a condição legal (*i.e.*, mínimo de 30 eleitores), o Estado brasileiro deve propiciar, na maior extensão possível, a participação cívica no processo político daquelas localidades, franqueando aos seus eleitores, consequentemente, o exercício do direito fundamental ao sufrágio. (BRASIL, 2014).

No tocante à obrigatoriedade, assim como ocorre no voto em território nacional, o eleitor brasileiro também está obrigado a votar caso se encontre no exterior, ficando sujeito às mesmas penas do eleitor que não comparece às urnas no Brasil. Ademais, enquanto perdurar a ausência de justificção, ficará proibido de pleitear documentos perante a repartição diplomática a que se encontra subordinado.

Na seara jurisprudencial, o TSE, em importante decisão proferida em Recurso Especial Eleitoral nº 8.551/2011 (BRASIL, 2014), assentou a diferença entre domicílio eleitoral e domicílio civil ao asseverar que “a demonstração do vínculo político é suficiente, por si só, para atrair o domicílio eleitoral, cujo conceito é mais elástico que o domicílio no Direito Civil” (BRASIL, 2014).

Observa-se que o conceito civilista de domicílio não se revela apropriado para definir o mesmo conceito à luz do direito eleitoral, devendo se amoldar aos preceitos que regem à cidadania. Com efeito, a configuração de domicílio eleitoral “satisfaz-se com a demonstração de vínculo político, social ou afetivo.” (BRASIL, 2013).

Em artigo publicado no Jornal “Folha de São Paulo” (FERREIRA; FUX, 2018), o Presidente do TSE à época, Ministro Luiz Fux, e o então Ministro de Relações Exteriores, Aloysio Nunes Ferreira, enfatizaram a importância de incentivar e aperfeiçoar os mecanismos de votação consular, aspirando ampliar a participação de brasileiros radicados no exterior nas eleições presidenciais. Nesse sentido,

O voto dos brasileiros no exterior é um poderoso instrumento de cidadania e de união nacional. Contribui para reconectar os nossos irmãos e irmãs espalhados pelo mundo com sua gente e sua terra natal.

Ao Estado - por meio dos esforços dos três Poderes da República - compete facilitar o exercício da cidadania nos diversos rincões do planeta, para que os eleitores que vivem fora do Brasil possam exercer a elevada missão de comparecer às urnas e tomar

parte no fortalecimento de nossa democracia e nos destinos do país. (FERREIRA; FUX, 2018, grifo nosso)

Da leitura do excerto acima, verifica-se a importância dada pelo Estado brasileiro à questão do voto no exterior, sendo reconhecido como importante mecanismo de preservação do vínculo entre o nacional residente no estrangeiro e seu País de origem

Há, precipuamente, a salvaguarda da própria democracia, que se fortalece com o reconhecimento da condição de cidadão ao brasileiro e consequente habilitação ao voto, independentemente de onde esteja radicado.

A preocupação do Brasil em relação ao tema é constatada, ainda, com a implementação de tecnologias para facilitar o exercício do voto. A Justiça Eleitoral desenvolveu o aplicativo “Título Net”, que permite realizar diligências referentes ao alistamento e transferências eleitorais via internet, e o “e-título”, que se trata do título de eleitor emitido em formato eletrônico, tornando mais ágil e econômico o serviço que antes era realizado através de mala diplomática.

Essa conjuntura propiciou o aumento de brasileiros habilitados ao exercício do voto no exterior, conforme trecho abaixo:

Esse é um compromisso inarredável do Ministério das Relações Exteriores e da Justiça Eleitoral, que têm trabalhado em conjunto, desde 2015, para facilitar o exercício do voto no exterior. **Esse esforço já permitiu aumentar significativamente o número de eleitores brasileiros cadastrados fora do país, que passou de 18,5 mil em 1989 para mais de 500 mil este ano.** Com esse fim, têm-se realizado campanhas frequentes de fomento ao alistamento eleitoral. (FERREIRA; FUX, 2018, grifo nosso)

Diante do exitoso cenário experimentado pelo Brasil, o país teve seu trabalho reconhecido internacionalmente pela Missão de Observação Eleitoral da Organização dos Estados Americanos (MOE/OEA), acerca da última eleição presidencial processada em 2018. Em relatório preliminar, a Organização parabenizou “o esforço logístico, humano e capital empregados para permitir que os brasileiros no exterior pudessem votar” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2018).

2.3 Voto no exterior no Uruguai

O Uruguai é um dos três países latino-americanos que não preveem em sua legislação pátria o exercício do voto pelos cidadãos radicados no exterior. Não obstante, há décadas o tema é recorrentemente objeto de discussões, notadamente de cunho político.

Desde 1985, ano do restabelecimento do regime democrático, foram apresentados diversos projetos de lei almejando introduzir o voto extraterritorial no ordenamento jurídico, conforme notícia veiculada no Jornal El País:

[...] O tema do voto dos uruguaios que residem no exterior não é novo no Parlamento. Houve nove tentativas para promovê-lo, além de um plebiscito que resultou negativo, nos 33 anos desde a recuperação da democracia. A primeira iniciativa foi do deputado do Partido Socialista Eduardo Jaurena. Logo após, houve outras tentativas da bancada do Nuevo Espacio, do ex-deputado Gonzalo Carámbula (Democracia Avanzada), e da bancada do Partido Independiente, entre outras. (ISGLEAS, 2018, tradução nossa).

Com efeito, discutir o voto no exterior exige refletir sobre o tema da emigração. Conforme dados fornecidos pela Comissão Econômica para América Latina e Caribe - CEPAL (2019), estima-se que a população do Uruguai em 2020 atingirá a marca de 3,474 milhões de pessoas. E, segundo estudos da *Dirección General para Asuntos Consulares y Vinculación*, (COMISSÃO HONORÁRIA DO VOTO NO EXTERIOR, p. 4, 2019), o número de uruguaios de primeira e segunda gerações que residiam no exterior em 2018 era, aproximadamente, 530.000 pessoas. Conjugando as informações, verifica-se que o número de uruguaios residentes no exterior corresponde a quase um sexto da população uruguaia, representando uma quantidade expressiva.

Diante desse cenário, as propostas legislativas apresentadas julgavam imperioso o fortalecimento da integração entre emigrantes e o Uruguai através, dentre outras medidas, do reconhecimento dos direitos civis e políticos para aqueles radicados fora do território nacional.

Não obstante as infrutíferas tentativas ao longo dos anos, em 2009, o partido Frente Amplio postulou o pedido e obteve autorização parlamentar para realizar plebiscito com vistas à modificação do texto constitucional. A consulta popular ocorreu simultaneamente ao pleito presidencial daquele ano, de modo que os eleitores deveriam se manifestar se estavam de acordo com a introdução do voto extraterritorial, na modalidade epistolar.

A despeito de ter obtido vitória na eleição presidencial, o citado Partido não logrou sucesso na consulta plebiscitária. De acordo com dados obtidos no sítio eletrônico da Corte Eleitoral Uruguaia (2009), a proposta de implementação do voto epistolar recebeu o apoio de apenas 36,93% dos eleitores, percentual muito aquém do mínimo legal exigido de 50%, segundo prevê o artigo 331, inciso “b”, da Constituição do Uruguai (URUGUAI, 2014).

Nesse ponto, cumpre tecer algumas considerações sobre a utilização da via plebiscitária para abordar o tema. A questão acerca da habilitação do voto pelo nacional radicado no exterior diz respeito ao reconhecimento de um direito e, portanto, deve ser analisado e discutido pelo viés jurídico e, sobretudo, sob ótica dos direitos fundamentais. A democracia não deve ser entendida como uma regra numérica, em que a vontade da maioria sempre se sobrepõe aos demais. Acima de tudo, democracia é respeitar a Constituição, que estabelece direitos que devem ser salvaguardados pelo Estado.

3. Cenário atual no Uruguai

Em 17 de agosto de 2018, o parlamento uruguaio promulgou a Lei nº 19.654 (URUGUAI, 2018), que versa sobre direitos e obrigações inerentes à cidadania, de modo a interpretar os artigos 77 e 81 da Constituição do Uruguai.

O artigo 1º da lei declara que, a partir da interpretação dos supramencionados artigos da Constituição, o fato de residir fora do País não impede o exercício dos direitos e obrigações intrínsecas à cidadania.

Não obstante, a oposição uruguaia à época apresentou resistência à Lei. Os partidos políticos Nacional, Colorado, Independiente e de la Gente impugnaram a constitucionalidade da Lei nº 19.654/2018 perante a Suprema Corte de Justiça (SCJ) em dezembro de 2018, mediante Identificação Única de Expediente (IUE) 1-163/2018.

A objeção à constitucionalidade se fundamentou em aspectos tanto formal quanto material. Em primeiro lugar, sustentaram que a lei deveria ter sido aprovada pela maioria especial de dois terços de cada Câmara Legislativa, isto é, pelo voto de sessenta e seis deputados e vinte e um senadores. Esse requisito se fundamenta no parágrafo 7º do artigo 77 da Constituição do Uruguai, que exige o quórum especial de dois terços para aprovar leis que versem sobre garantias do sufrágio e eleições, composição, funções e procedimentos da Corte Eleitoral e corporações eleitorais (URUGUAI, 2014).

No tocante ao aspecto material, os citados partidos políticos alegaram que o conteúdo da lei viola a Constituição por ampliar ilegitimamente o corpo eleitoral ao permitir o exercício do voto àqueles que não cumprem o requisito de avizinhamiento determinado pelos artigos 74 e 81 da Lei Maior uruguaia.

Isto posto, a IUE-1-163/2018 foi julgada procedente em três de abril de 2020 pela SCJ, por 4 votos a 1. Em relação ao aspecto formal, a Corte entendeu que na aprovação da lei sob a análise deveria ter sido observado o quórum especial de 2/3, visto que se insere na hipótese prevista no art. 77, parágrafo 7º, acima mencionado.

No que tange ao aspecto material da lei, a SCJ também a declarou inconstitucional, visto que os artigos 77, inciso I, e 81 da Constituição uruguaia determinam que residir fora do país impede o exercício do voto. Na decisão publicada, os Ministros assentaram que “a cidadania e seu correlato sufrágio somente são ativados quando estamos no país, dentro de nossa comunidade” (URUGUAI, 2020, p. 39).

A decisão ora exposta mostra-se flagrantemente contrária aos ditames constitucionais exigidos em um Estado Democrático de Direito. Em razão da atual conjuntura de migração vivenciada no mundo, a plenitude do princípio do sufrágio universal apenas será alcançada com a habilitação do voto a todos os cidadãos, independentemente de onde estejam radicados. Dessa feita, defende-se a adoção do conceito de cidadania transnacional, que se mostra mais apropriado para tratar sobre o tema na perspectiva democrática.

Reafirmando a relevância do assunto, o IDEA (2008, p. 8) sustenta que:

[...] o voto no estrangeiro é considerado um direito cidadão em um mundo onde residir no exterior faz parte da vida de milhões de pessoas e onde o exercício dos direitos e o cumprimento das leis são fenômenos que se tornam cada vez mais transnacionais. (...) Se não se permite e não existem disposições relacionadas com o voto no exterior no país de origem, há uma perda significativa de direitos políticos para quem está fora do país. (BRAUN; GRATSCHEW, 2008, p. 8, tradução nossa).

Diante do cenário de inabilitação de voto aos uruguaios residentes no estrangeiro, verifica-se a violação, por parte do Estado uruguaio, das ordens jurídicas interna e internacional.

No tocante à legislação pátria, a Constituição do Uruguai não faz distinção entre os cidadãos residentes no território nacional e no exterior, razão pela qual a inviabilização do exercício dos direitos políticos pelos cidadãos radicados no exterior viola o artigo 8º que trata da igualdade das pessoas perante a lei. Outrossim, o art. 80, analisado no primeiro capítulo do presente trabalho, não prevê como causa de suspensão da cidadania o fato de residir no exterior.

Releva mencionar, ainda, o fenômeno “voto Buquebus”, no qual cidadãos uruguaios residentes em países vizinhos viajam ao Uruguai nas datas eleitorais para exercer seu direito ao voto. A SCJ afirmou que essa situação não padece do vício da inconstitucionalidade, pelo fato de os cidadãos estarem devidamente registrados na Corte Eleitoral (URUGUAI, 2020, p. 44)

Ocorre que essa situação cria distinções inconstitucionais entre uruguaios, visto que se permite o exercício do voto apenas para aqueles cidadãos com disponibilidade financeira de ir ao País nas épocas eleitorais. Evidentemente, não são todos os radicados no exterior que possuem possibilidades real e econômica de custear uma viagem para poder exercer o direito ao voto, marginalizando-os da vida política. O que se observa, portanto, é situação de indiscutível sufrágio censitário, posto que apenas quem possui condições econômicas de viajar ao País pode votar, o que viola veementemente os ditames da democracia calcada no sufrágio universal, como outrora discutido. Na órbita internacional, essa conjuntura revela a violação pelo Estado uruguaio do artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), artigo XX da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1948) e artigo 23 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969). Nesses documentos internacionais, reafirma-se o direito ao voto como direito político fundamental, intrínseco à condição de cidadão.

A par das violações perpetradas na ordem jurídica internacional, o uruguaio Rodrigo Sebastián da Silva Rodríguez apresentou perante a Corte Inte-

americana de Direitos Humanos (CIDH) a petição nº 1697-11, na qual denuncia a omissão do Estado uruguaio na instrumentalização do voto pelos cidadãos radicados no exterior. Em 25 de abril de 2020, a Comissão elaborou informe favorável à admissibilidade da petição (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS, 2020). Dessa forma, aguarda-se a próxima etapa para analisar o mérito da questão.

Com vistas a alterar essa situação de flagrante violação ao direito humano fundamental ao voto e implementar a modalidade extraterritorial pela via legislativa, Fernanda Mora (2017, p. 11) analisa as possibilidades no contexto da ordem jurídica uruguaia. De acordo com seus estudos, há três opções para inserir no ordenamento jurídico tal modalidade de voto, a saber: 1) Edição de lei regulamentando a obrigatoriedade do voto; 2) Edição de lei eleitoral sobre o voto consular; 3) Reforma constitucional.

A primeira opção trata de regulamentar a obrigatoriedade do voto prevista no parágrafo segundo do art. 77 da Constituição do Uruguai. Para sua aprovação, a lei exige maioria absoluta de cada Câmara. Nesse sentido, o cidadão é obrigado a votar e, por outro lado, o Estado deve assegurar e viabilizar o pleno exercício do voto pelo nacional radicado no estrangeiro. A segunda alternativa consiste em editar uma lei eleitoral acerca do voto consular. Por se tratar de lei eleitoral, a Constituição exige aprovação de dois terços de cada Câmara Legislativa, conforme prevê o parágrafo 7º do artigo 77 da Constituição. Por fim, a terceira possibilidade diz respeito à realização de uma reforma constitucional, disciplinada no art. 331 da Constituição, através de iniciativa popular, iniciativa legislativa, lei constitucional ou por intermédio da Convenção Nacional Constituinte.

Considerações finais

A par das análises expendidas, conclui-se que o voto à distância pelos residentes no exterior encontra suporte nas ordens jurídicas pátria e internacional, sendo imperioso defender o referido direito à luz dos ditames constitucionais democráticos.

O Brasil, desde a promulgação do Código Eleitoral em 1965, adotou uma postura exemplar em relação ao tema. A facilitação e ampliação do acesso ao voto dos residentes no estrangeiro demonstram o compromisso do País com a democracia para além das fronteiras nacionais.

Em contrapartida, a realidade do Uruguai frente ao voto à distância é verdadeira afronta ao sistema democrático, notadamente através de violações à legislação interna e internacional. Nesta senda, é possível afirmar a existência de sufrágio censitário, incompatível com o princípio do sufrágio universal que rege a ordem constitucional vigente.

Cidadania sem voto não é democracia. Portanto, é dever do Estado garantir o exercício do voto ao seu cidadão, independentemente de onde esteja radicado, a fim de que seja atingida a plenitude do sufrágio universal, impres-

cindível no contexto de uma democracia vivenciada à luz do Estado Democrático de Direito.

Referências

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília: DF, Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l4737.htm. Acesso em 03 jul. 2020

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo Interno nº 7.268. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral**. 05 fev. 2013. Brasília: TSE, 2013. Disponível: <http://inter03.tse.jus.br/sjurconsulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=47453&noCache=761155443>. Acesso em 02 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo Administrativo nº 591-65.2014.6.00.0000. Eleições 2014. Processo Administrativo. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral**. 5 ago. 2014. Brasília: TSE, 2014. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=59165&processoClasse=PA&decisaoData=20140805>. Acesso em 03 jul. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 8.551. Relatora: Ministra Luciana Christina Guimarães Lóssio. **Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral**. 04 abr. 2014. Brasília: TSE, 2014. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=8551&processoClasse=RESPE&decisaoData=20140408>. Acesso em 03 jul. 2020.

BRAUN, Nadja; GRATSCHIEW, Maria. Introducción. *In*: ELLIS, Andrew; NAVARRO, Carlos; MORALES, Isabel; GRATSCHIEW; BRAUN, Nadja (org.). **Voto en el extranjero: El manual de IDEA Internacional**. Ciudad de México: Instituto Federal Electoral de México, 2008. p. 1-9.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. **Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas**. Santiago: Organización de las Naciones Unidas, 2019. Disponível em: https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/tabulador/ConsultaIntegradaProc_HTML.asp. Acesso em 25 jun. 2020.

COMISSÃO HONORÁRIA DO VOTO NO EXTERIOR. **Informe de la Comisión Honoraria del Voto en el Exterior: Lei nº 19.654**. Montevideo: s.n., 2019. Disponível em: <https://www.gub.uy/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/sites/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/files/documentos/noticias/informe%20voto%20en%20el%20exterior%20pdf.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José: CIDH, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 18 jul. 2020.

_____. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá: CIDH, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em 17 jul. 2020.

CORTE ELECTORAL DEL URUGUAY. **Elecciones Nacionales y plebiscitos**. Montevidéo, 2009. Disponível em <http://elecciones.corteelectoral.gub.uy/20091025/SSPMain.asp>. Acesso em 06 jul. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS. **Informe n. 128/20**. Admisibilidad. [S.l.]: 25 abr. 2020. p. 1-5. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2020/urad1697-11es.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

DALLARI, Dalmo. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FERREIRA, Aloysio Nunes; FUX, Luiz. **Voto no exterior: esforço conjunto pela democracia**. Folha de São Paulo, São Paulo. 24 jul. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Julho/presidente-do-tse-e-ministro-das-relacoes-exteriores-destacam-em-artigo-importancia-do-voto-dos-brasileiros-no-externo>. Acesso em 04 jul. 2020.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Diccionario electoral**. São José da Costa Rica: s.n., 2017, Vol. 2.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. Voto en el extranjero: investigación mundial en 214 países y territorios. *In*: ELLIS, Andrew; NAVARRO, Carlos; MORALES, Isabel; GRATSCHEW; BRAUN, Nadja (org.). **Voto en el extranjero: El manual de IDEA Internacional**. Ciudad de México: Instituto Federal Electoral de México, 2008. anexo A, p. 243-254.

MORA, Fernanda. **El voto extraterritorial em la experiencia uruguaya**. Montevidéo: 2007. Artigo Científico. Disponível em: https://www.academia.edu/34822051/EL_VOTO_EXTRATERRITORIAL_EN_LA_EXPERIENCIA_URUGUAYA.pdf. Acesso em: 05 jul. 2020.

NOHLEN, Dieter; GROTZ, Florian. Marco Legal y panorama de la legislación electoral. *In*: ELLIS, Andrew; NAVARRO, Carlos; MORALES, Isabel; GRATSCHEW; BRAUN, Nadja (org.). **Voto en el extranjero: El manual de IDEA Internacional**. Ciudad de México: Instituto Federal Electoral de México, 2008. cap. 3, p. 75-97.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 15 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **A Missão de Observação Eleitoral da OEA parabeniza o Brasil pela realização de suas eleições gerais e anuncia que observará o segundo turno**. [s.l.]: s.n., 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

TAPIA, Francisco Herrera. Ciudadanía y derechos políticos de los migrantes. Diálogo en la democracia. *In*: Távira, Beca Norma; Tapia, Francisco Herrera; Orihuela, Rocío González (coord.). **Migración, Democracia y Desarrollo: la experiencia mexicana**. Toluca: Instituto Electoral del estado de México, 2009. p. 37-52.

URUGUAI. **Constituição da República Oriental do Uruguai**. Montevidéo: Parlamento do Uruguai, 2014. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentos/leyes/constitucion>. Acesso em 02 jul. 2020.

EL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES EN UN ESCENARIO PANDÉMICO. LA PROPUESTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DE LA ÉTICA DEL CUIDADO

Nuria Belloso Martín

Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Burgos (España)

Resumen:

El escenario pandémico ha abierto una crisis en todos los ámbitos, y ha sacado a la luz problemas que ya estaban latentes y que, ahora se han agudizado, de determinados grupos, como es el de las personas mayores. A la discriminación de la que en ocasiones son objeto, precisamente por su edad, se ha añadido que ni el Estado de bienestar, ni la red de cuidados, han respondido como se esperaba. Ello hace buscar amparo, más allá del derecho y de los derechos que, como personas les asisten, en la ética –en una ética del cuidado- y en la imperiosa necesidad de unas políticas públicas idóneas para que no se menoscabe su dignidad.

Palabras clave: Ética; Cuidado; Dignidade; Mayores; Pandemia.

1. Introducción

El tiempo pandémico, como todos los sucesos negativos, ha resultado inoportuno, llamando a la puerta de un mundo que estaba absorto en sus numerosos problemas cotidianos. Saldremos más fuertes”, “No dejar a nadie atrás”, máxima la primera, artificialmente construida y, la otra, extractada de la Agenda 2030, se repetían machaconamente como si a fuerza de reiterarlas tuvieran la capacidad de cambiar la verdad, no han “conseguido” trastocar una realidad que sólo cabe calificar como triste y sombría, porque ha conllevado enfermedad, dolor y muerte.

Markus Gabriel señala en su libro *Ética para tiempos oscuros*, que “toda crisis conlleva además de sus riesgos, posibilidades de mejora de las circunstancias sociales”.¹ Tal vez, entre lo poco bueno que se ha podido encontrar en esta crisis derivada de la pandemia, ha sido la posibilidad de hacer un parón

1 GABRIEL, M., *Ética para tiempos oscuros. Valores universales para el siglo XXI*, trad. de Gonzalo García. Barcelona:Pasado & Presente, 2020, p.11.

en el frenético ritmo de vida que llevábamos, siempre apresurada y pasando de una actividad a otra, sin casi poder disfrutar ni de las experiencias como tal -sólo acontecimientos que se suceden uno tras otro, sin pausa- y reflexionar sobre cómo se estaban gestionando las diversas dimensiones sociales, poniéndose de relevancia las carencias, las insuficiencias, tomando conciencia de la vulnerabilidad y fragilidad del ser humano para, a partir de ahí, hacer propósito de una transformación humana positiva.

Ello lleva a re-plantearnos nuestros valores éticos, y qué es lo que calificamos como lo bueno, lo neutro y lo malo. Si bien estas tres categorías son universales, sin embargo, qué se incluya en cada una de ellas, no goza de un consenso universal. Y no es baladí tal clasificación porque, a la vez, influye en que los hechos morales se expresen como exigencias, recomendaciones o prohibiciones según sea el caso. Nuestras acciones tienen consecuencias que repercuten no sólo en quienes nos rodean sino también, en las futuras generaciones.

El escenario pandémico ha desembocado en una obligada reflexión sobre la enfermedad y la muerte, cuyos pensamientos sobre las mismas siempre se alejan para evitar oscuros presagios, aspirando a neutralizar cualquier negatividad.² Aunque para algunos filósofos, la muerte sí ha formado parte de sus escritos,³ otros han realizado un exhorto a olvidarse de la muerte, tales como Epicuro, Spinoza y Wittgenstein. En el caso de Epicuro, basta recordar la *Carta a Meneceo*, cuando señala que “la muerte es la privación de la sensación. De ahí que la idea correcta de que la muerte no tiene nada que ver con nosotros hace gozosa la mortalidad de la vida”.⁴ A la muerte se la venía privando de “ser”, era sólo el mero cese de la vida, que había que alejar como fuera. Pero la finitud humana está ahora. Somos seres finitos porque sabemos que vamos a morir, pero también porque vivimos la experiencia del inicio. Como apuntaba Arendt, “los hombres, aunque han de morir, no han nacido para eso sino para comenzar”, y es que el ser humano tiene la facultad de interrumpirlo y de comenzar algo nuevo.⁵

El hecho de que la muerte se haya plasmado, con un índice muy superior sobre otras franjas de edad, en las personas mayores, ha permitido plantearse numerosos interrogantes sobre cómo se atiende y se cuida a las personas mayores, y si están efectivamente garantizados el ejercicio de sus derechos.

2. El edadismo y las elecciones trágicas en tiempos pandémicos

El aumento de la longevidad es un aspecto muy positivo de nuestras so-

2 HAN, B. Ch., **Caras de la muerte. Investigaciones filosóficas sobre la muerte**, trad. de Alberto Ciria. Editorial Herder, 2020.

3 HEIDEGGER, **El ser y el tiempo**, trad. de José Gaos. México, FCE, 1986 {especialmente el capítulo dedicado al ser-para-la-muerte, donde presenta una ontología de la finitud}; JANKÉLÉVICH, V., **La muerte**. Valencia: Pre-Textos, 2002.

4 EPICURO, **Obras completas**. Madrid: Cátedra, 2001, p.88.

5 ARENDT, H., **La condición humana**. Barcelona: Paidós, 1993, p.265.

ciudades. Lo que ya no es tan positivo es la interpretación maltusiana que, en ocasiones se realiza (mayores como improductivos y carga para el sistema de pensiones, para el sistema sanitario y para sus familias), unido a una pretendida conveniencia de rejuvenecimiento de la sociedad. Ello deriva un edadismo que se aplica sólo a las personas mayores, ya que niños y jóvenes- quienes también quedarían afectados de tal factor de edad, por ejemplo- no son objeto de tal discriminación. De por sí, el envejecimiento de la población junto al aumento de las necesidades de cuidados de larga duración, ya constituían un reto y un desafío para las sociedades más desarrolladas y que, aun siendo conscientes de que debe llevar aparejado numerosos cambios en la estructura sociodemográfica, productiva y de cuidados, no se acababa de tratar en profundidad.

En la Segunda Asamblea Mundial sobre el envejecimiento celebrada en Madrid en 2002 por la ONU, se realizaron recomendaciones para que los países dirigiesen sus políticas públicas. Según la OMS (2018), entre 2015 y 2050, el porcentaje de los habitantes del planeta mayores de 60 años casi se duplicará, pasando del 12% al 22%. Además, en 2020, el número de personas de 60 años o más será superior al de niños menores de cinco años. En 2050, el 80% de las personas mayores vivirá en países de ingresos bajos y medianos. De este modo, la pauta de envejecimiento de la población es mucho más rápida que en el pasado.⁶ La discriminación por edad, que dota de invisibilidad en unos casos a las personas mayores y, en otros, de discriminación por razón de su edad, se ha agudizado a raíz de la pandemia. Tal y como ha puesto de manifiesto el Informe del Grupo de Trabajo COVID-19 y Residencias -GTM-, del Ministerio de Derechos Sociales, ese edadismo ha tenido consecuencias negativas para la salud de la persona mayor, y ello tanto con relación a la atención sanitaria como en la prestación de cuidados a largo plazo que se les da en Residencias Geriátricas.⁷

Dado que los recursos eran escasos para atender a los pacientes de Covid, se ha recurrido a Informes y recomendaciones éticas. Las “elecciones y decisiones trágicas” que ha habido que adoptar en las Unidades de Cuidados Intensivos-UCIs- de los centros hospitalarios, excluyendo *a priori* a personas de

6 El proceso de envejecimiento en España, según el Instituto Nacional de Estadística (INE) para los años que van desde 2014 a 2064, seguirá aumentando exponencialmente desde un 18,2 % en el año 2016, pasando a ser del 24,9% en el año 2029, y del 38% en el año 2064. “A estos datos podemos añadir que, debido a la mejora en la calidad de vida y al avance en las ciencias médicas, se está originando el fenómeno demográfico denominado «envejecimiento del envejecimiento», es decir, que en sólo 20 años se ha duplicado el número de personas mayores de 80 años, llegando a superar los cuatro millones, lo que supondría más del 30% de la población mayor”. ASENSIO FERNÁNDEZ, I. y GÓNGORA GÓMEZ, F., “Aplicaciones de la mediación familiar a los conflictos derivados de la atención a situaciones de dependencia”, Revista de Mediación, Vol. 9, N° 1, 2016. <https://revistademediacion.com/articulos/aplicaciones-la-mediacion-familiar-los-conflictos-derivados-la-atencion-situaciones-dependencia/>

7 Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (2020). Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias, p.42. <https://www.msobs.gob.es/ssi/imserso/docs>

mayor edad, dado que los recursos -camas, respiradores- eran escasos y había que gestionar los disponibles ha generado mucho dolor entre los familiares.⁸ La edad - además de patologías previas- se ha utilizado como un criterio importante por lo que se ha hecho una lectura de que se daba primacía a los más jóvenes sobre los más mayores. Hay que reseñar que estos Informes y Protocolos coinciden en señalar que la necesidad de recurrir a criterios científicos y principios éticos con respecto a la distribución de los recursos sanitarios entre la población es una exigencia de justicia y que, en algunos casos, se ha tenido que llegar a esas “elecciones trágicas” para determinar quién debía de ser atendido.

Esta situación ha venido a poner de relieve la aplicación de un criterio utilitarista. Se considera a los mayores como personas que no sólo ya no son productivas, sino que constituyen en su mayoría una carga para la sociedad -para el sistema de pensiones, para el sistema sanitario, para sus familias-, etc.

En este contexto, las fobias que ya eran comunes, ahora se han visto incrementadas. Las personas mayores se han visto especialmente afectadas por tales fobias. La gerontofobia, -interpretada como discriminación de los mayores y no como odio-, ha encontrado en los tiempos pandémicos una razón: son quienes han ofrecido índices mucho más altos de contagio y de letalidad, por tanto, son más peligrosos; la aporofobia, definida por la filósofa Adela Cortina, implica “rechazo, aversión, temor y desprecio hacia el pobre, hacia el desamparado que, al menos en apariencia, no puede devolver nada bueno a cambio”,⁹ también ha afectado a las personas mayores de manera que, a la vulnerabilidad que ya tienen por razón de la edad, se suma la vulnerabilidad de la pobreza. Tal fobia también lleva tiempo instalada en nuestras sociedades que, inmersas en un perverso círculo (producción/consumo/ más necesidades/más producción/ más consumo) miran con desprecio a quien no puede dar retorno de aquello que se le da o a quien prácticamente ha salido de ese consumo. El citado Informe del GTM apunta que las personas mayores pueden acumular “capas de vulnerabilidad” en función de su situación socioeconómica y de las discapacidades que tengan de manera que, si a la edad, se suma la pobreza, la discapacidad, la raza u otras características, la situación puede ser aún peor.

Este planteamiento de la persona mayor como prescindible o descartable olvida todo lo que la persona mayor ha aportado a la sociedad durante toda su vida (trabajo, contribuciones, grandes o pequeños logros), pero también lo que en el presente siguen aportando. Muchas de esas personas mayores son

8 En España destacan tres documentos. El Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia, bajo la coordinación de C. Romeo Casabona; el Informe del Comité Nacional de Bioética, y las Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las Unidades de Cuidados Intensivos (SEMICYUC). <https://semicyuc.org> > Ética_SEMICYUC-COVID-19

9 CORTINA, A., Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia. Barcelona: Paidós, 2019.

quienes cuidan de los nietos, quienes en la crisis de 2008 sustentaron económicamente a sus hijos y nietos con sus modestas pensiones de jubilación, son quienes tramitan experiencia de la vida; y son, como las demás personas, titulares de derechos, amparados por el texto constitucional que no permite la discriminación por, entre otras circunstancias, edad.

El periodo de confinamiento fue especialmente duro para las personas mayores que vivían en Residencias de mayores. Durante la primera ola de la pandemia en España (marzo-junio de 2020), aproximadamente, un 67% de todas las víctimas mortales relacionadas con el Covid-19 eran residentes en Centros de la tercera edad, donde no existían medidas de prevención y control de la pandemia. Aunque no son datos fiables porque hasta semanas después no se pudieron hacer pruebas para detectar si la persona mayor estaba contagiada, en estas Residencias se concentró la mayoría de contagios y letalidad de las personas mayores. Cuando empezaron a detectarse focos de contagio en las Residencias, se prohibieron las visitas de familiares, permaneciendo aislados muchos de ellos, solos en su habitación, durante casi tres meses. Este aislamiento y soledad ha supuesto un efecto muy dañino para todas estas personas. Los contagios se siguieron multiplicando entre mayores y también cuidadores. La mayoría falleció en la propia Residencia, sin que se les hubiera derivado a ningún hospital. Fueron meses muy duros, sin saber apenas cómo combatir el virus, sin material en los hospitales, y sin camas libres para poder derivarles. Los familiares vivieron con angustia la situación, al romperse el contacto con sus mayores, y no poder visitar ni despedirse de quienes se contagiaron y después, fallecieron.

El Ejecutivo reaccionó promulgando dos Órdenes Ministeriales intentando reducir el alto número de contagios entre los residentes,¹⁰ pero sin éxito, ya que las medidas eran a todas luces tardías e insuficientes. Ello acabó en la interposición de querellas y denuncias por delitos de homicidio y lesiones imprudentes, presentadas por distintos sindicatos, asociaciones, organizaciones profesionales del ámbito de la sanidad y de las Fuerzas de Seguridad, empleados de residencias y familiares de víctimas del Covid, con respecto a lo que consideraban había sido una gestión nefasta del Gobierno. Finalmente, en diciembre de 2020, el Tribunal Supremo inadmitió a trámite estas denuncias por considerar que no estaba debidamente justificada la autoría de los hechos punibles atribuidos a los miembros del Ejecutivo.¹¹ Ya se ha pasado

10 Orden del Ministerio de Sanidad SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas de personas mayores y centros socio-sanitarios ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19; Orden, la SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecían medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (modificada por la Orden SND/322/2020, de 3 de abril).

En estas nomas se afirma que **los usuarios de las residencias son personas especialmente vulnerables ante la infección Covid-19.**

11 <https://www.elmundo.es/espana/2020/12/18/5fddc6a63fdddffce85b8b4578.html> el Defensor del Pueblo autonómico -el denominado “Procurador del común” en la Comunidad Autónoma de Castilla y León-, en su “Informe anual de la institución”, cor-

por una quinta ola y que, de nuevo, alarmantemente, ha dado lugar varios brotes en diversas Residencias, a pesar de que tanto mayores como el 90% del personal que les cuida, están vacunados. No hay apenas letalidad pero siguen los contagios. A ello hay que sumar que ya se ha aprobado la necesidad de administrar una tercera dosis de la vacuna, para garantizar sus efectos, y que anualmente habrá que repetir la vacunación.

El escenario pandémico ha sacado a la luz los muchos conflictos que giran con respecto a los cuidados de las personas mayores: desde hijos que se han despreocupado de sus padres, ingresados en residencias geriátricas, hasta litigios entre hermanos sin ponerse de acuerdo sobre quiénes y cómo se iban a encargar de la atención a sus padres durante el confinamiento. Todo ello pone de manifiesto las fuentes de conflictos sobre la prestación de cuidados a los padres ya mayores a los que, además, se suma una elevada carga emocional.

Los conflictos que eran habituales se han visto incrementados: ¿Se debe ir a vivir el padre o la madre con uno de los hijos o deben optar por un Centro geriátrico? ¿Se está volviendo demasiado peligroso que el padre o la madre sigan conduciendo? ¿Cuál de los hijos debe convertirse en el apoderado médico o financiero de los padres? Si uno de los hijos presta más atención por los padres mayores que otro u otros/as hermanos/as, ¿conviene que la persona mayor distribuya su herencia de forma proporcional a los cuidados recibido? En definitiva, conflictos familiares por el cuidado de personas mayores (discrepancias en cómo contribuir al cuidado de los padres o un familiar, desacuerdos a la hora de respetar la decisión de los padres, y otros) necesitan una gestión adecuada, que tome en consideración tanto la perspectiva de la persona cuidada como la perspectiva de la familia. Actualmente, las relaciones familiares han cambiado. Son necesarios fórmulas distintas para poder trabajar esta nueva realidad. Deben ser fórmulas que dirijan la atención hacia un nuevo modelo basado en el respeto a la diversidad, a la autodeterminación de las personas, a una valoración de los mayores diferente al antiguo concepto de utilidad social, asociando la vejez con ausencia de valía. Los programas de “mediación intergeneracional” constituyen un procedimiento especialmente adecuado de gestión pacífica de los conflictos para que las familias resuelvan sus desacuerdos y los mayores puedan seguir decidiendo sobre su propia vida.¹²

respondiente al 2020, presentado ante las Cortes, en mayo de 2021, se ha ocupado de este tema. Su Informe ha levantado polémica en cuanto que vincula la mortalidad en las residencias con la limitación en las derivaciones a los hospitales de Castilla y León. Es decir, relaciona la mortalidad en las residencias con la limitación de traslados a los hospitales. RESOLUCIÓN relativa a la Atención y Cuidados en las Residencias para personas mayores de Castilla y León ante la pandemia ocasionada por la Covid-19. Microsoft Word - 11-13_1788_2020.doc (procuradordelcomun.org)

12 Mediación con Adultos mayores, Comunidad de Madrid, Fundación ATYME, 2018. https://atymediacion.es/es/mediacion/adultos_mayores

3. Una ética para tiempos pandémicos. La ética del cuidado

Todo este contexto permite entender que, desde la perspectiva jurídica, han sido muchos los retos que ha habido que afrontar, vinculados unos a la gestión política que se ha hecho de la pandemia, otros a la vertiente económica, y otros mucho, a la vertiente ética que, a su vez, tanto incide en los derechos humanos. La ética de la alteridad, de la “otredad”, en la línea de E. Levinas;¹³ la ética del cuidado, siguiendo a V. Camps;¹⁴ la ética de la compasión, como propone J. Mèlich;¹⁵ la ética de la hospitalidad que defiende D. Innerarity, la ética “cosmopolita” que defiende A. Cortina,¹⁶ a las que podrían añadirse la ética de la responsabilidad de H. Jonas, haciendo una llamada al cuidado sobre los demás y sobre la Tierra; y la ética de la comunicación y del diálogo, propuesta por Apel y Habermas, para superar la racionalidad humana de individuos que se instrumentalizan recíprocamente para mantener sus beneficios mediante estrategias sino esa racionalidad comunicativa que insta a construir la vida desde el entendimiento mutuo de quienes se reconocen como interlocutores válidos -aquí no puedo abordar todas ellas-. Son propuestas de ética que tienen un denominador común como es el de la *cura* (desvelo, solicitud, diligencia) con relación a alguien, lo que supone prevenir incluso para evitar que suceda algo malo.

Ser consciente de la presencia de los “otros” ya es algo. El reconocer que son seres vulnerables y que necesitan de nuestra ayuda, supone ir mucho más allá; y el dar ese paso y ayudarles, sin esperar contraprestación, aún más. El ser humano es un ser finito, sabemos que la muerte saldrá a nuestro encuentro en algún momento, casi siempre antes de lo que nos gustaría, independientemente de la edad. Mientras tanto, puesto que somos seres finitos, existimos “en dependencia”: “desde”, “entre”, “para”, “en relación con” los otros. El sufrimiento (el propio y el de los demás) siempre ha sido una presencia inquietante, “la ética es una relación compasiva, una respuesta al dolor del otro”. Mèlich sustenta su ética en tres principios fundamentales de las éticas metafísicas: el Bien, el Deber y la Dignidad. No hay ética porque sepamos qué es el bien sino porque hemos tenido la experiencia del mal; No hay ética porque se cumpla con su “deber”, sino porque nuestra respuesta ha sido adecuada, aunque nunca puede ser suficientemente adecuada; No hay ética porque seamos “dignos” sino porque somos sensibles a lo indigno, a la indignidad, a los excluidos de la condición humana, a los infrahumanos, a los que no son personas.¹⁷

13 LEVINAS, E., *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*. Valencia: Pre-textos, 2001.

14 CAMPS, V., *Tiempo de cuidados. Otra forma de estar en el mundo*. Madrid: Arpa, 2021.

15 MÈLICH, J. C., *Ética de la compasión*, Barcelona: Herder, 2010, p.36

16 CORTINA, A., *Ética cosmopolita: Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*. Barcelona: Editorial Paidós, 2021. Hay otras propuestas, como la del filósofo Byung-Chul Han sobre la sociedad paliativa, a modo de una llamada a ejercer una ética al respecto. HAN, B. Ch., *La sociedad paliativa. El dolor hoy*, [Berlín, 2020], trad. de Alberto Ciria, Barcelona: Herder, 2021.

17 MÈLICH, J. C., *Ética de la compasión*, cit., p.222.

Por su parte, Camps señala que estamos en el tiempo de los cuidados, más aún a raíz de la pandemia. “Hay que reconocer que existe un derecho a ser cuidado y un deber de cuidar que no admite excepciones, que afecta a todo el mundo y cuya responsabilidad ha de ser asumida individual y colectivamente”. Ello conlleva priorizar esos cuidados, delimitar cuáles son los más urgentes y necesarios, y determinar quién debe hacerse cargo de ellos.¹⁸ Es este último aspecto el que exige, por parte de las políticas públicas, una respuesta de un Estado social constitucionalmente establecido en la Carta Magna, y que debe dejar de apoyarse en el esfuerzo que hasta ahora vienen realizando las familias para dispensar tales cuidados.

Se han apuntado tres finalidades del acto médico: sanar, cuidar y curar. La última, el cuidado, ha ido adquiriendo protagonismo al hacerse visible la entrada de especialidades médicas como el cuidado paliativo. Cortina, va más allá del deber de cuidado que generalmente se hace descansar en la familia o en los profesionales sanitarios y de los servicios sociales, haciendo un llamamiento a esa preocupación, esa cura, por los demás, que complementa con la ética de la responsabilidad y con la ética cordial (Habermas y Apel).

Por último, Innerarity, toma como referencia la “hospitalidad”, y considera que este concepto responde a las características de las experiencias éticas fundamentales que tejen la vida de los seres humanos, y es una categoría que permite interpretar adecuadamente la situación general del ser humano en el mundo. “La ética de la hospitalidad” cobra mayor virtualidad en la actualidad, en la medida en que nos encontramos en un momento cultural atravesado por el conflicto entre los imperativos de la modernización y el crecimiento, por un lado, y, por otro, las exigencias, de una ética del cuidado y la protección. Señala Innerarity que “el deber de los individuos no consiste entonces en defenderse contra la sociedad, sino en defenderla, cuidar un tejido social fuera del cual no es realizable su identidad”. La ética de la hospitalidad se configura, así, como una proyección de la ética omnicomprendensiva, abarcando, entres sus posibles formas, la ética del cuidado y, como tal, se puede aplicar muy bien a las relaciones con las personas mayores.¹⁹

4. Dilemas para la consecución de la dignidad en el cuidado de las personas mayores

Antes de entrar en el análisis de lo que implica los cuidados de las personas mayores, conviene partir de la dignidad, como principio inspirador y justificador de una ética del cuidado. Sobre el término dignidad se ha escrito mucho, pero se la ha definido poco, limitándose a dejar clara la dificultad de su conceptualización, para lo que se partía de un interrogante: ¿de qué hablamos cuando hablamos de dignidad? Dignidad es reconocer a alguien como sujeto

18 CAMPS, V., **Tiempo de cuidados. Otra forma de estar en el mundo**, cit., p. 12.

19 INNERARITY GRAU, D., **Ética de la hospitalidad**, Barcelona: Península, 2001.

de derechos, que es un fin en sí mismo, que merece respeto y reconocimiento.²⁰

Tal dignidad parece quedar en un segundo plano cuando se atribuye a las personas mayores a quienes, por razón de edad, se las esconde bajo una especie de paternalismo interesado, poco compatible con el respeto a su autonomía. Tampoco cuidar significa control sobre la persona cuidada -como si se tratara de una biopolítica foucaultiana, ubicando a las personas mayores en Residencias y Centros asistenciales para tenerlos controlados en el sentido de que así no provocan ulteriores preocupaciones al sistema de bienestar-, ni tampoco una tanatocracia, como un mero cuidado a la espera de la muerte liberadora. El progresivo aumento de la esperanza de vida y el consiguiente envejecimiento de la población²¹ da lugar a una creciente preocupación social sobre cómo se debe enfrentar el proceso de morir. La reciente Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, ha abierto una puerta a la autonomía de la voluntad para morir. Otras propuestas van en otra línea muy diferente, como la que sustenta Caldera Ynfante, la biocracia,²² una defensa de la vida vivida con dignidad en todas las etapas de la vida, y aún más, cuando las facultades físicas o mentales empiezan a debilitarse. Frente a una dignidad para morir, se reivindica una dignidad para vivir. Es una dignidad que inspira los cuatro clásicos principios de la bioética: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia; es una dignidad que constituye el crisol de la ética de cuidado. No resulta fácil liberarse del modelo paternalista, ni tampoco es sencillo desplazar los modelos que buscaban únicamente la beneficencia y no-maleficencia de los pacientes, incluso sin su consentimiento, y dirigirse hacia un enfoque cuyo eje central es la autonomía y la dignidad.

El cuidar, en este caso referido a una persona mayor, bien sea en hospitales, en Centro para Mayores o en Residencias de mayores, no sólo reviste unos deberes en cuanto profesional de los cuidados, sino una particular ética. Durante muchos años, la tarea de los cuidados a las personas mayores -como a los niños y personas con discapacidad- ha estado asignada a las mujeres, por el rol tradicional que ocupaban de hacerse cargo del ámbito privado, mientras que los hombres se ocupaban del ámbito público. Textos constitucionales con la proclamación de la igualdad y no discriminación por razón de sexo, favorecieron la incorporación de la mujer al trabajo y, con ello, una crisis de los cuidados que se ha tenido que suplir mediante los mecanismos del Estado social. El ejercicio del cuidar -como ha señalado Torralba- es una acción compleja que requiere de varios elementos fundantes como son compasión, compe-

20 TORRALBA ROSELLÓ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?” **Educació Social. Revista d’Intervenció Socioeducativa**, nº 72, 2019, p. 125-133.

21 ABELLÁN GARCÍA, A; ACEITUNO NIETO, P; PÉREZ DÍAZ, J; RAMIRO FARÍÑAS, D; AYALA GARCÍA, A. y PUJOL RODRÍGUEZ, R. **Un perfil de las personas mayores en España 2019**. Indicadores estadísticos básicos, 2019.

22 CALDERA YNFANTE, J.E., “Biocracia y derecho fundamental al nuevo orden mundial en la postpandemia COVID-19”, **Utopía y praxis Latinoamericana**, nº25, Extra 4, 2020, p.33-49. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>

tencia, confidencia y confianza, a modo de virtudes básicas que expresan un deber ser. Todos ellos se requieren entre sí y, a su vez, deben de armonizarse equilibradamente.²³

La compasión no se limita a derramar unas lágrimas por aquél que sufre, sino en iniciar una acción transformadora para minimizar su sufrimiento. Implica percibir la vulnerabilidad ajena, la enfermedad o las limitaciones del otro. La práctica de la compasión no debe contraponerse a la autonomía del paciente ni a su capacidad de decidir sobre su futuro, si cuenta con la capacidad para ello. Compadecerse no significa anular su capacidad de decidir o de decidir por él; la competencia profesional se inscribe en la virtud de la deontología y en el campo de las competencias y deberes jurídicos que tenga asignado el profesional de que se trate; la confidencialidad exige que aquello que la persona mayor haya comunicado al cuidador/a, debe permanecer en el ámbito de la privacidad; la confianza viene a refundir las anteriores virtudes, y expresa que la persona mayor cree en su cuidador, tanto por su competencia profesional o no- en el cuidado como por su fe en el mismo.

En la consecución de la esa dignidad de las personas mayores, hay cuatro dilemas que se presentan frecuentemente y que obliga a ponderar qué hacer, cómo y hasta dónde en cada situación, dependiendo del estado de salud, capacidades y discernimiento de la persona mayor. No es fácil lograr el equilibrio ante estos dilemas. Conviene examinarlos sucintamente: primero, dilema de la autonomía: ¿dónde termina la autonomía de la persona mayor cuidada, o qué límites debe de tener? ¿cómo valorar su capacidad? ¿hasta dónde debe de llegar el poder directriz de su cuidador/a?; segundo, dilema de la intimidad: es frecuente que las personas mayores vean limitada su intimidad, bien porque residan en una Residencia con otras personas, o porque precisen de su cuidador para tareas rutinarias, o bien porque los hijos, en muchos casos, más que protectores se erigen en fiscalizadores de los asuntos (legales, económicos) de sus padres; tercero, dilema de la veracidad: ese trato como si la persona mayor hubiera regresado a la minoría de edad y son otros quienes deciden por ella debe ser ajustado a lo que realmente sea necesario. Ocultar la verdad bien sea sobre su propio estado y evolución de su salud, sobre sucesos familiares que le puedan perturbar, u otros, deben ser ponderados si por decir la verdad, se perturba la situación anímica de la persona mayor; cuarto, dilema de la justicia: la justicia intrageneracional permite entender los deberes de las generaciones más jóvenes (hijos, nietos) con respecto a las de las personas mayores. Son quienes han cuidado, atendido en las necesidades a las generaciones más jóvenes y, en aras de la justicia, hay que devolverles algo de lo mucho que han dado a las generaciones jóvenes. Si se les descuida o no se les atiende, se viola esa relación de justicia. Basta recordar los numerosos casos de desheredaciones de hijos y nietos que ha habido a raíz del confinamiento de hijos que se

23 TORRALBA ROSELLÓ, F., “Constructos éticos del cuidar”, *Enferm Intensiva*, n°11 (39), 2000, p. 136-141.

han despreocupado de sus padres internados en Residencias.²⁴

5. Propuesta de políticas públicas a partir de la ética del cuidado

El proceso de envejecimiento de la población, los escasos incentivos para impulsar el cambio demográfico, las necesidades socio-sanitarias que exige la debida atención a las personas mayores, aconseja reflexionar sobre tres enfoques: a) las políticas públicas de protección social a las personas mayores; b) la gestión pública por parte de los Estados; c) el papel de la familia en provisión del cuidado teniendo en cuenta el cambio de valores en las sociedades avanzadas. Con respecto a este último aspecto, uno de los graves riesgos del envejecimiento, el mantenimiento de una distribución de roles que perpetúa la desigualdad social entre hombres y mujeres, así como la brecha de género en diferentes espacios públicos, especialmente el laboral.

Los cuidados a las personas mayores, en el sistema español, se llevan a cabo desde distintas vertientes, creando una red sanitaria (servicio de tele-asistencia, atención primaria sanitaria), social (Centros de Mayores, Residencias Geriátricas, Programas de envejecimiento activo), educativa (Universidad de la Experiencia), de ocio (viajes del Imsero), económica (pensiones no contributivas), etc. Dicho lo cual, ello no significa que la pandemia no haya puesto de manifiesto carencias y necesidades perentorias que haya que atender -la eliminación de Centros médicos en núcleos rurales, en la llamada “España vaciada” ya lo venía poniendo de manifiesto), tales como una mejora de los sistemas de atención a personas mayores que viven solas, una simplificación burocrática para solicitar acceso a ayudas o al sistema socio-sanitario, una ampliación y mejora de los servicios y atención en las Residencias de Mayores, y otros muchos.

Con relación al tema de la prestación de cuidados, principalmente con respecto a las personas dependientes, se han producido algunos avances, como el que supuso la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.²⁵ Con todo, entre los requisitos que exige, los distintos niveles de dependencia que reconoce, y la lentitud de las Administraciones en la tramitación de las solicitudes, ha reducido la posibilidad de que desplegara todo su potencial.

En definitiva, cuidar implica desplegar una serie de actitudes que van más allá de realizar unas tareas concretas de vigilancia, asistencia, ayuda o control; el cuidado implica afecto, acompañamiento, cercanía, respeto, empa-

24 <https://www.elmundo.es/madrid/2020/08/13/5f2bba4821efa07d6f8b4648.html>

25 Es dependiente “la persona que, por razones ligadas a la falta o pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual, tiene necesidad de una asistencia o ayuda importante para la realización de actividades de la vida diaria” (Consejo de Europa). Se aplica a aquellas personas que por razones de edad, enfermedad o discapacidad son dependientes de forma permanente ya que no disponen de autonomía física o psíquica. Esta situación hace que necesiten de una o varias personas para el desarrollo de su vida diaria.

tía con la persona a la que hay que cuidar”.²⁶ Por ello, no se limita a un simple deber profesional, sino que exige compartir unos valores y unas actitudes morales con respecto a los cuidados.

6. Conclusiones

De lo expuesto en estas páginas se pueden extraer algunas reflexiones finales.

Primera.- Todos los seres humanos, por su vulnerabilidad y fragilidad, necesitan de la cura, del cuidado y la atención de sus semejantes. Las personas mayores, por su condición de vulnerabilidad, necesitan especialmente de tales cuidados. Lejos de querer “aparcarles” en algún lugar discreto para que sus arrugas y canas no reflejen una decrepitud que, muchas veces, está sólo en los ojos de los demás, debe reivindicarse su condición de sujetos de pleno derecho y revestidos de la dignidad ínsita en todo ser humano, sin que la edad se convierta en un factor de discriminación. independientemente de su edad. La ética del cuidado contribuye a promover actitudes positivas proactivas para dar a las personas mayores la atención que necesiten y les corresponde.

Segunda.- La pandemia ha sacado a la luz algunas de las carencias de los cuidados, de la atención y de la asistencia que se venía dando a los mayores. Tanto el ámbito de la atención sanitaria- con su incapacidad para atender todos los casos en condiciones de justicia- como en el de las Residencias de Mayores –en las que una buena parte de las personas mayores, si es preguntada, no quiere estar allí y preferiría estar en su casa o con sus hijos-. En no pocos casos, se tiende a medicalizar el cuidado de los ancianos, a modo de una biopolítica o sociedad del control. Debe recordarse que, en la mayoría de los casos, las Residencias geriátricas constituyen el último lugar en el que vivirán los ancianos y que, por lo tanto, donde transcurrirá su último periodo de vida. No debe ser un simple tiempo de espera de la muerte -a pesar de que, la mayoría, afrontan con serenidad el fin de su camino vital-.

Tercera.- Conviene buscar instrumentos específicos para gestionar los numerosos conflictos que surgen con respecto a los cuidados de las personas mayores. La denominada “mediación intergeneracional” se configura como un procedimiento idóneo tanto para gestionar los conflictos entre los hijos con respecto a los cuidados de sus padres mayores, haciéndoles también partícipes de las decisiones que van a determinar su modo de vida en sus últimos años, además de que también permite tomar decisiones sobre el reparto de sus bienes y herencia, minimizando el desgaste emocional que esta situación provoca en la persona mayor, y previniendo conflictos jurídicos complejos posteriores. Por ello, este tipo de mediación se incardina en la ética del cuidado como una pieza esencial.

Cuarta.- El cuidado de las personas mayores debería de estar presidido ya no sólo por una reciprocidad, sino por un criterio de justicia en definitiva.

26 CAMPS, V., **Tiempo de cuidados. Otra forma de estar en el mundo**, cit., p. 13.

Independientemente de que quienes han dedicado buena parte de su vida a cuidar de los suyos, merecen después ser cuidados con profesionalidad, con atención y cuidado, la cura hacia los mayores es una cuestión de justicia. Y también, de amor.

Referencias

ABELLÁN GARCÍA, A; ACEITUNO NIETO, P; PÉREZ DÍAZ, J; RAMIRO FARÍÑAS, D; AYALA GARCÍA, A. y PUJOL RODRÍGUEZ, R., **Un perfil de las personas mayores en España 2019**. Indicadores estadísticos básicos, 2019.

ARENDETT, H., *La condición humana*. Barcelona: Paidós, 2005.

ASENSIO FERNÁNDEZ, I. y GÓNGORA GÓMEZ, F., “Aplicaciones de la mediación familiar a los conflictos derivados de la atención a situaciones de dependencia”, *Revista de Mediación*, Vol. 9, N° 1, 2016.

<https://revistademediacion.com/articulos/aplicaciones-la-mediacion-familiar-los-conflictos-derivados-la-atencion-situaciones-dependencia/>

CALDERA YNFANTE, J. E., “Biocracia y derecho fundamental al nuevo orden mundial en la postpandemia COVID-19”, *Utopía y praxis Latinoamericana*, n°25, Extra 4, 2020, p. 33-49.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>

CAMPS, V., *Tiempo de cuidados. Otra forma de estar en el mundo*. Madrid:Arpa, 2021.

CORTINA, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2019.

CORTINA, A., **Ética cosmopolita: Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia**. Barcelona: Paidós, 2021.

EPICURO, *Obras completas*. Madrid: Cátedra, 2001.

GABRIEL, M., *Ética para tiempos oscuros. Valores universales para el siglo XXI*, trad. de Gonzalo García. Barcelona: Pasado & Presente, 2020.

HAN, B. Ch., **Caras de la muerte. Investigaciones filosóficas sobre la muerte**, trad. de Alberto Ciria. Barcelona: Herder, 2020.

HAN, B. Ch., **La sociedad paliativa. El dolor hoy**, [Berlín, 2020], trad. de Alberto Ciria. Barcelona: Herder, 2021.

HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*. trad. de José Gaos, México: FCE, 1986.

JANKÉLÉVICH, V., *La muerte*. Valencia: Pre-Textos, 2002.

INNERARITY GRAU, D., **Ética de la hospitalidad**. Barcelona: Península, 2001.

LEVINAS, E., **Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro**. Valencia: Pre-textos, 2001.

MÈLICH, J.C., *Ética de la compasión*. Barcelona: Herder, 2010.

TIRVIÓ PORTUS, J., “26 May Covid-19 | La responsabilidad penal de las residencias de la 3ª edad por las muertes de residentes.

<https://www.agmabogados.com/covid19-la-responsabilidad-penal-de-las-residencias-de-la-3a-edad-por-las-muertes-de-residentes/>

TORRALBA ROSELLÓ, F., “Constructos éticos del cuidar”, **Enferm Intensiva**, nº11 (39), 2000, p. 136-141.

<http://www.elsevier.es/es/revistas/enfermeria-intensiva-142/constructos-eticos-cuidar-10017627-articulos-especiales-2000>

TORRALBA ROSELLÓ, F., “¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?”, **Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa**, nº 72, 2019, p. 125-133.

Informes

Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las UCIS de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC)

<https://semicyuc.org> › Ética_SEMICYUC-COVID-19

Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (2020). Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias.

<https://www.msbs.gob.es> › ssi › imsero › docs

RESOLUCIÓN relativa a la Atención y Cuidados en las Residencias para personas mayores de Castilla y León ante la pandemia ocasionada por la Covid-19.

Microsoft Word - 11-13_1788_2020.doc (procuradordelcomun.org)

<https://www.elmundo.es/madrid/2020/08/13/5f2bba4821efa07d6f8b4648.html>

<https://www.elmundo.es/espana/2020/12/18/5fdc6a63fdddfc85b8b4578.html>

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21990>

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233

Mediación con Adultos mayores, Comunidad de Madrid, Fundación ATYME, 2018.

https://atymediacion.es/es/mediacion/adultos_mayores

A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DAS PESSOAS IDOSAS PELO DIREITO ECONÔMICO

Francisco de Assis Macedo Barreto

Doutorando no Programa Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense; (CAPES: 31003010158P7). Mestre em Justiça Administrativa (PPGJA – Universidade Federal Fluminense; CAPES: 31003010071P9). Membro do Grupo de Pesquisa Empresa, Direito e Sociedade (CNPq/UFF). Plataforma Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0567383895228804>>

Resumo:

O Direito Econômico trata da aplicação concreta da função heterônoma estatal na Ordem Econômica, como o Direito denomina o sistema econômico, balizando-se pelo adrede standard constitucional, positivamente previsto desta política econômica na Constituição Federal. O Estado Regulador exerce o método da *regulação jurídica* materializando a *regulação econômica* que estuda a interação dos fatores econômicos colimando escoimar as *falhas de mercado*. Identifica-se a *prática abusiva* pelo comércio farmacêutico na venda de medicamentos às pessoas idosas, atraindo a consequencial responsabilização criminal e consumerista (Lei 8.078/1990, art. 6º, IV; art. 51, XV). Tal se dá quando o comércio varejista farmacêutico viola o direito constitucional à *privacidade* dos idosos (CRFB, art. 5º, X) e ao *sigilo de dados* (CRFB, art. 5º, XII) ao condicionar saber o número da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas da Receita Federal da pessoa idosa para conceder abatimento no preço dos remédios.

Palavras-chave: Direito Econômico; Direitos sociais; Idosos; Farmácias.

Introdução

A sociedade brasileira demonstra formalmente que identifica como um valor civilizatório dar tratamento diferenciado protetivo à pessoa idosa quando positivamente expressa, instrumental e normativamente, na sua Constituição Federal, ser seu dever, em responsabilidade concorrente com a família e o Estado, “de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”¹ No constitucionalismo identifica-se a supremacia normativa e valorativa da Constituição como a última fonte de poder dentro do ordenamento

1 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 290.

jurídico, esfera delimitativa do âmbito do Direito (BOBBIO, 1989, 61-2). Por conseguinte, não se adentrará na análise do costumeiro carinho que os portugueses e os brasileiros destinam aos seus idosos, mas que ora se identifica em sede metajurídica como um *plus* aos povos anglo-saxões. Ainda no diapasão dos juristas europeus, identifica-se uma principiologia sistêmica que consagra a supremacia constitucional dentro do ordenamento jurídico em sede de Hermenêutica Jurídica (CANOTILHO, 1992, 218-22). Por conseguinte, considerar-se-á tal previsão legal como um dado posto, - seja um consenso ou seja uma concessão da elite, já que a Constituição Federal de 1988 e suas centenas de emendas não foram fruto de processo revolucionário -, e sendo um valor normatizado se reveste de eficácia por força de exigida atuação heterônoma do Estado brasileiro no sentido de lhe dar concretude. Por tautologia: o Estado brasileiro não pode se eximir de fazer valer concretamente este poder-dever, sob pena de responsabilização patrimonial e pessoal de quem detenha o governo por implemento de omissão.

Do mesmo modo, tampouco os atores integrantes do sistema econômico podem desprezará-lo sob argumentação baseada no exercício do livre mercado. A supremacia da liberdade econômica não se anodiza nem sequer é arranhada pela exigência civilizatória de se respeitar a mitigação natural da capacidade volitiva da pessoa idosa, posto que, ao revés, estar-se-á consagrando o escopo do bem-estar social perfilhado pela Ciência Econômica como propugna seu mainstream.

A ciência econômica

Para avançar-se no tema do Direito Econômico é imprescindível arranhar-se a tez do sistema econômico, seara onde o primeiro trafega desenvolvimento e as vezes genuflexo. Na contemporaneidade o Direito é entendido por parte dos membros da comunidade jurídica de intérpretes como caudatário da Economia e do seu respectivo sistema. Para estes, como não se identifica o Direito sendo estruturado em um sistema, ele não seria Ciência, ao revés da Economia. Por conseguinte, o Direito seria absorvido como uma mera elementar instrumental integrante do sistema econômico. Em consequência, os princípios basilares que o integram, a saber, a *escassez de recursos* e as *ilimitadas necessidades humanas* seriam perfilhados pelo Direito em digressão dos juristas. Mesmo em contraponto suscitado pelos oponentes acólitos da existência da Ciência Jurídica, - portanto que reconhecem o Direito como um sistema -, não se olvida a “inquestionável conexão conceitual e prática” (SANTANA, 2014, 224-236) com a Economia, dando azo à sua “interação sistêmica” (VASCONCELLOS, 2018, 206). Apura-se que se enredem “vínculos da mais completa interdependência” entre a ordem jurídica e a ordem econômica, dado que o Direito não possa abstrair da “matéria econômica, do mesmo modo que a produção e notadamente a circulação das riquezas dependem, estreitamente, de normas jurídicas” (GASTALDI, 1961, 56), contactando com toda a sua

ramificação jurídica-disciplinar.

Neste campo, concebe-se que a sociedade humana seja um sistema que pode ser analisado da ótica de quatro subsistemas principais, a saber, o biológico, o político, o cultural e o econômico. Pelo último subsistema permite-se dizer que se consubstancia em uma ciência social cujo objeto é a motivação do indivíduo e da sociedade na empregabilidade dos recursos produtivos, - sempre escassos -, e para a sua satisfação, na produção de bens e de serviços. As atividades produtivas que geram bens e serviços na sociedade necessitam ser coordenadas sistematicamente na sua distribuição aos consumidores que os desejem e os escolham para que resulte em prosperidade social (KRUGMAN, 2015, 2). Elege-se como medida do sucesso da ordem econômica a capacidade distributiva maior ou menor dos bens e serviços. A *análise econômica* é a ciência social que estuda este sistema, ou seja, o comportamento da Economia em seu conjunto, que se dicotomiza em *economia de mercado* e em *economia de comando* ou *economia planejada* (KRUGMAN; WELSS, 2015, 2).

A economia planejada opera quando há uma autoridade central decidindo sobre o procedimento na coordenação da produção e do consumo dos bens e serviços na sociedade. Pode ser concebida como aquela “economia cujas decisões econômicas fundamentais são tomadas por agentes econômicos públicos”, distinguindo-se das “formas de intervenção pública na economia de mercado, que receberam na literatura econômica, e sobretudo na imprensa, o nome de ‘planificação’” (NAPOLEONI, 1963, 135). Sua primeira análise teórica foi lavrada por Von Mises, que a contesta sob o argumento que a economia planejada seja eivada de irracionalidade quando olvida a elementar escassez, sendo seguido por Hayek e Robbins.

Por seu turno, na economia de mercado as decisões tomadas no nível da coordenação, inclusive sobre a interação da complexa distribuição de bens e serviços, são de origem descentralizada, onde cada “produtor individual faz o que pensa ser mais lucrativo, cada consumidor compra o que escolhe” (KRUGMAN; WELSS, 2015, 2). Não obstante, sob este impulso da satisfação do próprio interesse volitivo o indivíduo é conduzido - ou domado - por meio de uma *mão invisível* (SMITH, 1950), o que acaba por indiretamente também satisfazer os interesses da sociedade em geral, na clássica concepção de Adam Smith. Ressalve-se, porém, que a eficácia deste dogma não é absoluta, esbarrando na chamada *falha de mercado*, aqui ventilada como sendo um distúrbio pela má alocação dos recursos e bens em comprometimento ao bem-estar, o que é objeto de atenção da *análise econômica*.

Esta esfera volitiva de onde emanam as decisões das pessoas produtoras e consumidoras e na qual interagem, inclusive como e porque são tomadas e as suas consequências, assim como a alocação dos recursos escassos entre os variados setores da Economia, é o objeto de estudo da *microeconomia* - no gradiente ou sob o pálio - do poder de condução expressado pela presença da onipresente mão invisível. Ventile-se que nela a Análise Econômica do Direito viceje, - um método hermenêutico consequencialista de inspiração estadu-

nidense (POSNER, 2010) -, hoje trafegando indômito na comunidade jurídica de intérpretes do Brasil (FUX; BODART, 2019).

Entrementes, o viés mais acentuado e contemporâneo da macroeconomia, de interesse do Direito Econômico (GRAU, 2000, 164), foi impulsionado no terceiro decênio do século XX em razão da “queda nos gastos” que desencadeou um desemprego mais acentuado durante um período denominado como a Grande Depressão, espalhando-se para inúmeras economias capitalistas na Europa. Esta motivação, porém, é contestada por Milton Friedman, para quem a “Grande Depressão, semelhante a outros períodos de grande desemprego, foi causada pela incompetência do governo — e não pela instabilidade inerente à economia privada” (FRIEDMAN, 1985, 43) imputando de inepto o Federal Reserve System.

A intervenção na ordem econômica é a materialização, procedida através de políticas governamentais, do desejo de se mitigar os efeitos danosos das flutuações econômicas na sociedade, sejam as expansões ou sejam as retrações. Chamam de “ciclo econômico” ao hiato temporal entre ambos. Na concepção do seminal John Atkinson Hobson, que propugnou a intervenção estatal na economia no desiderato da economia do bem-estar, a “superpoupança e o subconsumo criam ciclos econômicos” (OSER; BLANCHFIELD, 1983, 371). As *recessões*, como são mais conhecidas nas economias contemporâneas, são objeto de estudo e de preocupação da macroeconomia (KRUGMAN; WELLS, 2007, 3), sendo causadoras do recrudescimento das dissoluções dos liames empregatícios, ou seja, as *demissões*, o que os Economistas apelidam de *desemprego* e os Jornalistas reverberam. Na depressão o “pessimismo generaliza-se, os bancos cortam o crédito; as falências aumentam e as instituições financeiras afundam. A suspeita transforma-se em pânico, à medida que os depositantes e investidores tentam retirar seus fundos.” (OSER; BLANCHFIELD, 1983, 371). Não se sabe se a motivação da preocupação da análise econômica em mitigar as desgraças ocorridas nas *depressões* (ou *recessões*) seja humanística ou colime a manutenção e/ou imobilidade das classes do sistema social. Como outrora foi dito, é “evidente que uma coisa é o interesse dos comerciantes individuais, e outra coisa totalmente diferente são os interesses do comércio de uma nação inteira.” (LIST, 1986, 176).

Em verdade, se estamos em sede de sistema, há um desiderato finalístico, e este, na locução de Krugman e Wells, é o de como a sociedade pode “aumentar a quantidade total de recursos produtivos de tal modo que possa alcançar taxas de crescimento mais elevadas e um padrão de vida mais elevado” (KRUGMAN; WELLS, 2007, 470). Este escopo da Ciência Econômica, o *bem-estar* social, coaduna-se com a Ciência Jurídica em especial no gradiente dos Direitos Humanos.

O direito econômico

Impõe-se delimitar o alcance de categorias jurídicas por onde a questão

perpassa, como o Direito Econômico.

Contextualizando o Direito Econômico no Brasil, a *communis opinio doctorum* elege Washington Peluso Albino de Souza (SOUZA, 2017; SOUSA, 2002) na apuração nacional do *status questiones*. Não se olvide, também, outros autores nacionais *economicistas* que desenvolveram e desenvolvem este ramo com igual galhardia, *verbi gratia*, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2011), Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2004), Eros Grau (GRAU, 2000) e contemporaneamente Leonardo Vizeu Figueiredo (FIGUEIREDO, 2014). Imputa-se o nascimento do Direito Econômico como consequência da Primeira Guerra Mundial (MOREIRA, 2019, 3), quando atentou-se para a vinculação entre a produção econômica e a eficiência dos exércitos no *front*.

Fixe-se, desde já, seu assento no Direito Público e a estruturação por elementos informadores da macroeconomia, categoria conexas/comunicante com a Ciência Econômica. Sua autonomia como ramo de Direito se dá pelo implemento de seu objeto, a saber, “o direito aplicado ao fato econômico” (MOREIRA, 2019, 2), o que, porém, se eiva de um parcial indeterminismo, bem como pelo seu desiderato: “traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado” (MOREIRA, 2019, 2), embora suas categorias sejam de difícil sistematização, o que é anatematizado pela heteronomia das políticas públicas.

Relembre-se que a *atividade econômica* também seja compartilhada pela Economia como seu objeto de estudo, visando ambos a regulá-la. Assim, o “direito econômico pode ser concebido como um conjunto de normas que objetivam regular a conduta social, e no que tange à atividade econômica, regulamentá-la” (BASTOS, 2004, 3). Por conseguinte, especificamente aquelas atividades que se compreendem como fenômenos econômicos, a saber, a laboral, a monetária e a creditícia, ficam sujeitas à normatização jurídica finalística. Agregue-se que o Direito Econômico também se constitua em um “fenômeno concorrencial” a par da incidência de “leis regulatórias e/ou de intervenção do Estado no domínio econômico” (BASTOS, 1996, 11).

Sob uma concepção mais dinâmica, entende-se que no gradiente do Direito Econômico sejam partejadas políticas específicas de intervenção do Estado no domínio econômico, que são materializadas por meio de uma normatização que bitola as condutas dos agentes econômicos sob a ameaça do cutelo fiscalizador, regulador e intervencionista no sistema econômico. Não se olvide a tensão dialética e concreta surgida na sociedade entre esta normatização heterônoma e as “regras naturais da ciência econômica” (MOREIRA, 2019, 2), o que parece ser o divisor da zona plúmbea habitada pelos liberais e os não liberais - ou mais ou menos liberais - e entre muitos juristas e não poucos economistas.

A atividade econômica sensibiliza ao Direito Econômico, de modo a não ser extinta por ele em razão e como efeito da sua intervenção na *Ordem Econômica*, posto que, com isso, não seria saciada, mesmo que parcialmente, as ilimitadas necessidades humanas pela produção de bens e serviços. Outro

efeito a ser evitado pela intervenção é não restringir ou anodizar a capacidade volitiva desembargada dos agentes econômicos sobre “o que produzir e o que consumir” (MOREIRA, 2019, 2). Ao revés, advertem os Economistas, estar-se-ia em sede de Economia planificada, quando a propriedade dos meios de produção é coletiva e não privada, submetendo-se a ser “dirigida centralmente por uma única autoridade, à qual cabe a dupla tarefa de elaborar um plano, ao qual cada parte da economia deve se adaptar” (NAPOLEONI, 1988, 173). O busílis é encontrar a dose certa do remédio que não mate o paciente, permita-se o acacianismo. Por conseguinte, as políticas econômicas devem ser limitadas pelo Direito Econômico pela imposição dos dogmas do sistema econômico que seja expressamente adotado pela Constituição Federal.

Sobre a *Ordem Econômica* impõe-se dizer que seja uma categoria expressada pelo tecnicismo jurídico-vocabular que tem sede no Direito Econômico e transcende à Economia, posto que seja constituído por “um emaranhado de relações socioeconômicas que não pode ser deslindado apenas pelas leis de mercado” (BASTOS, 2004, 3) cujos atores anseiam à parametrização pelo Poder Público, embora os adeptos do *laissez faire-laissez passer* entendam o contrário. O liberalismo rechaça a intervenção estatal em qualquer grau no sistema econômico por associá-la ao desprezível totalitarismo governamental. Montesquieu diagnosticou tal idiosincrasia para repeli-la:

Se o estado impõe restrições ao comerciante individual, faz isso no interesse do comércio, em parte alguma o comércio sofre maiores restrições do que nas nações livres e ricas, e em parte alguma está tão pouco sujeito a tais restrições como nas nações governadas por déspotas (MONTESQUIEU, 2011).

Não se olvide que razões ditadas pelo comércio internacional também autorizam a intervenção estatal no sistema econômico nacional e que muitas vezes os agentes econômicos domésticos ignoram estas motivações. Materialmente a *Ordem Econômica* é normatizada e perfilhada em textos legais e em normas e decisões derivadas de órgãos de regulação econômica, sendo compreendida como o sistema econômico adotado no país, ou seja, a sua estrutura.

Repise-se que a *análise econômica* seja uma ciência social que estude o sistema econômico, ou seja, o seu comportamento em seu conjunto (KRUGMAN; WELSS, 2015, 2). Também se lhe reconhece ser uma “técnica criada para a reflexão sobre o fenômeno econômico”, um raciocínio colimando “algum efeito de natureza econômica” computando “todas as variáveis possíveis para que o resultado previsto seja confirmado” (MOREIRA, 2019, 2). A *análise econômica* deve conduzir o agente econômico no escopo da criação e manutenção de uma infraestrutura subjacente ao funcionamento eficiente do sistema econômico. Para tanto, deve-se preterir outros objetivos tais como o fomento da produção e do consumo como também diagnosticar as patolo-

gias da atividade econômica, sopesando os “fatores para se decidir economicamente” (MOREIRA, 2019, 2).

Regulação jurídica

A específica intervenção do Estado no *domínio econômico* colimando dar azo à *política econômica* balizada pelo standard econômico perfilhado pela Constituição de um país é uma elementar do Direito Econômico. Relembre-se que os modelos principais mundialmente usuais, também chamadas de escolas do pensamento econômico, são o capitalismo de livre-mercado, o comunismo e a “a economia de mercado controlada”, que “competiam entre si” (STIGLITZ, 2007, 93). Esta heteronomia específica - se diz específica posto que todo o Direito seja heterônomo - a integra ontologicamente e lhe impregna da autonomia indispensável para se ramificar da cepa da Ciência Jurídica. A imposição estatal de sujeição à livre vontade dos agentes econômicos pode e deve ser graduada em níveis - se se estiver em sede de sistema capitalista -, posto que nele subjaz como substrato um mínimo volitivo exercido pelo *livre mercado*. Em verdade, em uma economia planificada sequer se pode falar em Direito Econômico, mas apenas em Direito Administrativo, onde não sobra muito ou nenhum espaço aos agentes econômicos dentro da esfera da Autonomia da Vontade. O caminho para esta intervenção em um Estado Democrático que se queira de Direito, seja direta ou indireta, seja regulando (incentivando e planejando) ou seja fiscalizando, é através das normas jurídicas, aqui entendidas como um *plus* à legislação que seja fruto de processo legislativo.

Não obstante, entendendo-se o Direito como também constituído por normas e não só por textos legislativos - como o era no primórdio europeu -, foca-se agora no método de que se vale o Estado para materializar a sua vontade soberana nos desígnios do sistema econômico nacional nos gradientes normativo, regulador e fiscalizador. Quando está no exercício funcional deste papel será alcunhado de *Estado Regulador*. De igual forma, também na Economia há uma categoria similar, a saber, o ramo da *regulação econômica* que estuda a interação dos fatores do sistema econômico, como por exemplo, os preços, os produtos oferecidos, suas quantidades, as empresas, os trabalhadores, o Estado, os produtores e os consumidores, no desiderato de sanar, anodizar ou prevenir as potenciais ou concretas *falhas de mercado*.

O caminho da materialização instrumental da *regulação econômica* se dá pela categoria jurídica da *regulação jurídica*, partejada para sanar anormalidades que estejam eivando a livre-concorrência do sistema econômico, como, *verbi gratia*, práticas comerciais abusivas de agentes econômicos poderosos, em prejuízo não só do mercado como de toda a sociedade. Identifica-se como dúplice o exercício do papel do Estado Regulador da atividade econômica, posto que “ora perfar-se-á por meio da indução (incentivo e planejamento), ora através de direção (fiscalização e controle)” (FIGUEIREDO, 2014). Dentro da mesma empa doutrinária - de escol - é a exauriente conceituação da

regulação jurídica, tanto no aspecto objetivo como no subjetivo:

Sob um aspecto subjetivo, pode-se conceituar a regulação como o *processo estatal de normatização, de fiscalização, de incentivo, de planejamento e de mediação da atividade econômica dos particulares, conjugando os interesses privados destes com os interesses público e coletivo envolvidos no ciclo econômico do respectivo mercado.*

Assim, da junção dos dois aspectos conceituais acima delineados, a *regulação se trata de toda medida estatal, envidada no sentido de garantir a prevalência dos princípios da ordem econômica, bem como do respectivo interesse coletivo, a fim de efetivar a observância das políticas públicas norteadoras do planejamento econômico e social.* (FIGUEIREDO, 2014).

A estrutura da regulação se orienta pela principiologia constitucional firmada pela/e na Ordem Jurídica, que, seguindo o modelo capitalista, assegura o exercício da iniciativa privada e da liberdade de concorrência e à autorregulação. Assim se subsumindo, a regulação deve se circunscrever ao saneamento das *falhas de mercado* que podem ser adrede identificadas em tipos e agregadas à ocorrência de “uma insatisfação social e politicamente inaceitável (condição política)” (FIGUEIREDO, 2014). Pode-se elencá-las e nomeá-las a partir de abalizada doutrina pelas locuções: Deficiência na concorrência; Deficiência na distribuição dos bens essenciais coletivos; Externalidades; Assimetria Informativa; Poderio e Desequilíbrio de Mercado (FIGUEIREDO, 2014).

Conclusão

A Ciência Econômica dicotomiza-se em microeconomia e macroeconomia, tratando esta última da intervenção estatal em maior ou menor grau no sistema econômico no escopo da melhor distribuição dos bens escassos na sociedade. O Direito Econômico trata e normatiza a aplicação concreta desta função heterônoma exercitada na Ordem Econômica, como o Direito denomina o sistema econômico, balizando-se pelo adrede standard constitucional, expressa e positivamente previsto desta política econômica na Constituição Federal. Neste papel de Estado Regulador exercita-se o método da *regulação jurídica* materializando a *regulação econômica* que estuda a interação dos fatores econômicos colimando escoimar as *falhas de mercado*. O sistema econômico se pauta pelos princípios da Ciência Econômica materializados em dogmas dos quais sobressai o chamado *livre-mercado*. O ordenamento jurídico pátrio o denomina de *livre iniciativa* (CRFB, art.1º, IV; art. 170, *caput*). A graduação desta liberdade é balizada pela política econômica adotada na Constituição do país, oscilando entre os modelos do máximo e do mínimo planejamento, o que deve ser rigorosamente obedecido pelos governantes.

No Estado Democrático brasileiro a Constituição da República Federativa prevê em seu Preâmbulo ser destinado ao “exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o *bem-estar*, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista

e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Também agrega neste escopo respeitar a “dignidade da pessoa humana” como um valor fundamental ao lado da promoção do bem de todos, sem preconceitos de *idade* ou quaisquer outras formas de discriminação (CRFB, art. 1º, III; art. 3º, IV). Por outro lado, a Ordem Econômica também “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” observado o princípio consubstanciado na defesa do consumidor (CRFB, *caput*, art. 170, V). Relembre-se que os sistemas são estruturados em princípios, sendo que:

Na perspectiva tópico-sistemática conceitua-se o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizável de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.” (FREITAS, 2010, 272).

A proteção da dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, III), no viés específico da pessoa idosa (CRFB, art. 230), encontra-se positivado pela legislação infraconstitucional no disposto no inciso I do artigo 3º da Lei 8.842/1994; nos disposto nos artigos 2º, 3º, 9º e 10º da Lei nº 10.741/2003, revelando que a sociedade brasileira a eleva ao patamar de um valor civilizatório que deva ser resguardado.

Logo, no sopesamento da tensão concreta entre o exercício do Direito Econômico (CRFB, art. 24, I) no seu gradiente da prevalência das razões do Livre Mercado (Lei 13.874/2019, ementa) com a dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, III), no viés específico da pessoa idosa (CRFB, art. 230; Lei 8.842/1994, art. 3º, I; Lei nº 10.741/2003, art. 2º, art. 3º, art. 9º, art. 10), pondera-se pela predominância formalmente obrigatória da última, posto que a proteção da pessoa idosa qualificada como consumidora não nulifica em nenhum grau a existência plena do *livre-mercado*. O exercício do *poder regulador* da Ordem Econômica atrela-se ao valor da *dignidade da pessoa humana* (CRFB, art. 1º, III), no viés específico da pessoa idosa, implementando “ações para evitar abusos e lesões a seus direitos” (Lei 8.842/1994, art. 10, VI, *b*).

Agrega-se nesta conduta o estigma da *prática abusiva* de aproveitar-se da fraqueza ou ignorância do consumidor idoso e/ou adoentado (Lei 8.078/1990, art. 39, IV), omitindo-se, em quebra da boa-fé, no dever de dar ciência ao idoso do compartilhamento dos dados (Lei 8.078/1990, art. 43, §2º).

Nesta toada, identifica-se a *prática abusiva* pelo comércio farmacêutico na venda de medicamentos às pessoas idosas em violação ao direito constitucional à *privacidade* do idoso (CRFB, art. 5º, X) e ao *sigilo de dados* (CRFB, art. 5º, XII) quando o primeiro condiciona saber o número da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas junto à Receita Federal do Brasil da pessoa idosa para conceder - ou dizer que vai - abatimento no preço dos remédios. Por

meio desta exigência os empresários farmacêuticos colimam compartilhar sub-repticiamente os *dados pessoais sensíveis* - sem o consentimento da pessoa idosa, violando a sua privacidade (Lei 13.709/2018, art. 2º, I; art. 5º, II; art. 17) - com as Seguradoras de Saúde (Lei 9.656/1998), para que adrede conheçam as doenças pré-existentes ou as que seus segurados estejam padecendo para preterir-los nas coberturas indenizatórias.

Acresça-se que tal exigência não goza de amparo legal, posto que a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas não se constitua em um documento de identificação social, mas se destine unicamente a identificar o contribuinte quando da ocasião da incidência do recolhimento do Imposto sobre a Renda (Instrução Normativa RFB nº 1.548/2015; Lei 4.862/1965; Decreto-lei 401/1968).

Os verdadeiros fins sociais da Ciência Econômica - não limitada ao *lucro* das empresas - e a principiologia que compõe o microssistema do Direito do Consumidor e o subsistema dos Direitos Humanos sob incidência transversal da principiologia dos Direitos Sociais do Idoso antagonizam-se com esta prática comercial heterodoxa, passível de responsabilização criminal e consumérista (Lei 8.078/1990, art. 6º, IV; art. 51, XV).

Não obstante, constata-se empiricamente a inoperância das agências reguladoras e demais entidades de proteção ao idoso e a ineficácia do método sancionatório de cominação aparente de multas às farmácias inscritas no rol da Dívida Ativa da Fazenda e a consequencial e costumeiramente infrutífera cobrança judicial por meio de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980).

Por conseguinte, cogita-se como solução para a elisão desta prática abusiva em face das pessoas idosas a instrumentalização mais efetiva da Lei de Economia Popular (Lei 1.521/1951) no seu gradiente criminal. A prisão em flagrante delito (CPP, art. 302) pela Polícia Civil das pessoas dos sócios (inclusive os ocultos) e dos gerentes (CLT, art. 62, II) na ausência dos primeiros, pela subsunção à prática abusiva tipificada como crime de preterição de comprador ou freguês (Lei 1.521/1951, art. 2º, II), em razão da espetacularização, dentro de uma sociedade de consumo-midiática, rompe a continuidade da prática delitiva pela redução da clientela específica das pessoas idosas.

Referências

BASTOS, Aurélio Wander. **Estudos Introdutórios de Direito Econômico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos editora, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Traduzido por Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. Tradução de *Teoria Dell'Ordinamento Giuridico*.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**; Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019, institui a *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*; estabelece

garantias de livre mercado;(…); Decreto 10.609 de 26 de janeiro de 2021, institui a *Política Nacional de Modernização do Estado e o Fórum Nacional de Modernização do Estado; etcaetera.*

CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina. 5ª ed., 2ª reimpressão, 1992.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Medeiros Editores, 2010.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Traduzido por Miguel Colasuonno. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de Economia Política**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1961.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

KRUGMAN, Paul; WELSS, Robin. **Macroeconomia**. 3ª edição. Traduzido por Regina Célia Simille de Macedo, Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Traduzido por Helga Hoffman. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. Tradução de *Economics*.

LIST, Georg Friedrich. **Sistema Nacional de Economia Política**. Tradução de Luís João Baraúna. 1855. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Livro Vigésimo, Capítulo XII. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MOREIRA, Mauro. **Direito Econômico**. Instituto Fórmula. 2019. Disponível: <<https://www.institutoformula.com.br/>>. Acesso em: 02/02/2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: O Direito Administrativo em Tempos de Globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NAPOLEONI, Cláudio. **O Pensamento Econômico Do Século XX**. Tradução de Aloísio Teixeira. São Paulo: Círculo do Livro, 1963. Traduzido de *Il Pensiero Economico del 900*.

OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William C. **História Do Pensamento Econômico**. Tradução de Carmem Terezinha Santoro dos Santos. São Paulo: Atlas, 1983.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Traduzido de: *Lam, Pragmatism and Democracy* (1ª edição).

SMITH, Adam. **Inquérito Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações**. Traduzido por Luís Cristóvão de Aguiar. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1950.

SANTANA, Héctor Valverde. **Análise Econômica Do Direito: A Eficiência da**

Norma Jurídica na Prevenção e Reparação de Danos Sofridos Pelo Consumidor. Artigo. *In* Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, Vol. 4, nº 1, janeiro-junho 2014. p. 224-236. ISSN 2236-1677, DOI: 10.5102/rbpp.v4i1.2698.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 6ª edição, 2017; SOUSA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

STIGLITZ, Joseph. **Globalização: Como Dar Certo**. Traduzido por Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia Das Letras, 2007. Traduzido de *Marketing Globalization Work*.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento Sistêmico: O Novo Paradigma da Ciência**. Campinas -SP: Papirus, 2018.

A VULNERABILIDADE DO IDOSO NA ERA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA

Diana Georges Freiha

Mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá

Resumo:

Frente a um mundo globalizado, a sociedade se depara com ferramentas digitais que expõem em questões de segundos seus dados pessoais, ora de forma não autorizada, ora para fins diversos do que fora inicialmente pretendido. Percebe-se que os dados pessoais passaram a serem monetizados pelo mercado, tornando os indivíduos vulneráveis à prática cada vez mais costumeira de coleta de dados. Daí a importância do presente trabalho que tem por escopo analisar como a redução da capacidade funcional do idoso, torna-o mais suscetível a fraudes e práticas abusivas nas relações da era digital. Logra repouso dizer que a vulnerabilidade deles resta evidente em diversos aspectos e isto acaba ocasionando eventos indesejados em sua vida. Diante do atual cenário, destaca-se a necessidade de uma postura mais ativa tanto por parte do Estado quanto pela sociedade para salvaguardar-lhe do uso indevido de seus dados.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Idoso; Estado; Capitalismo de vigilância; Proteção de dados

Introdução

A coleta e a disponibilização de dados pessoais tiveram crescimento significativo nestes últimos tempos. Corrobora tal fato, a farta disponibilização de dados que os indivíduos lançam na rede em escala global. Contudo, isso fez crescer o cuidado com a privacidade das pessoas, principalmente, frente ao constante fluxo transfronteiriço de dados. Daí urge a necessidade cada vez maior de se equilibrar o direito à proteção das liberdades individuais por um lado, e de outro, o cuidado em se manter o livre fluxo de dados pessoais que fomenta, indiscutivelmente, o livre comércio internacional. Faz-se mister destacar, contudo, que o desenvolvimento tecnológico e a tutela da pessoa humana devem andar lado a lado, de forma que o avanço da tecnologia não comprometa os direitos fundamentais dos indivíduos.

Em vista disso, destacamos os ensinamentos de Danilo Doneda:

...a tecnologia operou a intensificação dos fluxos de informação e, conseqüentemente, de suas fontes e seus destinatários. Essa mudança, a princípio quantitativa, acaba por influir qualitativamente, mudando a natureza e o eixo de equilíbrio na equação entre poder-informação-pessoa-controle. Isso implica a necessidade de conhecer a nova estrutura de poder vinculada a essa nova arquitetura informacional. (Doneda, 2021, p. 35)

Os dados pessoais e o capitalismo de vigilância

Notadamente, diante do acirrado mercado competitivo, as empresas cada vez mais almejam incessantemente o lucro, mas para que elas alcancem seus objetivos, as organizações monetizam os dados, ou seja, transformam o dado em produto mercadológico que passa a ser comercializado no mercado. Vigora o chamado *capitalismo de vigilância*. Faz-se necessário enfatizar que os dados pessoais ao serem digitados, geram dados comportamentais e estes passam a nortear as decisões das empresas ao oferecer determinado produto ou serviço. Como se pode perceber claramente, a organização dos dados passa a gerar riquezas para tais organismos.

Quadra mencionar ainda que o comportamento humano é transformado em dado que alimenta as máquinas e isso acaba gerando predições que são negociados nesses mercados futuros.

Shoshana Zuboff nos diz sobre capitalismo de vigilância:

O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como *superávit comportamental* do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “inteligência de máquina” e manufaturado em *produtos de predição* que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de *mercados de comportamentos futuros*. Os capitalistas de vigilância têm acumulado uma riqueza enorme a partir dessas operações comerciais, uma vez que muitas companhias estão ávidas para apostar no nosso comportamento futuro. (Zuboff, 2020, p. 18-19)

Vale ressaltar, ainda, que estes produtos de predição que são objetos em mercados de comportamento futuro não se restringem apenas a anúncios on-line como bem observa Zuboff:

Hoje os produtos de predição são negociados em mercados futuros comportamentais que se estendem além de anúncios on-line com alvos específicos para abranger muitos outros setores, incluindo o de seguros, as lojas de varejo, o ramo das finanças e uma gama cada vez mais ampla de empresas de bens e serviços determinadas a participar dos novos e lucrativos mercados. (Zuboff, 2020, p. 21)

Destaque-se, contudo, que os clientes do capitalismo de vigilância não são as pessoas que se utilizam destes produtos ou serviços, mas sim as empresas. Como bem explica a autora:

...Nós não somos os “clientes” do capitalismo de vigilância. Embora se diga que “se for de graça, então o produto é você”, essa afirmativa também é incorreta. Nós somos as fontes do superávit crucial do capitalismo de vigilância: os objetos de uma operação de extração de matéria-prima tecnologicamente avançada e da qual é cada vez mais impossível escapar. Os verdadeiros clientes do capitalismo de vigilância são as empresas que negociam nos mercados de comportamento futuro. (Zuboff, 2020, p. 21- 22)

Intenta-se refletir que o comportamento do indivíduo acaba sendo emoldado, ou seja, o comportamento humano passa a ser guiado conforme os ditames de terceiros e não de acordo com suas vontades ou necessidades. As necessidades da pessoa passam para segundo plano, tomando seu lugar as incontáveis sugestões que a máquina gera e põe a disposição do indivíduo. Como bem leciona a autora (2020, p. 19): “Dessa maneira, o capitalismo de vigilância gera uma nova espécie de poder que chamo de *instrumentarismo*. O poder instrumentário conhece e molda o comportamento humano em prol das finalidades de terceiros.”

Ensina a autora que o poder do capitalismo impõe sua vontade aos indivíduos através de um aparato digital. Zuboff compreende o *instrumentarismo* como sendo um novo tipo de poder.

O capitalismo de vigilância é o titeriteiro que impõe sua vontade por meio do aparato digital ubíquo. Agora dou ao aparato o nome de *Grande Outro*: é o fantoche perceptível, computacional, conectado que renderiza, monitora, computa e modifica o comportamento humano. O Grande Outro combina essas funções de saber e fazer para conseguir um *meio de modificação comportamental* penetrante e sem precedentes. A lógica econômica do capitalismo de vigilância é direcionada pelas capacidades do Grande Outro de gerar poder instrumentário, substituindo a engenharia de almas por engenharia de comportamento. (Zuboff, 2020, p. 427)

A vulnerabilidade do idoso

Diante do que foi dito, verifica-se a irrefutável vulnerabilidade que acomete o indivíduo, particularmente o idoso, pauta do nosso trabalho e da nossa atenção, que terá a sua situação agravada devido a diversos aspectos que caracterizam e expõem suas vulnerabilidades diante do contexto moderno marcado pelo emprego cada vez mais crescente de tecnologias. Nesse cenário vale ressaltar que quando a pessoa fica idosa, ela passa por uma fase em que se notam modificações biopsicossociais que interferem em sua vida. Essas modificações desencadeiam vulnerabilidades que comprometem suas habili-

dades. Ficam expostos a riscos ambientais e sociais, o que acaba ocasionando eventos indesejados e muitas vezes catastróficos em sua vida.

Visando a trazer algum contributo à presente discussão, urge destacar que as pessoas idosas revelam desinformação diante de assuntos jurídicos que são escorados por um linguajar muitas das vezes regado por certa tecnicidade e, por conseguinte, de pouca acessibilidade para elas. Além disso, mostram desinformação diante de matéria que tem como objeto temas contratuais e econômicos, o que agrava ainda mais a situação deles diante do atual mundo globalizado. Vislumbra-se que muitas das vezes a falta de atenção ao navegar na rede, quando estimulado por mensagens tendenciosas, acabam por influenciá-los a terem comportamentos que podem acarretar-lhes danos.

Podemos citar, como exemplo, o caso dos inúmeros sites que sugerem produtos e serviços já programados a fim de atender a necessidade do usuário, que em dado momento anterior demonstrou interesse em determinado bem e serviço ao navegar pela internet e que agora a empresa já ciente das predições do indivíduo, atua no chamado *mercado de comportamento futuro*. Os idosos na grande maioria das vezes e de forma automática acabam concordando com os termos de uso sem depreender bem as informações contidas nestes termos e qual será o destino das informações que digitam. Não se pode obliterar que se está distante da ideia de um consentimento voluntário e esclarecido, muito pelo contrário, o simples fato de ter um serviço a sua disposição já é mais do que suficiente para ele aceitar todos os termos de uso para poder usufruir da contraprestação disponível para ele.

Por isso a importância do tema. Temos por objetivo analisar como a redução da capacidade funcional do idoso, torna-o mais suscetível a fraudes e práticas abusivas nas relações da era digital.

É importante mencionar, que com a idade, constata-se a inevitável redução da capacidade funcional do indivíduo. Entretanto, promover a inclusão digital do idoso é um exercício de cidadania, visto que sua a inclusão do idoso na era digital traz enormes benefícios para o envelhecimento saudável, pois, proporciona uma maior autonomia, facilita nas suas tarefas diárias além de gerar uma sensação de bem-estar ao idoso. Com isso, reduzirá os riscos de doença, evitando, por conseguinte, doenças como ansiedade e depressão. Em suma, melhorará sua qualidade de vida ao permitir que se relacione com amigos e com a família, sendo, pois, uma ferramenta de inclusão social, além, é claro, viabiliza a busca por novos conhecimentos.

Em contrapartida, o idoso fica mais exposto a crimes cibernéticos por falta de conhecimentos técnicos. A falta de conhecimento técnico aliada ao desconhecimento jurídico acabam por comprometê-lo e deixá-lo ainda mais vulnerável.

Para se compreender melhor a definição de vulnerabilidade técnica, destacamos os ensinamentos do professor Cavalieri:

A vulnerabilidade técnica decorre do fato de não possuir o consu-

midor conhecimentos específicos sobre o processo produtivo, bem assim dos atributos específicos de determinados produtos ou serviços pela falta ou inexatidão das informações que lhe são prestadas. É o fornecedor quem detém o monopólio do conhecimento e do controle sobre os mecanismos utilizados na cadeia produtiva. Ao consumidor resta, somente, a confiança, a boa-fé, no proceder honesto, leal do fornecedor, fato que lhe deixa sensivelmente exposto. (Cavaliere, 2008, p. 40)

Preleciona ao falar da vulnerabilidade jurídica:

A vulnerabilidade jurídica ou científica resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que respeita a quem recorrer ou reclamar; a falta de assistência jurídica, em juízo ou fora dele; a dificuldade de acesso à Justiça; a impossibilidade de aguardar a demorada e longa tramitação de um processo judicial que, por deturpação de princípios processuais legítimos, culmina por conferir privilegiada situação aos réus, mormente os chamados litigantes habituais. (Cavaliere, 2008, p. 41)

Leciona, ainda, com exatidão ao falar sobre a vulnerabilidade fática:

A vulnerabilidade fática é a mais facilmente perceptível, decorrendo da discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agentes econômicos – detentores dos mecanismos de controle da produção, em todas as suas fases, e, portanto, do capital e, como consequência, de *status*, prestígio social – e a condição de hipossuficiente dos consumidores. (Cavaliere, 2008, p. 39)

Vale frisar, contudo, que proteger o idoso das ações maléficas que a tecnologia pode causar, não é privá-lo da mesma e sim tornar seu acesso viável e sempre de forma consciente e segura. E como o Estado poderá fazer isso? Promovendo políticas públicas de inclusão social de forma a permitir ao idoso o uso de ferramentas de forma que ele possa usufruir sem maiores danos, primando pela sua própria segurança e de seus bens. E, ainda, aplicando sanções mais duras a quem por algum motivo lesar o direito do idoso, aproveitando-se de sua vulnerabilidade e da sua falta de habilidade técnica.

Como se pode perceber pela leitura ao Art. 2º da Lei 10741/2003 que trata do Estatuto do Idoso, percebe-se uma preocupação em se garantir os direitos fundamentais ao idoso de forma a garantir condições de liberdade e dignidade:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

E ainda de maneira diligente o Art. 55, J, VI da Lei 13709/2018 que trata da Lei Geral de Proteção de Dados preocupou-se em versar sobre políticas públicas sobre proteção de dados pessoais.

Art. 55-J. Compete à ANPD: (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019):
VI-promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança;

Os direitos da pessoa idosa são abalizados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Eles têm o direito de envelhecer com dignidade, e para isso devem ser resguardados de qualquer ato que seja desumano. Frise-se que viabilizar condições para uma vida digna deve ser o escopo não só do Estado, mas também da sociedade e das empresas.

Sensível a este tema, a Lei geral de proteção de dados também se preocupou em prestigiar e amparar os direitos do idoso ao dispor em seu Art. 55-J da Lei 13709/2018:

Art. 55-J. Compete à ANPD: (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019):
XIX - garantir que o tratamento de dados de idosos seja efetuado de maneira simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento, nos termos desta Lei e da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso); (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

Percebe-se o zelo em tratar os dados do idoso de forma acessível ao seu entendimento, pois com relação ao idoso as deficiências suportadas por ele são mais eminentes em relação a outro indivíduo.

No Estado Democrático de Direito cabe ao Estado a responsabilidade em manter as garantias e os direitos fundamentais de todos. Notadamente, a Democracia é regida por disposições contidas na Constituição Federal que apontam quais os direitos fundamentais que devem ser assegurados a todo cidadão.

Como bem assinala Alexandre de Moraes (2003, p. 60): “... Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata...”

Desta forma, saliente-se, que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Como está assentado no art. 1º, III da CR/88:

Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III - a dignidade da pessoa humana;

Como aponta Rizzatto Nunes (2013, p. 176): “A dignidade da pessoa

humana – e do consumidor - é a garantia fundamental que ilumina todos os demais princípios e normas e que, então, a ela devem respeito, dentro do sistema constitucional soberano brasileiro”.

E ainda Rizzatto Nunes completa sua lição dizendo:

É ela, a dignidade, o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional. A isonomia, como demonstraremos, servirá para gerar equilíbrio real, visando concretizar o direito à dignidade. Mas, antes, há que se fazer uma avaliação do sentido de dignidade. (Nunes, 2013, p. 64)

Diante dessa perspectiva, vê-se a necessidade de se proteger os Direitos Humanos na busca incessante de uma sociedade mais equidosa que vela pela deferência às liberdades fundamentais, tão caras ao homem.

Destaque-se inclusive a importância da privacidade diante do princípio da dignidade da pessoa humana. Como assevera Doneda:

A privacidade assume, portanto, posição de destaque na proteção da pessoa humana, não somente tomada como escudo contra o exterior – na lógica da exclusão – mas como elemento indutor da autonomia, da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral. Nesse papel, ela é pressuposto de uma sociedade democrática moderna, da qual o dissenso e o anticonformismo são componentes orgânicos. (Doneda, 2021, p. 131)

Vale dizer que a privacidade é de grande relevância para uma sociedade democrática, uma vez que constitui um pré-requisito para promover outras liberdades fundamentais aos indivíduos. Em outra passagem o autor também destaca a importância da privacidade:

É própria do nosso tempo a preocupação com a privacidade e sua garantia. O direito abordou durante muito tempo o tema pela sua associação à busca de alguma forma de isolamento, refúgio ou segredo. A formação do conceito de privacidade, no entanto, aponta para elementos relacionados a necessidades diversas, como a busca da igualdade, da liberdade de escolha, do anseio em não ser discriminado, entre outros. E, ainda, a privacidade está fortemente ligada à personalidade e ao seu desenvolvimento, para o qual é elemento essencial, em uma complexa teia de relações ainda a ser completamente vislumbrada pelo direito e pelas ciências sociais. (Doneda, 2021, p. 29)

Guilherme Peña de Moraes também fala do direito à privacidade:

O direito à privacidade é relativo à convivência entre as pessoas humanas, delimitada por três esferas concêntricas e sobrepostas. Na esfera social, as pessoas humanas procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros da sociedade, comportando os fatos que são suscetíveis de conhecimento por todos.

Na esfera privada, as pessoas humanas procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros de uma comunidade, compreendendo os fatos que podem ser compartilhados com um número restrito de pessoas. (Moraes, 2010, p. 532)

Na mesma toada percebe-se que os indivíduos quedam-se cada vez mais a se tornarem impotentes diante dos princípios e normas que regem o mercado, uma vez que detentores de pouca, ou até por diversas vezes nenhuma informação, não possuem ferramentas aptas a promover e impor seu direito, encontrando-se, por conseguinte, submissos aos que detém o poder em uma relação mercadológica. Vislumbra-se, conseqüentemente, a inaptidão para atuar em pé de igualdade frente, por exemplo, a de fornecedores de produtos e serviços.

Não se pode olvidar que há pouco tempo foi aprovada pelo Senado a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/2019. Esta PEC fez com que a proteção de dados pessoais seja considerada como um direito fundamental, abarcando até mesmo os dados pessoais inseridos nos meios digitais. Corroborando assim a importância do tema em resguardar os direitos do indivíduo.

Vale ressaltar também, que a autodeterminação informativa é um dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. Em um momento em que se percebe uma circulação descontrolada de informações, o direito do titular em acompanhar e controlar o fluxo de seus dados viu-se protegida pela Lei Geral de Proteção de Dados, conforme se verifica no Art. 2º, II, Lei 13709/2018.

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

II - a autodeterminação informativa;

Considerações finais

Percebemos que frente a um mundo globalizado, os dados pessoais passaram a serem monetizados pelo mercado tornando os indivíduos mais vulneráveis. A pauta de nossa preocupação é o idoso que é considerado vulnerável diante do mercado atual. E caberá ao Estado promover políticas públicas de modo a resguardá-lo da prática cada vez mais costumeira nesse mercado de alta competitividade. Com isso resguardando os direitos fundamentais que são tão valiosos ao cidadão.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30mai2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019**. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição

Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594> . Acesso em: 15 nov.2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 15 de novembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em 15 de novembro de 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZUBOFF, Shoshana, 1951 - **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**; tradução George Schlesinger. 1 ed, Rio de Janeiro: intrínseca, 2020

Senado Federal aprova Proposta de Emenda à Constituição 17 (PEC 17/2019) que inclui a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais. <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/senado-federal-aprova-proposta-de-emenda-a-constituicao-17-pec-17-2019-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-no-rol-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em 22 de novembro de 2021.

OBSTÁCULOS À DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS ENQUANTO NEGAÇÃO PELO ESTADO DA DIGNIDADE HUMANA ÀS COMUNIDADES TRADICIONAIS

Flávia Alvim de Carvalho

Mestranda em Teoria do Direito e da Justiça pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especialista em Direito Público e Internacional. Secretária da Comissão Estadual de Direito Ambiental da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Espírito Santo.

Resumo:

O presente trabalho almeja apresentar, por meio de revisão crítica de literatura, da análise da legislação e jurisprudência brasileiras, assim como de decisões e recomendações internacionais, reflexões sobre o reconhecimento e a demarcação das terras indígenas enquanto direito humano e fundamental. O direito coletivo à terra dos povos indígenas é direito originário, legítimo em si mesmo, preexistente à ordem constitucional. São direitos supraestatais e, por isso, não podem ser fragmentados e eliminados. Os conflitos contra os originários comprovam expulsões, deslocamentos forçados e o extermínio de comunidades inteiras, endossados, conforme documentos apresentados pela Comissão Nacional da Verdade, pelo próprio Estado. Os direitos dos povos originários estão, portanto, sendo historicamente violados. É preciso que as relações jurídicas aconteçam de forma honesta em respeito à própria (r)existência e dignidade desses povos, à memória e à verdade.

Palavras-chave: Demarcação de terras indígenas; Estado; Direitos Humanos; Biopolítica; Indigenato.

I. Introdução

Inicialmente, faz-se importante distinguir direito indígena de direito indigenista, ambos referentes aos “direitos dos povos indígenas”, suas comunidades e organizações. O direito indígena é aquele identificado com os costumes, línguas, crenças, organizações e sistemas de resoluções de conflitos provenientes das tradições de uma multiplicidade de povos que já habitavam esse território antes do processo de exploração do Oceano Atlântico pelos europeus ao longo do século XV, conhecido como Grandes Navegações. Pos-

teriormente, com o extermínio e domínio dos povos indígenas e com a invasão das novas terras, práticas antigas de um direito comunitário, nativo e consuetudinário, foram desconsideradas e esse território que conhecemos por “Brasil”, passa a ser conduzido como “nação”, reduzindo a diversidade à um tipo único de idioma e espécie de organização. Toda essa estruturação do Estado imposta pelos colonizadores, sem o reconhecimento do direito consuetudinário dos povos originários (considerados “povos sem Deus e sem Lei”), engendra um conjunto de normas elaboradas pelos “não-índios” para os “índios” e constrói o que denominamos direito indigenista, datando do período colonial suas primeiras normatizações.¹

O estudo sobre os obstáculos à demarcação das terras indígenas apresentado neste trabalho é motivado, portanto, pela leitura crítica dos direitos humanos, enquanto lutas diárias, cotidianas, enfrentadas há séculos pelos povos originários, constantemente expulsos de suas terras, submetidos aos interesses do mercado e expostos a conflitos injustos com a “civilização”.

O trabalho é dividido em três partes, sendo a primeira dedicada ao curso da memória e à verdade, onde se defende que o alcance de uma consciência política e jurídica justa depende, necessariamente, do enfrentamento do caráter histórico das desigualdades. Como ensina Reyes Mate, *“Todos heredamos el pasado, sólo que unos heredan las fortunas y otros, los infortunios”*.²

Em sequência, é abordado o tema do indigenato, que apesar de contar com variadas fontes bibliográficas na literatura nacional, prevalecem os argumentos apresentados no parecer do Professor José Afonso da Silva, relacionando o direito originário às terras indígenas à sua própria identidade.

Por fim, a demarcação das terras indígenas é analisada enquanto direito humano e fundamental e o que denominamos de desonestidade histórica é demonstrado e combatido na tese do marco temporal.

II. Memória, verdade e as vítimas da civilização

“Nossas terras são invadidas, nossas terras são tomadas, os nossos territórios são invadidos... Dizem que o Brasil foi descoberto; o Brasil não foi descoberto não, Santo Padre. O Brasil foi invadido e tomado dos indígenas do Brasil. Essa é a verdadeira história que realmente precisa ser contada.”³

O alcance de uma consciência jurídica e política justa diante do “Outro”

1 AMADO, Luiz Henrique Eloy. **Terra Indígena e legislação indigenista no Brasil**. Caderno de Estudos Culturais, UFMS, v. 7, n. 13, p. 65-84, 2015.

2 Mate, Reyes. **La Herencia del Olvido: ensayos em torno a la razón compasiva**. Madrid: Errata naturae editores, 2008, p. 31

3 Marçal Tupã’i, líder Guarani – Nhandeva, em discurso direcionado ao Papa João Paulo II, por ocasião de sua visita ao Brasil, em 1980. Há quase 40 anos Marçal Tupã foi assassinado por lutar pelo direito dos indígenas à terra, Marçal foi vítima de uma emboscada em novembro de 1983, no Mato Grosso do Sul. Ninguém foi punido.

e diante do mundo depende necessariamente do despertar de um projeto de razão universal amparado na concentração de riquezas, no extrativismo, no machismo e no racismo, no despertar de um sonho iluminista e colonizador que tenta apagar e distorcer a identidade dos povos originários e sua história, sustentando dualismos e ocultando sua luta. Reyes Mate, ao tratar do curso da memória, ou seja, seu significado político, moral e epistêmico, chama atenção sobre *“el equívoco moral de Occidente”*⁴ e lembra que *“nuestro presente está construído sobre los vencidos, que son la herencia oculta”*⁵, ou seja, a memória nos coloca diante da verdade, diante de fatos sem os quais não podemos ser *“sujetos morales”*⁶.

Os povos originários brasileiros, hoje, representam a resistência, nas palavras de Darcy Ribeiro “são remanescentes desse processo secular e terrível de expansão da civilização europeia lançando-se através da violência e ardis sobre os povos indígenas que encontrou por todo o mundo, provocando sobre eles um genocídio e um etnocídio de proporções imensas”⁷, sem precedentes na História. Os povos indígenas, “nas fronteiras da civilização”⁸, foram vítimas de torturas horrendas como chacinas, estupro, doenças, seqüestros de crianças e aculturação, como por ex. a catequização e europeização de seus modos de vida, destruindo e inviabilizando suas línguas, crenças e costumes, entre outras formas de violência, infelizmente ainda hoje sofridas. A colonização geopolítica, enquanto uma verdadeira estratégia de posse e dominação de espaços territoriais, foi limitadora da existência, da cultura e do

4 MATE, op. cit., p. 23.

5 Idem.

6 Idem.

7 RIBEIRO, Darcy. **Falando dos índios**. Rio de Janeiro: Fundação Darcy Ribeiro; Brasília, DF: Editora UNB, 2010, p. 27.

8 Essa expansão da civilização, também, pode ser descrita pela práxis irracional e violenta da Modernidade. Para Dussel, este “mito” pode ser assim descrito: 1. A civilização moderna autodescreve-se como mais desenvolvida e superior (o que significa sustentar inconscientemente uma posição eurocêntrica); 2. A superioridade obriga a desenvolver os mais primitivos, bárbaros, rudes, como exigência moral; 3. O caminho de tal processo educativo de desenvolvimento deve ser aquele seguido pela Europa (é de fato, um desenvolvimento unilinear e à europeia o que determina, novamente de modo inconsciente, a “falácia desenvolvimentista”); 4. Como o bárbaro se opõe ao processo civilizador, a práxis moderna deve exercer em último caso a violência, se necessário for, para destruir os obstáculos dessa modernização (a guerra justa colonial); 5. Esta dominação produz vítimas (de muitas e variadas maneiras), violência que é interpretada como um ato inevitável, e com sentido quase ritual de sacrifício; o herói civilizador reveste a suas próprias vítimas da condição de serem holocaustos de um sacrifício salvador (o índio colonizado, o escravo africano, a mulher, a destruição ecológica etc.); 6. Para o moderno, o bárbaro tem “culpa” (por opor-se ao processo civilizador que permite à “Modernidade” apresentar-se não apenas como inocente, mas como “emancipadora” dessa “culpa” de suas próprias vítimas); 7. Por último, e pelo caráter “civilizatório” da “Modernidade”, interpretam-se como inevitáveis os sofrimentos ou sacrifícios (os custos) da “modernização” dos outros povos “atrasados” (imaturados), das outras raças escravizáveis, do outro sexo por ser frágil etc. DUSSEL, Enrique. Europa, Modernidade e Eurocentrismo. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 30.

próprio movimento plural e multicultural da vida característico das Américas. A origem do individualismo e da propriedade privada, assim como a destruição das relações comunitárias, são características “modernas” e embasaram a imposição do monismo jurídico⁹ e da política nacionalista do Estado à “periferia da Europa” guiada, até então, pelo pluralismo e seu dinamismo.

A conquista de novos territórios resultou da “práxis da dominação” das pessoas, dos povos originários. “Uma vez reconhecidos os territórios, geograficamente, passavam-se ao controle dos corpos, das pessoas: era necessário ‘pacificá-las’ – dizia-se na época.”¹⁰

“A ‘conquista’ é um processo militar, prático, violento que inclui dialeticamente o Outro como o ‘si-mesmo’. O Outro, em sua distinção, é negado como Outro e é sujeitado, subsumido, alienado a se incorporar `a Totalidade dominadora como coisa, como instrumento, como oprimido, como ‘encomendado’, como assalariado (nas futuras fazendas), ou como africano escravo (nos engenhos de açúcar ou outros produtos tropicais).”¹¹

“No Brasil nunca houve uma conquista. Cada grupo indígena teve de ser conquistado por si”¹² e até hoje povos originários sofrem o que há quinhentos anos sofreram seus antepassados nesse vasto território “brasileiro”¹³. A ditadura militar é um fiel retrato dessa sanguinária história de genocídios perpetrados contra esses diversos povos. “Aliás, a relação do Estado brasileiro com os povos originários, desde o período colonial deu-se quase sempre pela presença de militares à frente desse contato. Primeiro pela necessidade de desbravamento do sertão, pela busca de riquezas, ou conquista de novas terras para a colonização”¹⁴, conforme demonstrado no “Relatório Figueiredo”¹⁵,

9 “Constata-se que em momentos distintos de sua evolução – Colônia, Império e República – a cultura jurídica nacional foi sempre marcada pela ampla supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes normativas que já existiam, até mesmo antes do longo processo de colonização e da incorporação do Direito da Metrópole. A condição de superioridade de um Direito Estatal que sempre foi profundamente influenciado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito colonizador alienígena – segregador e discricionário com relação à população nativa- revela mais do que nunca a imposição, as intenções e o comprometimento da sua estrutura elitista de poder.”. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma cultura do direito**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 89.

10 DUSSEL, Enrique. 1492 **O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 43.

11 Ibidem, p. 44.

12 Ibidem, p. 58.

13 As terras que hoje conhecemos como Brasil já eram habitadas por povos originários e, portanto, outros nomes o antecederam. Pindorama foi um nome atribuído por diversos povos indígenas e possui ramificação linguística tupi-guarani, significando “terra das palmeiras”. FULCAXÓ, Nankupé Tupinambá. **Entre cartas, crônicas e textos jornalísticos: o que fizemos com nosso povo?** Camaçari, BA: Pinaúma Editora, 2019, p. 32.

14 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Relatório Figueiredo: genocídio brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 64.

15 Referência à obra do professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “Relatório Figueiredo: genocídio brasileiro”, que nos oportuniza contato com a memória sangrenta da nossa di-

que denuncia um genocídio que mancha de sangue nossa história, revelando como “as populações indígenas estavam posicionadas entre os militares e a realização do maior projeto estratégico de ocupação do território brasileiro”.¹⁶

Nos últimos anos, crescentes conflitos de terras envolvendo o garimpo e a expansão agropecuária na Amazônia brasileira elevaram o número de assassinatos de indígenas, assim como a expulsão e o despejo de comunidades inteiras, chegando, em 2019, ao número recorde de afetados por políticas de exclusão. As pestes, por sua vez, continuam matando, basta olhar para o número de indígenas mortos pela pandemia de COVID – 19 no último ano, sem políticas públicas de enfrentamento direcionadas a esses povos considerados vulneráveis, pois mais suscetíveis ao agravamento dos sintomas do vírus. Sérios levantamentos demonstram a subnotificação de óbitos pelo Ministério da Saúde e o limitado acesso à saúde por parte dessas populações, cooperando para a perpetuação do racismo estrutural e institucionalizado. Ademais, os agentes do Estado são apontados como principal vetor de contaminação, desrespeitando decisões de povos indígenas de auto isolamento, configurando uma biopolítica de extermínio, onde doenças ao invés de serem motivo de vigilância e controle, quarentena, para sua não propagação e, conseqüentemente, proteção da saúde da população, são utilizadas como mecanismos de subtração de forças, armas que provocam um verdadeiro genocídio por não assumir as políticas sanitárias de proteção. O poder de *façon viver e deixar morrer*¹⁷ desenvolve tecnologias de controle sobre a população capazes de intervir para fazer viver, aumentando seu domínio sobre a mortalidade por meio de organismos de coordenação dos tratamentos médicos e políticas de higienização. Esposito, tratando da biopolítica em sua concepção, retoma questão trazida por Foucault, qual seja, “por que é que [...] uma política da vida ameaça sempre transformar-se numa obra de morte?”¹⁸ Este enigma biopolítico para o filósofo italiano está na possibilidade de a biopolítica passar de uma política da vida para uma tanotopolítica, ou política da morte, que tem o nazismo como paradigma,¹⁹ em uma sociedade de normalização.

Levar o vírus aos povos originários brasileiros é uma velha técnica de extermínio desde a época da colonização; denota a morte pela contaminação, traduzida e guiada pelos mesmos objetivos, quais sejam, enfraquecer as lutas cotidianas por direitos indígenas e pela demarcação de suas terras garantidas pela própria Constituição. Representa uma forma de tirar do caminho

tadura e, portanto, com a verdade, “pontuando massacres” e “rompendo silêncios sobre as práticas de violência cometidas pela ditadura militar contra povos indígenas em nosso país”, sobre o “projeto de colonização e desenvolvimento que a ditadura pretendia implantar no país” sabendo que “precisava olhar atentamente para a política praticada pelo Estado, no que se referia à incorporação e demarcação das terras destinadas aos índios”.

16 CRUZ, op. cit.

17 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975 – 1976)**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

18 ESPOSITO, 2010, p. 23.

19 Ibidem.

do “desenvolvimento”²⁰ aqueles que são sujeitos de direitos originários, que atrapalham o *modus operandi* capitalista, sua dinâmica de expansão. Em outras palavras, a existência daqueles povos que resistem e mantêm um estilo de vida alheio ao sistema-mundo-moderno, soa como “pedras nos sapatos” daqueles que exercem a extração ilegal de madeira, a grilagem e a pecuária, devastando florestas e abrindo, ainda, com o garimpo, caminhos para a mineração. Não atoa, o novo relatório da ONU (2021) intitulado *Los pueblos indígenas y tribales y la gobernanza de los bosques*, declarou os povos indígenas como “melhores protetores das florestas em comparação com os responsáveis pelas demais florestas da região”. O relatório afirma que:

“As taxas de desmatamento na América Latina e no Caribe são significativamente mais baixas em territórios indígenas e tribais onde os governos reconheceram formalmente os direitos territoriais coletivos, e melhorar a segurança de posse desses territórios é uma maneira eficiente e econômica para reduzir as emissões de carbono.”²¹

Estamos diante de um sistema que, historicamente, lança sobre os originários todas suas pestes, de uma constante tentativa de que entreguem ao invasor suas terras desde os primórdios da colonização e, historicamente, vinculados a um projeto de Estado metodologicamente estruturado para legitimar a propriedade privada e, por isso, incapaz de proporcionar aos povos originários “proteção eficaz para o drama do enfrentamento com a civilização”²².

III. Indigenato e reconhecimento de direito originário

Diante do exposto, importante compreendermos o indigenato²³, instituto jurídico luso – brasileiro, que teve sua origem no Brasil Colônia e que

20 “Desde meados do século 20, um fantasma ronda o mundo. Esse fantasma é o desenvolvimento. Apesar de a maioria das pessoas seguramente não acreditar em fantasmas, ao menos em algum momento acreditou no ‘desenvolvimento’, perseguiu o ‘desenvolvimento’, trabalhou pelo ‘desenvolvimento’, viveu do ‘desenvolvimento’. E é muito provável que continue assim. (...) O desenvolvimento, enquanto proposta global e unificadora, desconhece violentamente os sonhos e as lutas dos povos subdesenvolvidos. A negação agressiva do que é próprio desses povos foi muitas vezes produto da ação direta ou indireta das nações consideradas desenvolvidas: recordemos, por exemplo, a atuação destrutiva da colonização ou das próprias políticas do FMI”. ACOSTA, Alberto. *O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Editora Elefante, Autônoma Literária, 2016, p. 58.

21 Novo relatório da ONU mostra evidências de que os povos indígenas são os melhores guardiões das florestas da América Latina e Caribe. *Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura*. Disponível em: <https://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/1381024/>. Acesso em 10.08.2021.

22 RIBEIRO, op. cit., p. 59.

23 Argumentos amparados pelo parecer requerido pelos professores da USP Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Rodrigues Barbosa, pela Associação de Juizes pela Democracia, pelo Centro de Trabalho Indigenista, Instituto Socioambiental, Organização dos Índios e Nós e pelo Centro de Estudos Ameríndios da USP, ao ilustre professor José Afonso da Silva.

serviu como instrumento de reconhecimento do direito de posse permanente dos povos originários sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas. Este direito se relaciona com a própria existência desses povos e possui significativo valor de sobrevivência física e cultural, sendo considerado, portanto, direito natural, preexistente ao próprio reconhecimento constitucional.

As Cartas Régias de 30 de julho de 1609 e de 10 de setembro de 1611, promulgadas por Felipe III, marcam o reconhecimento jurídico – formal dos direitos originários, pois afirmam “o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas nos aldeamentos”²⁴:

“Os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fizer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitânias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer.”²⁵

No mesmo sentido, o Alvará de 1º de abril de 1680, declarou que as sesmarias concedidas pela Coroa Portuguesa não poderiam afetar direitos originários dos povos indígenas brasileiros, “primários e naturais senhores” de suas terras e, por isso, isentos de tributos sobre elas.²⁶ A Lei de 6 de junho de 1755, confirmando este instrumento, firma o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre preservado o direito dos povos indígenas.

A Constituição de 1934, foi a primeira a prever o indigenato e em seu artigo 129 previa: “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

A Constituição de 1988, por sua vez, inaugurando um novo paradigma constitucional, trouxe um capítulo destinado aos “índios”²⁷, garantindo-lhes direitos e garantias fundamentais, rompendo com o paradigma da assimilação, integração, incorporação ou provisoriedade da condição de indígena²⁸. Reconhece-se, portanto, por meio do art. 231 da CRFB/88, a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo

24 CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 58.

25 Carta Régia de 10 de setembro de 1611.

26 CUNHA, op. cit, p. 59.

27 A semântica, ainda assim, violenta a identidade do outro: “Dizer ‘índio’ traz consigo o ‘não dito’ que se constrói em torno do preconceito da supremacia branca, europeia, ‘civilizada’ sobre os originários, ‘bárbaros’”. É uma “forma (in)consciente de violência de um ‘eu’ que insiste em desconhecer o infinito que representa o Outro”. (CRUZ, 2018, p. 42).

28 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos Povos Indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. P. 13 – 34.

à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Dessa forma a Carta Magna reconhece que “não há índio sem terra”²⁹, ou seja, explicita-se o reconhecimento da intrínseca relação dos povos originários com o solo, sendo-lhes garantido o usufruto exclusivo de suas riquezas, assim como dos rios e dos lagos nelas existentes, sendo esta uma característica essencial para a garantia de seus direitos que estão, todos, interligados de uma forma ou de outra à terra.³⁰ Frisa-se, no entanto, que a questão territorial indígena regulamentada pelo Estado não deve ser compreendida exclusivamente a partir do reconhecimento do direito à “terra”, mas considerando a dimensão antropológica dos fundamentos da territorialidade que se complementam, quais sejam: a ocupação permanente das terras; sua utilização para atividades produtivas; a preservação ambiental intrinsecamente relacionada ao bem-estar (bem – viver) e a sua reprodução física e cultural.³¹ Tudo isso, contudo, sem desconsiderar “o tremendo impacto que a colonização teve sobre as populações indígenas, muitas delas rechaçadas e refugiadas em áreas que não correspondem à sua localização histórica, nem à extensão territorial ocupada antes da dizimação gerada pelo encontro com frentes de colonização.”³²

Forma-se, portanto, uma relação jurídica fundamentada no indigenato, atentando-se para a demarcação obrigatória, apesar de os territórios indígenas serem reivindicados enquanto direitos originários independentemente das demarcações.

IV. A demarcação de terras indígenas enquanto Direito Humano e fundamental e a desonestidade histórica presente na tese do marco temporal

“Romper com esse compromisso quebrando para isso a própria Constituição, como querem tantas vozes políticas dos assassinos de índios, para atender a uma expansão garimpeira, meramente mercantil, ecologicamente destrutiva, seria um passo atrás, um retrocesso, uma vergonha para o Brasil.”³³

Segundo parecer do prof. José Afonso da Silva, os direitos dos povos indígenas podem ser classificados pela categoria dos direitos fundamentais de solidariedade, tal qual o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; dessa forma, são direitos sob os aportes dos direitos fraternos e do pluralismo jurídico, que demandam a compreensão das divergências culturais, alteridade,

29 Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição n.º 3.388/RR. Trecho do voto – vista: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJe 01.07.2010.

30 Idem.

31 GALLOIS, Dominique Tikin. **Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?** In: RICARDO, Fany (Org.). *Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza. O desafio das sobreposições territoriais*. São Paulo, Instituto Socioambiental, 2004.

32 Ibidem, p. 5.

33 RIBEIRO, Darcy. **Falando dos índios**. Rio de Janeiro: Fundação Darcy Ribeiro, Brasília, DF: Editora UNB, 2010, p. 93.

em contraponto à “universalização”.

Ainda assim, os conflitos na via judicial refletem a usurpação de direitos originários e a luta dos povos indígenas para que sejam reestabelecidos, o que nos faz crer que a tese do chamado marco temporal vem implementando uma verdadeira política de esquecimentos em relação a continuidade histórica dos direitos garantidos aos originários pela legislação alienígena e às contínuas violações sofridas em seus territórios. Ao contrário da ocupação possessória³⁴ que depende de requisitos que a legitimem, o indigenato é um direito originário, legítimo em si mesmo e não um fato que dependa de legitimação.³⁵

“O ato de demarcação de terras indígenas constitui ato meramente declaratório, que apenas reconhece um direito preexistente e assegurado constitucionalmente.”³⁶. Por ocasião do julgamento da Petição 3.388/RR, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a demarcação de terras indígenas representa capítulo avançado do constitucionalismo fraternal, em um período constitucional “compensatório de vantagens historicamente acumuladas”³⁷, reconhecendo-se a identidade étnica como via de inclusão comunitária, logo a demarcação representa:

“ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente, ou seja, anterior ao próprio Estado, essa a razão de a Carta Magna havê-lo chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios”.³⁸

O processo de demarcação das terras indígenas está regulamentado pelo Decreto nº 1775/96 e é o meio administrativo utilizado para identificar e sinalizar os limites dos territórios tradicionalmente ocupados pelos originários. “Tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras”.³⁹ A tentativa de se instituir um marco temporal a partir de 5 de outubro de 1988 demonstra, portanto, uma espécie de desonestidade histórica, encobrindo o passado e ultrapassando os limites da interpretação, vez que, como se afirmou anteriormente, o direito dos povos indígenas às terras por eles tradicionalmente ocupadas é direito originário, permanente e supraestatal.

34 Observação: A posse por aquele que não é indígena sobre terras indígenas não pode ser legitimada, porque nos termos da Constituição é nula, sem efeitos, conforme inteligência do § 6º do art.231 da Constituição.

35 Referências ao parecer do prof. José Afonso da Silva presentes na obra “Educação Ambiental à Luz do Direito: uma introdução aos direitos difusos e coletivos de forma lúdica e acessível: um caminho à conscientização”.

36 Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental em Suspensão de Liminar n.º 610/SC. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 04.03.2015.

37 Idem.

38 Pet. 3388/RR. Relator: Ministro Carlos Britto, 2009.

39 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

Pleiteia-se por meio da tese do marco temporal, a manutenção da segurança jurídica garantida à mesma classe historicamente mantenedora de privilégios, acostumada com a “harmonia” dos direitos civis patrimoniais, restringindo, se preciso for, por meio de manobras político-jurídicas, a interpretação dada aos dispositivos constitucionais. Dessa maneira a tese do marco temporal além de sustentar falsas narrativas, configura um “desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão garantias aos direitos indígenas.”⁴⁰

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil”⁴¹, em sentença proferida em 2018, considerando, entre outros, a demora no trâmite do processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de terras e territórios ancestrais, além de se manifestar pela “desintrusão” total das terras e territórios para que o povo Xucuru pudesse exercer pacificamente esse direito, afirmou que o Brasil violou o direito de propriedade coletiva, a integridade do povo Xucuru, além dos direitos às garantias e proteção judicial. A jurisprudência da Corte reconheceu reiteradamente o direito de propriedade dos povos originários sobre seus territórios tradicionais e o dever de proteção que emana do art.21 da Convenção Americana, à luz da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas.

Caso se queira, ainda assim, defender a tese do marco temporal, justo seria considerar, portanto, as datas referentes aos documentos citados em seção anterior, quais sejam: as Cartas Régias de 30 de julho de 1609 e 10 de setembro de 1611, promulgadas por Felipe III que representam inequivocamente marcos temporais do reconhecimento jurídico – formal dos direitos originários, ou mesmo, respeitando a continuidade histórica, a Constituição de 1934, a primeira a prever o indigenato e a consagrá-lo enquanto direito fundamental, dotado de supremacia constitucional em 16 de julho daquele ano. A Constituição de 1988 é de suma importância para a continuidade desse reconhecimento histórico e constitucional, mas ela é, nas palavras do prof. José Afonso da Silva, “o último elo da cadeia”⁴². Deslocar o marco temporal para a data de 5 de outubro de 1988 é um desrespeito às próprias regras e à dignidade humana dos povos indígenas que está entrelaçada aos direitos territoriais.

Dessa forma, o direito originário às terras precede a própria demarcação delas, sendo, também, direito dos povos originários a correção das demarcações que não abrangerem a totalidade das áreas por eles tradicionalmente ocupadas.

40 Argumentos amparados pelo parecer requerido pelos professores da USP Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Rodrigues Barbosa, pela Associação de Juizes pela Democracia, pelo Centro de Trabalho Indigenista, Instituto Socioambiental, Organização dos Índios e Nós e pelo Centro de Estudos Ameríndios da USP, ao ilustre professor José Afonso da Silva.

41 CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf . Acesso em: 10.10.2021.

42 Silva, op. cit., 24.

“Isso vale tanto para as demarcações realizadas posteriormente à data da promulgação da Constituição de 1988 como para as realizadas antes. Porque, se os direitos precedem à demarcação, os índios continuam a ter direitos originários sobre a parte das terras que ficou fora da demarcação, porque essas terras são *inalienáveis* e *indisponíveis* e os direitos sobre elas *imprescritíveis* (art.231, §4º) e porque são nulos, não produzindo nenhum efeito, eventual ocupação, domínio ou posse de não – índio que porventura tenha recaído sobre elas.”⁴³

Recentemente, o governo australiano reconhecendo os erros do passado e tentando corrigi-los, devolveu 160.213 hectares de terras aos povos originários da Austrália. A “floresta tropical mais antiga do mundo” de cerca de 180 milhões de anos e listada como Patrimônio Mundial da UNESCO foi devolvida a seus guardiões que puderam cumprir os chamados de seus ancestrais de “voltarem pra casa”.⁴⁴ Como disse ao *National Indigenous Times* a presidenta da *Jalbina Yalanji Aboriginal Corporation*, “a devolução da terra foi inspiradora”.⁴⁵

Demarcar as Terras Indígenas e proteger os povos indígenas, como foi amplamente defendido na COP26, não significa mais fazer justiça aos originários brasileiros, mas se tornou, contudo, condição *sine qua non* à manutenção da vida, ao futuro da humanidade no planeta.

Conclusão

Desde a conquista do continente americano, da invasão e da colonização do Brasil, os povos originários sofrem constantes violações, violências contra seus corpos e territórios. A cruz veio acompanhada da espada e o ouro permitiu o enriquecimento da coroa portuguesa, Pindorama se tornou colônia sob os domínios de Portugal. O próprio conceito de “índio” baseado em um erro histórico de Colombo permaneceu, violando a identidade de uma multiplicidade de povos, culturas e línguas.

A maior parte dos ataques contra os povos indígenas giram em torno de seus territórios, almejados, entre outros, pelo agronegócio, pelas mineradoras e garimpeiros, fundamentados por um modelo depredador. Para os povos indígenas o território é parte indissolúvel de sua existência, identidade, é o lugar onde se desenvolve a vida da coletividade e tem história em cada espaço, em cada curso d’água.⁴⁶ Nas palavras de Eloy Terena, “a terra é o bem primordial para os povos indígenas, sendo a luta pelo território prioridade na busca pelo

43 Idem, p. 25.

44 ROSA, Mayra. Floresta tropical mais antiga do mundo é devolvida aos povos originários da Austrália. *Ciclo Vivo: por um mundo melhor*, 2020. Disponível em: <<https://ciclovivo.com.br/planeta/meio-ambiente/floresta-tropical-mais-antiga-do-mundo-e-devolvida-aos-povos-originarios-da-australia/>>. Acesso em 17.10.2021.

45 Idem.

46 GONZÁLEZ, Anna, KATZ, Mariana, MENDOZA, Angélica, WAMANI, Luis Romeo Batallanos. **Derechos de los pueblos originarios y de la Madre Tierra: una deuda histórica**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2019, p. 85. Libro digital, PDF.

bem viver”⁴⁷.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um marco divisor na legislação indigenista, rompendo com a visão integracionista, porém não deve ser considerada marco temporal para a demarcação. Cartas Régias promulgadas no período colonial e a própria Constituição de 1934 são documentos que formalizam o indigenato, reconhecendo-o enquanto direito originário dos povos indígenas às terras por eles tradicionalmente ocupadas, ou seja, a demarcação das terras indígenas é dever do Estado diante de um direito proveniente de fatos históricos. Os povos originários têm direito originário sobre as terras ancestrais, não havendo que se falar em requisito temporal, por isso é originário, permanente e supraestatal.

Complementando, deixamos as palavras e a reflexão de D. Pedro Casaldáliga, bispo de São Feliz do Araguaia:

“Enquanto o Brasil real não assumir, com a devida lucidez e honestidade, sua trajetória indígena e indigenista-antindígena secularmente, na política oficial-este país, pluricultural, pluriétnico, plurinacional, não estará em paz com sua consciência, ignorará sua identidade e carregará a maldição de ser oficialmente etnocida, genocida, suicida.”

Referências

ACOSTA, Alberto. **O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Editora Elefante, Autônoma Literária, 2016.

AMADO, Luiz Henrique Eloy. **Terra Indígena e legislação indigenista no Brasil**. Caderno de Estudos Culturais, UFMS, v.7, n.13, p. 65 – 84, 2015.

BENJAMIN, Walter. **Sobre o conceito de história**. Tradução de Adalberto Muller, Márcio S. Silva. 1ª.Ed. São Paulo: Alameda, 2020.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934.

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

CARVALHO, Flávia Alvim. **Educação Ambiental à Luz do Direito: uma introdução aos direitos difusos e coletivos de forma lúdica e acessível: um caminho à conscientização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf .

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Relatório Figueiredo: genocídio brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

47 AMADO, op. cit., p. 82.

DUSSEL, Enrique. Europa, Modernidade e Eurocentrismo. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

_____. **Filosofias del Sur: descolonización y transmodernidad**. Ciudad de Buenos Aires, Argentina: AKAL, 2015.

_____. **1492 O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade: conferências de Frankfurt**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975 – 1976)**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FULCAXÓ, Nankupé Tupinambá. **Entre cartas, crônicas e textos jornalísticos: o que fizemos com nosso povo?** Camaçari, BA: Pinaúma Editora, 2019.

GALLOIS, Dominique Tikin. **Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?** In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza. O desafio das sobreposições territoriais**. São Paulo, Instituto Socioambiental, 2004.

GONZÁLEZ, Anna, KATZ, Mariana, MENDOZA, Angélica, WAMANI, Luis Romeo Batallanos. **Derechos de los pueblos originarios y de la Madre Tierra: una deuda histórica**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2019. Libro digital, PDF.

MATE, Reyes. **La Herencia del Olvido: ensayos em torno a la razón compasiva**. Madrid: Errata naturae editores, 2008.

RIBEIRO, Darcy. **Falando dos índios**. Rio de Janeiro: Fundação Darcy Ribeiro; Brasília, DF: Editora UNB, 2010.

ROSA, Mayra. Floresta tropical mais antiga do mundo é devolvida aos povos originários da Austrália. **Ciclo Vivo: por um mundo melhor, 2020**. Disponível em: <<https://ciclovivo.com.br/planeta/meio-ambiente/floresta-tropical-mais-antiga-do-mundo-e-devolvida-aos-povos-originarios-da-australia/>>

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos Povos Indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 13 - 34.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma cultura do direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ACESSO E USO DA CANNABIS MEDICINAL NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS À SAÚDE, DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE INDIVIDUAL

Milene do Carmo Teodoro

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais- Bolsista financiada pela CAPES. Pós-Graduada em Direito Processual Civil. Advogada

Resumo:

O presente trabalho analisa a realidade do Brasil no tocante ao universo científico e legal da planta cannabis em seu aspecto terapêutico. O objetivo do estudo é demonstrar a necessidade imediata de elaboração de uma norma jurídica específica, realista e imparcial acerca da cannabis no âmbito medicinal, a fim de assegurar o respeito à pluralidade e às conquistas constitucionais. A pertinência dessa temática se faz perante a comprovação técnica da eficácia de medicamentos à base da planta no tratamento de diversas doenças crônicas. Portanto, a inércia do Estado, traz uma lacuna extremamente significativa no ordenamento jurídico e enormes restrições aos direitos fundamentais, principalmente àqueles relacionados à saúde, dignidade humana e liberdade individual. A pesquisa foi realizada por meio de revisão bibliográfica, com interpretação de legislações internacionais e nacional. Também foi feita uma investigação interdisciplinar nos campos da medicina e da história da cannabis.

Palavras-chave: Cannabis medicinal; Saúde; Dignidade humana; Liberdade individual; Direitos.

Introdução

Os direitos fundamentais à saúde, à dignidade humana e à liberdade individual, garantidos formalmente na Constituição Federal do Brasil de 1988, muitas vezes são ignorados pelo Estado em prol de interesses secundários e ocultos. Isso gera uma enorme insegurança à democracia e a esses direitos conquistados.

A presente investigação tem como objetivo expor o qual frágil se dá a efetividade dos nossos direitos, especialmente esses três acima, ao se restringir o acesso e o uso pelos cidadãos dos medicamentos à base de cannabis. Não

menos primordial, o estudo também tem o objetivo de demonstrar o quão o Brasil precisa urgentemente modificar sua postura de inércia em relação à fabricação de lei própria sobre o assunto, visto o sucesso desses produtos no tratamento de doenças crônicas.

É notório que a realidade atual do nosso país traz uma prevalência de controle social e proibicionismo ultrapassado, propagando um cenário de violação aos preceitos constitucionais. Não se pode admitir uma desvalorização, um declínio ou um desuso de verdadeiros poderes de cidadania.

Sendo assim, o trabalho tratará inicialmente os institutos da saúde, dignidade humana e liberdade individual. Desde seus conceitos, peculiaridades, aplicabilidades e restrições.

Em seguida, trará o caminho percorrido pela planta Cannabis, a partir de sua descoberta, passando pelos seus vários momentos e diferentes interpretações, até os dias atuais.

Com fundamental importância, também serão abordados os aspectos da planta exclusivamente no âmbito Medicinal, visto sua capacidade positiva no tratamento de diversas patologias.

Destacar-se-á a ausência de lei específica sobre o tema no Brasil, devido a um descaso irresponsável por parte do Executivo e Legislativo, gerando um atraso catastrófico em relação a políticas de saúde pública.

E naturalmente, como lacunas normativas e decisões questionáveis de órgãos governamentais em relação ao processo de produção e venda do produto, causam grandes impedimentos ao cidadão comum.

Essa produção encerra sua colaboração intelectual demonstrando que a sociedade civil brasileira se encontra totalmente desamparada e reprimida quanto ao acesso e uso de medicamentos à base de Cannabis como recurso fitoterápico.

2 Os direitos fundamentais à saúde, dignidade humana e liberdade individual

Saúde se conceitua pelo estado de boa disposição física e psíquica, bem-estar. Já dignidade humana é o atributo decorrente do valor elevado e intrínseco reconhecido em todo o ser humano. Por fim, liberdade se mostra como uma condição de toda pessoa livre, ou seja, de pessoa que tem autonomia, independência, capacidade de agir por vontade própria.

Assim, os institutos dos Direitos Fundamentais à saúde, à dignidade humana e à liberdade, surgiram como uma afirmação desse poder do indivíduo frente aos atos de interferência do Estado. Para Duguit “Todas as manifestações do Estado estão limitadas por um direito superior, que o proíbe de agir contra determinados direitos individuais”.

Lis Recaséns- Siches, em sua obra Tratado Geral da Filosofia do Direito, nos traz que:

“os chamados tradicionalmente direitos individuais são em essência (ainda que não de modo exclusivo) direitos de liberdade, de estar livre de agressões, restrições e ingerências indevidas, por parte de outras pessoas, mas de modo especial por parte das autoridades públicas. Os direitos individuais vão significar um não-fazer dos outros indivíduos, mas principalmente por parte do Estado.”

Essa garantia aos direitos fundamentais foi construída ao longo do tempo e com o avanço dos povos em geral. Sendo assim, numa democracia, é primordial que esses valores estejam inseridos em suas regras e sejam praticados de acordo com o seu princípio estrutural e de forma compatível à realidade que sua sociedade vive.

No Brasil, a formalização do rol desses direitos se fez através da promulgação da Constituição Federal de 1988. No âmbito da saúde, dignidade humana e liberdade, os artigos 1, inciso III; 5, inciso II e; o artigo 196 da mesma Lei, evidenciam, respectivamente, tal compromisso:

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

III - a dignidade da pessoa humana;

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:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

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.

Tem-se que no campo do aspecto jurídico, esses direitos são irrenunciáveis, invioláveis, inalienáveis, concorrentes, interdependentes, complementares, imprescritíveis e também universais, aplicados a todos, sem distinção.

Sendo assim, a legislação pátria traz o dever e a obrigatoriedade de se respeitar e de se efetivar tais preceitos, perante a existência de uma prerrogativa fundamental do cidadão.

Jorge Miranda, mostra os direitos fundamentais na qualidade de “direitos ou [...] posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material—direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material” (2012, p. 9-10)

O grande Duque, de outro modo, define “o sentido clássico de direitos fundamentais repousa no fato de que eles asseguram determinado acervo de bens jurídicos e de ações das pessoas, contra violações estatais”. Ou seja, “a ideia nuclear originária é que o Estado deve deixar o cidadão em paz” (DU-

QUE, 2014, p. 50).

Em todas as esferas, conclui-se que, o Direito, através das Leis, não pode se curvar a juízos pessoais e à interdição ilimitada do Estado. Aquele é o protetor das manifestações livres, sejam elas particulares ou coletivas.

O poder de cada indivíduo, se vê garantido constitucionalmente, desde que resguardado o limite da razoabilidade e proporcionalidade. Nessa compreensão, qualquer ato impeditivo a esses direitos fundamentais previstos, sem que haja clara justificativa, fere diretamente o cidadão.

Um exemplo real dessa estimativa é quando alguém se vê impedido de receber ou escolher tratamento de determinada doença crônica.

Nesse caso, o Estado se manifesta contrariamente ao interesse do paciente e lhe priva além do direito à saúde, o direito à dignidade humana e à liberdade individual. Desconsiderar essas garantias, anula a própria essência e condição humana.

3 O processo histórico da cannabis

Até os dias de hoje, ainda há muito preconceito e desinformação em relação à Cannabis. Contudo, a grande maioria das pessoas não têm conhecimento sobre o que estão falando ou discutindo.

A Cannabis, popularmente conhecida como maconha, foi descoberta há milhares de anos no Himalaia e na Ásia Central. Ela é uma planta que contém variações e é composta por um grupo de substâncias químicas chamadas canabinoides. E são exatamente esses canabinoides que produzem efeitos físicos e mentais quando consumidos. Os mais famosos e os que mais importam no âmbito medicinal, devido à sua abundância e riqueza de efeitos, são o canabidiol (conhecido também como CBD) e o tetrahydrocannabinol (também conhecido como THC). A quantidade desses dois elementos que vai contribuir determinadamente com o grau de potência da planta.

Segundo Jean Bergeret:

O nome científico da maconha é *Cannabis sativa*. Em latim, Cannabis significa cânhamo, que denomina o gênero da família da planta, e sativa que diz respeito plantado ou semeado, e indica a espécie e a natureza do desenvolvimento da planta. É uma planta originária da Ásia Central, com extrema adaptação no que se refere ao clima, altitude, solo, apesar de haver uma variação quanto à conservação das suas propriedades psicoativas, podendo variar de 1 a 15% dependendo da região à qual foi produzida a erva e a forma como foi ingerida, pois esta requer clima quente e seco, e umidade adequada do solo (BERGERET, 1991, p. 230).

Os primeiros registros sobre o uso da cannabis se deu há milhares de anos A.C na grande maioria das culturas, tanto para fins comerciais, recreativos e medicinais.

Antes de ser erroneamente apontada por pessoas desinformadas e go-

vernantes irresponsáveis como uma droga maléfica, a cannabis era utilizada nas mais variadas formas pela sociedade:

“O comércio de cânhamo foi uma força motriz fundamental na colonização precoce da América, mas sua importância para fazer foi estabelecida muito antes, no final da civilização. A planta de cannabis foi valorizada no início da sua fibra forte, usada para cordas, cordas e pano (linho), e para as suas sementes, utilizadas na alimentação e no seu óleo. Como fibra, alimento, combustível, medicina e, sem dúvida, como intoxicante, o cannabis foi usado por pessoas em todas as partes do mundo “(DEITCH, 1950, p. 7) (tradução livre)

No Brasil, ela chegou através de escravos africanos, ainda durante o período colonial, por volta de 1808. Disseminou-se entre os índios, e mais tarde entre os brancos, tendo sua produção estimulada pela coroa. A Cannabis era encontrada em farmácias, sob a forma de xaropes, cigarros e durante muitos anos, foi produzida livremente e consumida comumente no nosso país.

Tempos depois, já no século XX, começou a ser difundida a tese de que o consumo da maconha era um mal. Aqui ela começou a ser proibida em 1930, por uma lei do Estado do Rio de Janeiro. No ano de 1938, ela se tornou proibida a nível federal. Salo Carvalho mostra como esse sistema repressor teve início:

[...] no caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborada de acordo com as disposições da *Convenção de Genebra* de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes[...] (CARVALHO, 2013, p.7)

Inúmeros países também aderiram à proibição. Então, em 1961, a ONU determinou que a maconha era ruim, nociva e perigosa para a saúde e o bem-estar da humanidade e, portanto, eram necessárias ações coordenadas e universais de repressão ao seu uso.

Devido a esse retrocesso e equívoco imensurável, infelizmente, o uso medicinal da maconha também foi fortemente suprimido, deixando pacientes e cientistas longe da planta por um grande período, pelo menos de forma explícita e aberta.

Nos últimos anos, inúmeras medidas foram adotadas para ressignificar e alterar a denominação da planta. Estudos científicos sobre seus benefícios, riscos médicos, foram enviados aos mais diversos órgãos mundiais de saúde. Revisões e aprofundamentos dessas pesquisas foram e são realizados frequentemente, para confirmar a segurança dos resultados.

Diante dessa perspectiva, vários países iniciaram processos de reformulação de Leis para permissão do acesso e uso da Cannabis. Essa implementação se dá de diferentes formas, de acordo com as características de cada nação.

Seguindo essa linha, Karam nos traz a necessidade de regulamentação desse tema:

Todo debate sobre drogas deve partir da constatação dos inúmeros riscos, danos e enganos – a violência, as doenças, as violações a direitos fundamentais – provocados pela proibição, pela política antidrogas, pela insana e nefasta guerra às drogas. Partindo dessa constatação, todo debate sobre drogas deve afirmar a necessidade de legalização da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas. (KARAM, 2010).

Hoje, são mais de 40 países que regularizaram o uso e/ou plantio da cannabis em suas normas legais. Alguns exemplos são: Israel, EUA, Canadá, Uruguai, Alemanha, Austrália.

4 Cannabis no âmbito medicinal

Os benefícios advindos da planta cannabis são usufruídos desde os primórdios da humanidade. No âmbito medicinal, o precursor dessa utilização foi o imperador da China, ShenNung, que prescrevia chá de maconha para o tratamento da gota, reumatismo, malária, dores de ouvido e até memória fraca.

A popularidade da planta como remédio rapidamente se espalhou por toda a Ásia, Oriente Médio, África e também pela Europa. Médicos da antiguidade prescreviam maconha para tudo.

O médico Pedânio Dioscórides, greco-romano, considerado o fundador da farmacologia, identificou dentre as mais de mil substâncias vegetais descritas e distribuídas em grupos terapêuticos, a cannabis medicinal e a considerou indicada para dores articulares e inflamações.

Sendo assim, mesmo com toda a proibição nos EUA, na Europa e em várias outras partes do mundo, a partir da Resolução da ONU, o Professor Dr. Raphael Mechoulam, da Escola de Medicina de Jerusalém, contrário a essa determinação, isolou o canabidiol (CBD) e o tetrahydrocannabinol (THC). E a partir desse momento, se iniciou uma revolução científica quanto ao uso da Cannabis.

Foi descoberta a comunicação entre os canabinoides e os neurônios humanos. Além disso, os receptores canabinoides foram identificados em várias células e sistemas do corpo.

Pacientes com doenças gravíssimas, como epilepsia, parkinson, autismo, azheimer, dentre outras, ou com problemas crônicos, tiveram melhoras significativas nas suas saúdes e nas suas qualidades de vida, muitas das vezes não vistas anteriormente por nenhum medicamento considerado tradicional. Con-

firmou-se assim, o sucesso fitoterápico da planta.

Romanzotti explana algumas doenças que podem ser tratadas com a Cannabis:

Distúrbios neurológicos ou psiquiátricos: o CBD parece ajudar no tratamento de distúrbios de ansiedade e pânico, diminuir sintomas psicóticos da esquizofrenia e do mal de Parkinson, bem como ajudar no controle motor no mal de Parkinson. Função cardíaca: a combinação de THC e CBD relaxa algumas artérias. Complicações digestivas: o THC diminui náusea e vômitos relacionados a produtos químicos, e melhora sintomas da síndrome do intestino irritado. Complicações do sistema imune: a combinação de THC e CBD altera o crescimento e função de certas células imunes. Distúrbios do sono: o THC melhora a quantidade e a qualidade do sono em algumas pessoas; o CBD deixa as pessoas mais alertas. Inflamações: quase todos os compostos canabinoides servem como anti-inflamatórios. Dor: quase todos os compostos canabinoides servem como analgésicos. Outras condições: o THC alivia a dor relacionada à esclerose múltipla, enquanto a combinação de THC e CBD alivia os espasmos musculares; para pacientes com AIDS, o THC melhora o apetite, auxiliando no ganho de peso; o CBD diminui as convulsões em epiléticos; para pacientes com câncer, a combinação de THC e CBD diminui a náusea relacionada a quimioterapia, alivia a dor e estimula o apetite. (ROMNANZOTI, 2017).

Já Maes, apresenta estudos comprovados dos benefícios da maconha:

A maconha medicinal e alguns dos produtos químicos da planta têm sido usados para ajudar aqueles que sofrem com Alzheimer a ganhar peso, e uma pesquisa descobriu que ela diminui a incidência do comportamento agitado que os pacientes podem apresentar. Num estudo celular, os investigadores descobriram que a maconha retardava o progresso de depósitos de proteína no cérebro. Os cientistas acreditam que estas proteínas podem ser parte do que faz com o Alzheimer surja, embora ninguém saiba, até hoje, o que causa a doença. (MAES, 2015).

A maconha ajuda a combater a epilepsia. Os primeiros testes feitos com o extrato da maconha medicinal do Centro Médico Langone da Universidade de Nova York mostraram uma redução de 50% na frequência de certas convulsões em crianças e adultos. Ao todo, 213 pacientes estiveram envolvidos nesta pesquisa recente. (MAES, 2015).

Então, em um plebiscito na Califórnia em 1995, houve a primeira regulamentação da Cannabis Medicinal. Em 2001, foi a vez da Holanda e Canadá.

Alguns anos depois, com o avanço ainda maior de pesquisas e a confirmação cada vez mais extensa do potencial farmacológico da Cannabis para diversas outras patologias graves, e, principalmente, pelo remédio produzido a partir da planta não causar o tal “barato” conhecido da maconha, o uso de canabidiol passou a ser aceito em diversos lugares ao redor do mundo.

Hoje, nas mais variadas formas e dosagens, vários medicamentos cana-

binoides são fabricados: óleos, via oral, sprays, pomadas, vaporizador.

Continuando esse percurso de conscientização, no final do ano passado, finalmente e acertadamente, a ONU removeu a planta da lista de drogas consideradas altamente perigosas e a posicionou junto a outros entorpecentes leves, como a morfina.

Quanto ao Brasil, o processo científico da maconha medicinal teve início em 1981, por meio do grupo de estudos do Prof. Dr. Elisaldo Carlini, da Universidade Federal de São Paulo, que comprovou o efeito benéfico do CBD para controle de crises convulsivas e epiléticas.

Porém, infelizmente, até hoje se mantém a negligência e inércia do nosso Estado diante do assunto, ao não formalizar uma lei sobre o tema.

5 Ausência de legislação própria da cannabis medicinal no Brasil

Segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), droga é qualquer substância natural ou sintética que quando consumida, venha a modificar uma ou mais funções do ser humano. Esse conceito, extremamente amplo, contempla desde uma porção razoável de fitoterápico até certa quantidade de analgésico, visto que a ingestão desses produtos pode trazer tanto efeitos psicodélicos quanto curas de doenças.

Todos nós sabemos que no Brasil, o uso ou plantio da maconha, são considerados atos ilegais. A legislação penal atual trata a cannabis como uma droga ilícita, tipificada como crime, conforme a Lei Penal 11.343. Porém, essa norma é dotada de várias lacunas no tocante ao seu conteúdo primário. Nela, não há qualquer menção a respeito do uso medicinal da maconha. E mais grave, para compensar esse erro, ela utiliza uma perigosa analogia junto ao âmbito recreativo.

O usuário ou quem cultiva a cannabis em pequena quantidade, para uso próprio e tratamento de enfermidades, ainda é punido com sanções penais.

Se um pai de uma criança autista que planta cannabis devido à melhora da qualidade de vida de seu filho, vier a ser descoberto, ele será punido imediatamente. Caso venha a repassar o conteúdo do seu plantio para outra pessoa com doença grave, provavelmente será enquadrado como traficante. E se houver reincidência, a situação se agrava ainda mais.

Nessa linha, é realmente razoável punir alguém por fazer uso ou até mesmo plantio de uma substância potencialmente eficaz para o seu tratamento ou para o tratamento de alguém de sua família, considerando que os direitos à saúde, à dignidade humana e à liberdade de escolha SEMPRE devem ser protegidos com primazia?

Onde está o senso de justiça? Na nossa Constituição Federal não temos garantidos os direitos fundamentais à saúde, à dignidade humana e à liberdade individual? Nesse caso, uma lei ordinária preconceituosa não está suprimindo a Carta Magna? Então essa lei em vigor atualmente não é inconstitucional?

O Direito Penal não tem como pilar, o princípio da lesividade? E qual o bem jurídico está sendo lesado? Não significa exatamente o contrário?

Imprescindível destacar que os direitos fundamentais são aqueles que representam garantias básicas a todos os seres humanos para se desenvolverem e não serem obrigados a dispor de elementos primordiais em virtude de qualquer influência ou força de um poder maior.

Então é inadmissível que uma norma insensível e falha, valha muito mais do que o alívio da debilidade de quem necessita de um medicamento.

Como forma de “compensação”, em 2015, depois de muita pressão de várias frentes, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), que regula a autorização ou não de medicamentos no nosso país, colocou a cannabis sativa na lista das substâncias utilizadas na indústria farmacêutica. Na prática, isso apenas formalizou a planta como possível elemento de um posterior registro de medicamentos, ou seja, o uso se manteve proibido.

Nessa mesma época, a Anvisa, também autorizou a importação de um medicamento à base de canabidiol, o Mevatyl. Porém essa autorização se deu de forma extremamente burocrática, demorada e bastante onerosa (em torno de R\$ 3.000,00 cada frasco com duração média de 20 dias), considerando que a grande massa da população brasileira vive em estado de pobreza.

É evidente a situação caótica da nossa saúde pública. O governo é incapaz de auxiliar a população nos seus direitos fundamentais sociais. Nem medicamentos básicos, de valores baixíssimos, são garantidos à população hipossuficientemente econômica. Imagine então a dificuldade na obtenção de remédios com valor significativo através do Sistema Único de Saúde.

No ano passado, frustrando uma expectativa bem maior de evolução nessa trajetória, a Anvisa regulamentou a venda de produtos medicinais à base da Cannabis em todas as farmácias brasileiras, mediante apresentação de prescrição médica e, absurdamente, com uma extensa lista de exigências desproporcionais.

E mais, devido principalmente a manobras políticas e interesses econômicos notórios da máquina capitalista, a agência infelizmente continuou por não autorizar o cultivo da planta em solo brasileiro, causando a indignação da comunidade médica, científica e civil.

Essa negativa é uma total incongruência e demonstra que precisamos ainda evoluir e muito para sairmos dessa posição preconceituosa. O aspecto financeiro e o poder de controle social no nosso país valem muito mais do que a saúde, dignidade e liberdade de seu povo.

Fica claro portanto, que essa regulamentação, que não é lei, é totalmente restritiva e eletiva.

Ironicamente, a Anvisa alega que não permite o plantio através do argumento de que é incompetente para tratar o tema. Já o Judiciário afirma que essa responsabilidade é da agência. Assim, o jogo irresponsável de “empurra-empurra” permanece e a proibição perdura.

Paralelamente, o Legislativo continua inerte à situação: Para se ter uma

ideia de como o Brasil posterga irresponsavelmente a criação de uma Lei a respeito, tramitam há vários anos, vários projetos de Lei que nunca são votados pelo Congresso, que sempre são adiados. Um exemplo claro disso é a PL 399 de 2015, que discorre sobre a regulamentação da cannabis. Essa PL sempre tem um pedido de visto, é retirada da pauta do dia ou acontece um ato que atrasa sua conclusão.

Um resumo disso tudo é que vivemos em um cenário arcaico, dotado de um racismo estrutural, onde a incapacidade do Estado de assegurar direitos fundamentais sem confrontar com a legislação omissa vigente acaba por impedir a plena eficácia de garantias constitucionais.

6 Restrições à cannabis medicinal x saúde, dignidade humana e liberdade individual

É criminosa a postura do Estado Brasileiro ao permitir exclusivamente a venda do canabidiol importado ou produzido a partir de matéria-prima importada, visto que só aqueles que tenham renda financeira suficiente poderão consumir o medicamento. O cultivo da planta permanece proibido em solo nacional, logo, os enfermos pobres e graves se veem obrigados a se tratarem apenas com os medicamentos disponibilizados com pouquíssima ou nenhuma eficácia.

Numa democracia, é essencial a adoção de políticas públicas para assegurar o pleno gozo da saúde, dignidade humana e liberdade, seja através de reformas legislativas, regulamentações de condutas sem limitações desnecessárias ou através de aprimoramento de serviços.

Com a ausência da criação de uma legislação própria, evidencia-se uma tensão entre a norma existente ultrapassada e os fatos. A permanência da proibição do cultivo da planta Cannabis em solo brasileiro, tanto do modo doméstico ou industrial, por meio de simples Resolução da ANVISA, vai em total desencontro com a possibilidade de abrangência de medicamentos de baixo custo à população em geral.

O cidadão se vê cerceado nos seus direitos fundamentais à saúde, dignidade humana e liberdade de escolha.

Muito mais que simplesmente reduzir os tipos de medicamentos ofertados, esses atos demonstram uma violação à soberania nacional, pois a partir do momento que uma pessoa para poder ter acesso e fazer uso de um produto de eficácia comprovada para sua patologia, se vê na condição de “obrigada” a comprar determinado remédio importado de altíssimo valor, ela vira refém do mercado farmacêutico internacional bilionário.

O Estado, mantendo essa restrição, por sua vez, favorece grandes indústrias em prol de interesses financeiros, desconsidera uma enorme capacidade de produção nacional e principalmente, ignora seus próprios cidadãos e direitos constitucionais garantidos.

André de Carvalho Ramos (RAMOS, 2020, p. 101) vem mostrar que a

restrição dos direitos fundamentais só pode ocorrer em virtude de disposição expressa na Constituição ou com fundamento em restrição implícita, decorrente do sopesamento com outros direitos e/ou interesses. Claramente, esse não é o caso.

Os direitos já conquistados na linha evolutiva precisam ser preservados. Mesmo com as diferenças de valores e prioridades, determinados direitos não podem simplesmente deixar de existir. Eles devem se unir aos outros direitos conquistados.

Essa barreira faz exatamente o oposto disso, pois ao cercear o direito da liberdade individual, ela cerceia também outros direitos: o da dignidade humana, da saúde, da vida.

Nós vivemos em um país com uma desigualdade social enorme e uma saúde pública devastada. O cultivo de medicamentos na forma doméstica ou por associações de pacientes, garantiria, de forma real, o acesso da população aos recursos terapêuticos da Cannabis.

Nessa direção, Daniel Sarmento leciona que:

“A liberdade não deve ser concebida como a mera ausência de constrangimentos externos impostos pelo Estado à ação dos agentes, mas como a possibilidade real de cada pessoa concreta tomar decisões sobre a sua própria vida e de segui-las. Foi sob essa perspectiva que diversos filósofos e juristas contemporâneos justificaram a garantia do mínimo existencial, fortes no argumento de que, sem o atendimento de certas condições materiais básicas, se esvazia por completo a liberdade pela inviabilidade do seu efetivo exercício no mundo real. O argumento também tem ressonância na jurisprudência constitucional comparada. A Suprema Corte de Israel, por exemplo, reconheceu um direito à subsistência com dignidade, afirmando que ‘sem condições materiais mínimas, uma pessoa não tem a capacidade de criar, de ter aspirações, de fazer escolhas e de exercitar as suas liberdades’”. (SARMENTO, 2016, p. 196/197)

Mas sob a perspectiva de produção do extrato fitoterápico através de meios próprios ou associações sem fins lucrativos, o Estado deixará de arrecadar quantias monstruosas oriundas de impostos. E isso não é interessante para o governo. Ações governistas são realizadas exclusivamente para adquirir mais contribuição financeira, deixando de lado sua função mais genuína, o bem-estar da população como um todo.

Infelizmente no Brasil, os princípios da universalidade e igualdade não são usufruídos. Os interesses capitalistas e políticos de determinados grupos se sobrepõem ao dever e à responsabilidade de servir à população.

7 Conclusão

O presente artigo demonstrou duas realidades da nossa sociedade: A primeira é que, apesar de estarem devidamente consagrados na Lei Máxima

como poderes assegurados a todo indivíduo, os Direitos à Saúde, à Dignidade Humana e à Liberdade se veem fortemente reprimidos e ignorados na prática.

O cidadão, ao ser impedido de acessar e usar determinado medicamento, de acordo com suas condições financeiras e ideológicas, deixa de usufruir de seus direitos fundamentais, de forma injusta, ilegal e inconstitucional. Essa restrição fracassa a possibilidade de milhares de pacientes de doenças crônicas terem uma melhora em suas condições de vida, terem esperança e dignidade.

A segunda é que o Estado brasileiro persiste em ter como base uma enorme política de controle social. Ele prefere permanecer à margem de estudos científicos sérios em prol de vantagens econômicas e políticas. Como consequência, a saúde pública no país é desastrosa.

Ao postergar um debate estritamente técnico e imparcial sobre o assunto, o Estado acaba por cometer um gravíssimo erro no dever da proteção eficiente junto ao seu cidadão. Os textos penais atuais encontram-se defasados, inertes e alheios à realidade.

Então é absolutamente NECESSÁRIA e URGENTE uma mudança no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de alcançar melhores resultados. Uma norma jurídica reformadora, inclusiva, clara, trará medidas e comportamentos justos que equilibrarão a legalidade e resguardarão as necessidades básicas dos cidadãos.

O governo do Brasil necessita praticar realmente o intervencionismo estatal mínimo, sem interferir de forma indevida na vida e na saúde dos seus indivíduos, que acaba por prejudicá-los. Precisam ser promovidas condições igualitárias e eficazes para ultrapassarmos essa condição retrógrada que só enfraquece e diminui nossa democracia.

Referências

BERGERET, Jean. **Toxicomanias**: Uma visão multidisciplinar. Artes Médicas, 1991. p. 230;

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990;

CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. São Paulo: Luam, 2013;

DEITCH, Robert. **Hemp**: American history revisited: the plant with a divided history. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=PKDrpeRRY94C&pg=PP1&redir_esc=y&chl=pt-BR#v=onepage&q&f=false. Acesso em 15/08/2021;

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

DUGUIT, León. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: Auvergne Fontemoing, 1930. p. 590;

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: É preciso legalizar**. Niterói: Luam, 2010;

MAES, Jéssica. **10 doenças sobre as quais a maconha medicinal pode ter impacto**. Disponível em: <https://hypescience.com/saiba-como-maconha-medicinal-pode-auxiliar-no-tratamento-destas-doencas> Acesso em 05/08/2021;

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012;

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020;

RECASÉNS-SICHES, L. **Tratado general de filosofia del derecho**, cit., p. 600-601;

ROMANZOTI, Natasha. **A verdade nua e crua sobre a Cannabis**. Disponível em: <https://hypescience.com/o-que-voce-precisa-saber-sobre-maconha> . Acesso em 15/09/2021;

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

STRECK, Lênio. **Direito deve proteger a liberdade**. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/1195132-direito-deve-protoger-a-liberdade.xhtml>. Acesso em 20/09/2021.

CASO KATHELEN ROMEU E A MORTE DA ALMA: SOBRE A PERPETUAÇÃO DA POLÍTICA MODERNA COLONIZADORA DE ANIQUILAÇÃO DE CORPOS- TERRITÓRIOS PRETOS

Sanmella de Pinho e Santos

Mestranda em Direito Internacional, com ênfase em Estado Plurinacional, Integração e Direitos Humanos e Bacharel em Direito, ambos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Gabriel de Souza Salema

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Pesquisador bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)

Resumo:

Este trabalho tem como objeto de análise o caso Kathlen Romeu, mulher preta, favelada, jovem e grávida, a qual foi baleada e morta durante uma operação militar na zona norte do Rio de Janeiro. Explicita-se o racismo estrutural, o *modus operandi* da colonização imposta ao Brasil, a formação do primeiro Estado Nação e do Sistema Mundo Moderno e suas características: o Idioma, a Religião, a Identidade, a Moeda e o Exército Nacionais. Ainda, os elementos da ética colonizadora moderna: a uniformização da diferença, binarismo e subalternização do Outro, universalismo europeu, linearidade histórica, individualismo e transformação da natureza em recursos naturais. Assim, é possível compreender o papel do punitivismo e do uso da violência institucional em favor da manutenção da ordem hegemônica frente aos corpos-territórios Outros. Questiona-se, por fim, a prática policial e a função sócio-política do Estado, possibilitando a crítica ao direito penal do inimigo, tendo como base o caso paradigma.

Palavras-chave: Corpo-território; Decolonialidade; Racismo estrutural; Direito penal do inimigo.

1 Introdução

A presente pesquisa tem como objeto de análise o caso Kathlen Ro-

meu, mulher preta, favelada, jovem e grávida, a qual foi baleada e morta durante uma operação militar na zona norte do Rio de Janeiro. A partir deste ponto, abordaremos o conceito de racismo estrutural, ao modus operandi da colonização imposta ao Brasil e suas peculiaridades estratégicas, tal como a miscigenação como instrumento sócio-político de embranquecimento racial, adentrando, com mais profundidade, à formação do primeiro Estado Nação e do Sistema Mundo Moderno, seus ritos e mitos.

Nesta linha, descortinar-se-ão os instrumentos de controle necessários à consolidação do Estado Nação, tais como o Idioma, a Religião, a Identidade e o Exército Nacionais, bem como os elementos de uma ética colonizadora característica da modernidade, quais sejam a uniformização da diferença, centralização do poder, binarismo e subalternização do Outro, universalismo europeu, linearidade histórica, individualismo e transformação da natureza em recursos naturais.

Também, apontaremos o papel do punitivismo e do arrefecimento, da violência institucional em favor da ordem hegemônica frente aos corpos-territórios Outros, isto é, todo corpo-mente-espírito que se diferencie em cosmovisão, comportamento ou fenótipo, com foco, em especial, aos corpos pretos no Brasil atual.

2 Sistema mundo moderno, colonização e o outro

A colonização só foi bem sucedida graças à construção e imposição de um imaginário, um objeto verbal, uma cosmovisão que serviu não apenas como referência, mas como delimitação para a existência de todo e qualquer um que não fosse a própria referência. Tal delimitação ocorre por meio do cercamento da mente-corpo-espírito dos sujeitos, apropriando-se dos principais modos de expressão humana e determinando os novos “certos” e “errados” por meio de padrões. Estes padrões substituirão as religiões, filosofias, medicinas, identidades, as artes e ofícios, os modos de se perceber, de viver as emoções, o corpo, a sexualidade, as relações, a comunidade, as hierarquias, o tempo, o espaço, etc., isto é, as cosmovisões típicas a cada povo. Quando instituiu-se o padrão hegemônico moderno, instituiu-se uma ética moderna. E toda ética deságua em uma estética, o que inversamente também é verdade.

O Sistema Mundo Moderno¹ se consolida com o primeiro Estado Nação, qual seja a Espanha, datada de 1492, marco relacionado com a expulsão dos mouros e solidificação de um Idioma, uma Religião, uma Identidade, uma Moeda e um Exército comuns (MAGALHÃES, 2012). A ética colonizadora, isto é, a racionalidade inaugurada pela modernidade tem seis características principais, quais sejam: uniformização do comportamento, binarismo e subal-

1 Aqui utilizamos este conceito, o qual foi construído com base no conceito de economia-mundo, originado do autor Fernand Braudel, por Immanuel Wallerstein, Giovanni Arrighi e Samir Amin, associados ao marxismo da dependência. O “sistema-mundo” baseia-se na divisão interregional e transnacional do trabalho e resulta na divisão do mundo em países centrais, semiperiféricos e periféricos.

ternização do Outro, universalismo europeu, linearidade histórica, individualismo e transformação da natureza em recursos naturais. Com esse conjunto de elementos semânticos em favor de um único interesse - o do Rei da Espanha -, tem-se o substrato, um marco espaço-temporal para a construção de uma nova história da humanidade, ou pelo menos era o que se pretendia.

Por meio da uniformização, a diversidade é aniquilada: homogeneiza-se os menos diferentes e expulsa (ou sufoca e oculta culturalmente, ou mata fisicamente) os mais diferentes. Com a uniformização dos comportamentos, nasce também as primeiras experiências do que vem a ser o punitivismo moderno e seus ideais de homogeneização comportamental e higienização social.

O ideal de unicidade, a auto-referência, o Estado Nação nasce do narcisismo eurocêntrico, do sonho da indestrutibilidade, eternidade, de perpetuação que só ocorre por meio da história que só outro ser humano, alguém externo a este Eu, e sua comunidade podem contar. O Outro não mais é em si mesmo, mas apenas um espelho, o prazer objetual deste Eu dominante, é projeção, um Eu externalizado, não mais que isso. Esta é a face do binarismo subalternizante. Assim, o Estado Nação Moderno entabula uma identidade oficial do Estado, qual seja a nacionalidade. O Eu é nacional, o Outro é ostracizado ou estrangeiro.

Se o Eu é a grande referência, para si também vai todo o poder. O poder que essencialmente é apenas linguagem, se traduz, então, pela autoridade e legitimação de uma única narrativa, isto é, a linearidade histórica, característica fundamental do Estado Nação Moderno, nada mais é que uma construção técnica-metodológica que determina o como, porque, o que, quem, onde e quando as histórias e estórias devem ser contadas. Do Eu auto-referenciado brotam as narrativas legítimas e o Outro deve apenas reproduzi-las. Tal característica se dá por uma visão 2D, isto é, binária, pela qual hierarquiza culturas e carrega as justificações para toda e qualquer intervenção colonizatória.

Nesse sentido, a lei (a narrativa máxima de um Estado Nação) é dada por quem tem o domínio dos espaços de produção do conhecimento, o espaço da influência, da política. Ficam ainda mais determinadas as ideias de público e privado. O público é o espaço das narrativas autorizadas, do legítimo, do debate, do racional, do masculino, da disputa. O privado, pelo contrário, é o espaço do silêncio. Os temas relegados ao cárcere da voz estão no campo da maior e mais potente complexidade humana, o que, justamente por serem de teor altamente contaminantes, não podem ser ditos, sentidos, tocados. O privado é o campo do Outro. As infundáveis questões sobre a exploração das emoções, do corpo, do sexo e da sexualidade, do trabalho de manutenção (doméstico ou a linha de montagem), e etc., estão diretamente relacionados às principais camadas minoritárias sociais: a Mulher e a divisão sexual do trabalho, o Preto e o trabalho escravo, os Povos Originários e a exploração da Natureza enquanto recurso natural, o Proletário e a divisão social do trabalho, entre outros.

Assim, o Estado Nação se mune de uma história oficial - que não é a

história de todos, mas apenas uma perspectiva do poder, de um olhar específico -, o poder organizado, hierarquizado e território delimitado, identidade nacional e povo nacional.

O Eu tem raça, cor, gênero, classe, religião e endereço fixo. E é desse Eu que se pretende chegar a um universalismo, isto é, uma única linguagem capaz de abarcar e explicar todas as experiências físicas e metafísicas da humanidade. A pretensão universalista eurocêntrica perpetua-se pela imposição de uma única referência e, por óbvio, pela ocultação da pluralidade de linguagens, cosmologias, emoções e experiências paralelas.

E quando fala-se em poder somos levados a acreditar que é apenas uma palavra, um elemento desmaterializado, desconectado de tempo-clima-território. Porém o capitalismo, enquanto modelo econômico desenvolvido para consolidação e perpetuação do Estado Nação Moderno, refunda o Estado e, com ele, as noções e usos de todas as palavras e conceitos existentes, bem como estabelece normas supostamente universais para balizar o que deve ser seguido. Com o capitalismo nasce também o substantivo indivíduo e, logicamente, sua fonte conceitual: o individualismo. Temos, então, os primórdios da técnica formal, a ciência moderna, a qual na linha de Descartes (FEDERICI, 2017) pressupõe modelos hierárquicos em todos os âmbitos da vida, o que vai do domínio da mente sobre o corpo, da técnica frente à sabedoria popular, do negócio perante o ócio, etc., bem como inaugura oficialmente o ideal de separatividade, no qual os membros e órgãos de um corpo físico, social ou institucional são apenas partes e não o todo.

A técnica é o instrumento linguístico-prático capaz de espremer até a última gota do potencial criativo da vida-que-é para além do que é chamado oficialmente como natural. A natureza nas mãos da técnica deixa de ser um macro-cosmos vivo e organizado perante sua própria lei, para se tornar um mero objeto de usufruto humano, tornando-se, então, na língua do capital, apenas recursos naturais. Não há mais simbiose entre o ser humano e natureza, o que há, agora, é o domínio da mente racional moderna frente à matéria, ao corpo nomeado, minuciosamente dissecado e compartimentalizado em conceitos tidos como supostamente abstratos. Aqui há a abolição do espaço (BERARDI, 2019, p. 19), da vida para além do imaginário do Eu. A natureza também toma o lugar de Outro na relação moderna.

Ademais, a concepção de humanidade é posta em xeque com o encontro do europeu com outras culturas por meio das jornadas “civilizatórias”. As caravelas trouxeram não apenas pessoas, mas pessoas que colocavam em dúvida o merecimento, o direito, a legitimidade quanto a existência de diversas culturas diferentes da sua. O tratamento com os povos originários da América e da África se deu não de igual para igual, mas do alto da superioridade do Eu perante os Outros, assim como fizeram com seus próprios conterrâneos, com a própria natureza em momentos anteriores. A expansão colonizatória é, desta forma, uma tentativa de perpetuação de um único modo de vida, a vida do colonizador.

2.1 Colonização na América e a morte da alma

A colonização europeia tem sua base não apenas na exploração do trabalho humano por meio dos instrumentos da escravidão, servidão, a pequena produção mercantil, a reciprocidade e o salário (QUIJANO, 2000, p. 228), ou na dominação direta dos corpos e sua aniquilação, mas principalmente pela dominação das mentes e, em última instância, da alma dos Outros diversos.

Como já citado, o processo de assimilação do Outro ocorreu por meio da imposição de uma linguagem binária supostamente universal, mas com forte caráter inferiorizante no que concerne à diferença intrínseca à subjetividade Outra. Por meio de um idioma, de uma religião e de uma moral hegemônica, foi possível o domínio de um território supostamente imaterial, do campo do simbólico: a imaginação, a mente, a alma dos sujeitos. Desta forma, além do aprisionamento dos corpos-territórios, foi necessária a exploração e imposição da ideia de inferioridade do Outro, pois a partir deste lugar legitimado de hierarquia, a nova estrutura de controle do trabalho pôde se enraizar e sobreviver até aos dias atuais, tornando-se um padrão global de controle do trabalho (QUIJANO, 2000, p. 228). Este fenômeno se chama encobrimento cultural e se dá por meio do apagamento dos simbolismos e cosmovisões de um determinado povo e, em seu lugar, a inserção de uma nova mentalidade, um novo idioma, uma nova religião, uma nova forma de ver-sentir-tatear o mundo.

Assim, não basta aprisionar ou aniquilar os corpos-territórios, é preciso, para a sobrevivência do colonizador, assimilar os sujeitos por meio do epistemicídio, isto é, por meio do assassinato de um determinado conhecimento, sabedoria, linguagem. Ramón Grosfoguel diz que o “genocídio e o epistemicídio caminharam juntos no processo de conquista das Américas (...)” (2016, p. 34), tendo em vista que o processo de evangelização dos povos indígenas nas Américas foi “inspirado nos métodos utilizados contra muçulmanos na Península Ibérica, que consistia simultaneamente em uma forma de aniquilação da espiritualidade e de epistemicídio” (2016, p. 34/35).

E, neste sentido, acrescenta que as noções de raça possibilitaram um novo imaginário e uma nova hierarquia racial, tendo em vista que com a chegada de Colombo às Américas, este emitiu um juízo crucial que transformaria as relações entre europeus e os demais povos do mundo. Em carta ao Rei da Espanha, Colombo afirma que os povos originários pareciam “*gente sin secta*”, isto é, povos sem religião (2016, p. 36). Grosfoguel explica:

“(...) a noção colombiana de “*gente sin secta*” (“povos sem religião”) significava uma coisa nova. Dizer “povos sem religião” hoje em dia quer dizer que estamos nos referindo a “povos ateus”. Entretanto, no imaginário cristão do fim do século XV, a frase “povos sem religião” possuía uma conotação distinta. No imaginário cristão, todos os seres humanos são religiosos. Eles podem ter o “Deus errado” ou “os Deuses errados”, pode haver guerras onde se derrama sangue na

luta contra o inimigo equivocado, mas a humanidade do outro, como algo a ser conquistado e uma forma de dominação, não estava posta em questão. O que estava sendo questionado era a “teologia” do outro. Tudo foi radicalmente modificado em 1492, com a conquista das Américas e a caracterização de povos indígenas por Colombo como “povos sem religião”. Como dissemos, uma leitura anacrônica desta frase pode fazer parecer que Colombo se referia a “povos ateus”. Mas, no imaginário cristão da época, não ter uma religião equivalia a não ter uma alma, isto é, ser expulso da esfera do humano.” (GROSGUEL, 2016, p. 36)

Tal perspectiva se alinha ao pensamento de Descartes que, para se chegar ao “penso, logo existo”, dedicou-se incansavelmente a submeter animais a experiências diversas em favor das ideias de evolução, desenvolvimento e ciência, levando-os, inclusive, à morte na tentativa de demonstrar que não possuíam emoções e pensamento racional, o que era diretamente ligado à ideia de se ter uma alma e determinando, por consequência, o papel daqueles numa hierarquia frente aos seres humanos que, por sua vez, por terem racionalidade são mais evoluídos, tendo autorização, então, para explorar aqueles pois objetos colocados no mundo para usufruto e desenvolvimento da humanidade (FEDERICI, 2017).

Ademais, Grosfoguel continua:

“A definição de “povos sem religião” foi cunhada na Espanha, no final do século XV e início do século XVI. O debate suscitado pela conquista das Américas era sobre se os “povos sem religião” encontrados por Colombo em uma de suas viagens eram “povos com alma ou sem alma”. A lógica da argumentação era a seguinte: 1. se você não tem religião, você não tem Deus; 2. se você não tem Deus, você não tem alma; e, por fim, 3. se você não tem alma não é humano, mas animal.” (GROSGUEL, 2016, p. 37)

“(…) A possibilidade de conversão estava disponível para as vítimas dos discursos discriminatórios. Mas, com a colonização das Américas, os velhos discursos discriminatórios modificaram-se rapidamente, transformando-se na dominação racial moderna.” (GROSGUEL, 2016, p. 38)

A violência se sucedia da seguinte maneira: se não têm alma, podem ser escravizados; se têm alma, não podem ser escravizados, mas cristianizados. Aqui nascem os discursos racistas biológico e cultural. A partir do julgamento de Valladolid, em 1552, julgamento este que discutiu-se a existência ou não de uma alma indígena, “a monarquia imperialista decidiu que os índios possuíam uma alma, mas que eram bárbaros a serem cristianizados” (2016, p. 39). Os povos originários foram submetidos a um novo modo de exploração do trabalho, a *encomienda*, porém a base da força de trabalho humana havia sofrido um grande racha e agora era preciso encontrar novos meios de se manter o

capitalismo em funcionamento. Eis que, agora, os africanos, estes sim classificados como “povos sem alma”, foram sequestrados e levados às Américas para substituir os povos originários no trabalho escravo (GROSFUGUEL, 2016, p. 39).

“(…) Com a escravização dos africanos, o racismo religioso foi complementado, ou vagarosamente substituído pelo racismo de cor. Desde então o racismo contra o negro tornou-se uma estrutura fundamental e constitutiva da lógica do mundo moderno-colonial. (...) E, conforme os casos anteriores delineados, o epistemicídio foi inerente ao genocídio. Nas Américas os africanos eram proibidos de pensar, rezar ou de praticar suas cosmologias, conhecimentos e visão de mundo. Estavam submetidos a um regime de racismo epistêmico que proibia a produção autônoma de conhecimento. A inferioridade epistêmica foi um argumento crucial, utilizado para proclamar uma inferioridade social biológica, abaixo da linha da humanidade. A ideia racista preponderante no século XVI era a de “falta de inteligência” dos negros, expressa no século XX como “os negros apresentam mais baixo coeficiente de inteligência”.” (GROSFUGUEL, 2016, p. 40)

Assim Grosfoguel ensina que o racismo antisemita nasceu na Espanha, lá nos primórdios da fundação do Estado Nação Moderno, racionalidade que se propagou por toda a Europa posteriormente. Afirma que “ao contrário do que Foucault afirma, o racismo do século XVI já estava institucionalizado como racismo biopolítico do Estado” (2016, p. 41).

Por fim, conclui-se que pior que a morte do corpo-território, isto é, a aniquilação da vida biológica e dominação territorial, é a morte da alma que é, em si, o domínio da potência imaginária, linguística, cosmológica do Outro. Aquele que não se submete ao trabalho forçado, é assassinado. Mas aquele que não se submete à linguagem hegemônica, isto é, à ética e à estética padrão hegemônico, será ostracizado, higienizado, perseguido e transformado no inimigo comum.

3 O inimigo comum e o caso Kethelen Romeu

Kathlen Romeu, mulher preta, favelada, jovem de 24 anos e grávida de quatro meses, fora baleada e morta no dia oito de junho de 2021 durante uma operação militar na zona norte do Rio de Janeiro, período em que o mundo inteiro se isolava devido a uma pandemia sem precedentes, em mais um capítulo da política de guerra às drogas levada adiante pelo Estado.

A morte Kethelen Romeu revela mais uma faceta da política de morte e (in)segurança pública, marcada pelo racismo estrutural que historicamente é registrado pelo extermínio das populações pretas do Brasil². Essa política

2 OUTROS tantos Kathlen Romeu: Caio Gabriel Vieira da Silva, 20 anos; Ana Clara Machado, 5 anos; Caio Gomes Soares, 23 anos; Marcelo Guimarães, 38 anos e pai de dois filhos; Marcos Vinícius da Silva, 14 anos, Ágatha Félix, de 8 anos; Kauê Ribeiro dos Santos, de 12 anos; Kauan Rosário, de 11 anos e tantos outros.

de extermínio possui cara, sexo, endereço, cor e idade³, assassina aquele que não se submete à linguagem hegemônica do Estado Nação Moderno, ou seja, persegue, aniquila e os transforma em inimigo comum.

Esse processo de extermínio possui como referência a demarcação para a existência de todo e qualquer um que não refletisse a própria imagem, e tem como meta aniquilar o diferente, o inimigo, o Outro. Explica o professor José Luiz Quadros de Magalhães (2012, p. 24) que: “a construção da identidade nacional (fundamental para o Estado nacional e logo para o capitalismo em todas as suas formas) necessita do estranhamento do outro, da exclusão do não nacional, da exclusão e do rebaixamento do diferente”.

Nesse diapasão, cite-se excerto de Enrique Dussel:

“A Europa tornou as outras culturas, mundos, pessoas em objeto: lançado (-jacere) diante (ob-) de seus olhos. O “coberto” foi “des-coberto”: ego cogito cogitatum⁴, europeizado, mas imediatamente “encoberto como Outro”. O outro constituído como o Si-mesmo. O ego moderno “nasce” nesta autoconstituição perante as outras regiões dominadas. Esse “Outro”, que é o “Si-mesmo”. [...] O Outro á a “besta” de Oviedo, o “futuro” de Hegel, a “possibilidade” de O’Gorman, a “matéria bruta” para Alberto Caturelli: massa rústica “descoberta” para ser civilizada pelo “ser” europeu da “Cultura Ocidental”, mas “em-coberto” em sua Alteridade.” (DUSSEL, 1993, p. 36).

Portanto, nesse processo de encobrimento do Outro, a existência de um direito penal seletivo baseado na construção do inimigo é fundamental para a construção do estado nacional moderno. Por isso, a seletividade não é novidade no Direito Penal. É consequência de uma realidade construída por meio de um amplo processo de criminalização que objetiva selecionar, com os tentáculos do Direito Penal, os grupos indesejáveis. Como bem preleciona José Luiz Quadros de Magalhães (2012, p. 74-75), “finalmente é necessário construir um aparato (ou aparelhos repressivos) capaz de oferecer uma destinação àqueles que não se enquadraram no sistema socioeconômico por falta de espaço ou por resistência aos aparelhos ideológicos”, de estado e de repressão, a saber: a polícia, o sistema judicial, o direito, a escola, a igreja, as penitenciárias e manicômios.

Analisando a seletividade penal, Alessandro Baratta (2014) desmitifica a questão do Direito Penal igualitário, ao afirmar que ele é um direito desigual por excelência, e “não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce também uma função ativa, de reprodução e de produção” da

3 Em 2019, a taxa de mulheres negras mortas por disparos de arma de fogo (2,13/100 mil) foi o dobro da taxa de mulheres não negras (1,04/100 mil). Em%: Pardas 64,7; Pretas 5,8; Brancas 27,5; Indígenas 0,2; Amarelas 0,1; Ignorado 1,8; 70,5% Negras (pardas + pretas). (“Sou da Paz – Folha de S. Paulo | Arma de fogo provocou 51% das mortes violentas de mulheres em 20 anos”, 2021)

4 “Eu penso o pensador”.

desigualdade social e da marginalização. Adiante, prossegue o mesmo autor, afirmando que:

“A aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Incidindo negativamente, sobretudo, no status social dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, ela age de modo a impedir sua ascensão social.” (BARATTA, 2014, p. 162).

Na lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2019, p. 73), haveria uma clara evidência de que:

“(…) não somos todos igualmente ‘vulneráveis’ ao sistema penal, que costuma orientar-se por ‘estereótipos’ que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contacta com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 73).

Dito de outra forma, a “seleção” orienta-se por “estereótipos” que se assemelham a caracteres dos setores marginalizados e de estratos sociais desprivilegiados da população. Como exemplo, os corpos-territórios pretos, que nas sociedades modernas capitalistas têm menos valor. Os escolhidos do Direito Penal, o Outro, ou melhor, os “vulneráveis”, são considerados inimigos para a sociedade e, conseqüentemente, recebem um tratamento punitivista que não respeita os direitos humanos. Nesse sentido, ensina o excerto de Eugenio Raúl Zaffaroni (2011):

“O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.” (ZAFFARONI, 2011, p. 11).

Esse processo de tipificação/criminalização é feito pela escolha política dos bens jurídicos a serem tutelados que perpassa por uma verticalizada das classes hegemônicas em prejuízo de outras camadas da sociedade, recaindo o *status* de “criminalizável” sobre aquelas que não detêm o poder⁵.

5 Para os que não dominam o poder Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli denunciam a existência de sistemas penais subterrâneos, com desaparecimentos, torturas e execuções policiais, individuais e em massa, sem nenhum respaldo legal. Enuncia ainda, que as leis penais só mostram a cara visível do sistema penal formal e alguma coisa do sistema penal paralelo, enquanto no campo do invisível, impera o mais terrível, o subterrâneo, sem lei e sem limites. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 55).

Nesse processo, surge a figura dos perigosos ou inimigos⁶: “os sub-humanos para os nazistas e inimigos do Estado para os fascistas, todos submetidos a um sistema penal paralelo, composto por tribunais especiais inquisitoriais, ou seja, policiais” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 54).

Nesse sentido, Nils Christie (2011) postula que

“(…) não importa muito o que o marginalizado faz ou deixou de fazer, pois, no momento em que ele é estigmatizado como criminoso potencial, começam a ser acionados os mecanismos legais (polícia, tribunais, júris e autoridades penitenciárias) que farão com que a profecia se auto-realize. E, quando o marginalizado efetivamente comete o crime, este deve ser tratado apenas como uma das variáveis que explicam a criminalização da marginalidade, não como o fenômeno a ser propriamente explicado.” (CHRISTHIE, 2011, p. 286).

Portanto, nesse processo de aniquilação de corpos-territórios pretos o caso Kathlen Romeu não foi uma situação isolada e, essa morte guarda íntima relação com a prática de extermínio do Outro pelo Estado Nação Moderno que visa uniformizar e aniquilar o diferente pela via do direito penal.

Considerações finais

Conclui-se que a prática policial de aniquilação de corpos-territórios é uma política do Estado Moderno, oriunda do direito penal do inimigo, um instrumento institucional em voga que transforma a vítima em alvo e desumaniza, tal como as mais cruéis torturas “civilizatórias” de um passado não

6 Em 1985 Günther Jakobs apresenta o trabalho *Criminalizações no Estádio prévio à lesão a bem jurídico (Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in: ZStW). Nessa pesquisa, enuncia, pela primeira vez, a expressão *Direito Penal do Inimigo*, e, em sentido crítico, confronta o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. Nesse sentido, Luís Greco (2005, p. 204) afirma que “para Jakobs, é possível caracterizar o direito penal segundo a imagem de autor da qual ele parte.” O direito penal pode ver no autor um cidadão, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir, quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos. O direito penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos; o direito penal cidadão otimiza esferas de liberdade. Ao contrário de uma difundida opinião, Jakobs não vê no princípio da proteção de bens jurídicos uma ideia liberal, mas o responsabiliza pelas cada vez mais frequentes antecipações da proibição penal. Esclarecem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, que o tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou de daninho [...] na medida em que se trata um ser humano como ente perigoso e, por conseguinte, necessitando de pura contenção; dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula sua condição de pessoa, mas sim, a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 18).

tão distante, por meio do estranhamento do diferente, é possível tomar posse da vida. Dito de outra forma, o Outro que não se submeter à hegemonia do Estado, será ostracizado, higienizado, perseguido e transformado no inimigo comum, conseqüentemente sofrendo a morte do corpo-território e da alma.

Por fim, não basta negar a negação do Outro, é preciso afirmá-lo, legitimá-lo, experimentá-lo, de modo que ao enxergar suas bordas, possamos então superá-las em favor da busca de um abrangente e verdadeiro universalismo, isto é, um pluriversalismo.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BERARDI, Franco. **Depois do futuro**. Trad. Regina Silva. 1 ed. São Paulo: Ubu, 2019.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**, conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993.

FEDERICI, S. **O calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. 1 ed. São Paulo: Ed. Elefante, 2017.

GROSGOUEL, Ramón. **A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI**. In Sociedade e Estado, v. 31, n. 1, p. 25–49, 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O ESTADO PLURINACIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL MODERNO**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales: perspectivas latinoamericanas. Edgardo Lander; Santiago Castro-Gómez (Orgs.). 1. ed. Buenos Aires : [Caracas, Venezuela]: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO ; UNESCO, Unidad Regional de Ciencias Sociales y Humanas para América Latina y el Caribe, p. 227-278, 2000.

Sou da Paz – Folha de S. Paulo | Arma de fogo provocou 51% das mortes violentas de mulheres em 20 anos. , 2021. Disponível em: <<https://soudapaz.org/noticias/folha-de-s-paulo-arma-de-fogo-provocou-51-das-mortes-violentas-de-mulheres-em-20-anos/>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MENSAGEIROS DA DIVERSIDADE: O RECONHECIMENTO DOS ESTADOS PLURINACIONAIS AOS DIREITOS HUMANOS DE IMIGRANTES E REFUGIADOS

João Alves de Souza Junior

Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Mestre e graduado em Direito pela mesma instituição.
Bolsista da Capes

Resumo:

As migrações internacionais emergem atualmente com a negativa de direitos humanos e fundamentais daqueles que se deslocam. As violações na lida estatal com imigrantes e refugiados estão relacionadas à modernidade, a colonização, a sociedade de consumo e a globalização. As possibilidades de superação da segregação, pelo menos no aspecto jurídico, são promissores os Estados Plurinacionais sul americanos de Bolívia e Equador, que em suas constituições, instituem estruturas e direitos, capazes de atuarem no rompimento da modernidade, na garantia de participação cidadã e respeito à diversidade, propondo a eliminar a discriminação moderna, através do respeito às diversidades, pautando a cidadania universal, o livre trânsito de todos os habitantes do planeta, o progressivo fim da condição de estrangeiro com meio negativa de direitos humanos e a participação como votantes em processos eleitorais. É um horizonte de contraponto à ideia moderna de cidadania, de diversidade e de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos e diversidade; Estados plurinacionais; Imigrantes e refugiados.

As migrações internacionais emergem atualmente com a negativa de direitos humanos e fundamentais daqueles que se deslocam. As violações na lida estatal com imigrantes e refugiados estão relacionadas à modernidade, a colonização, a sociedade de consumo e a globalização. As possibilidades de superação da segregação, pelo menos no aspecto jurídico, são promissores os Estados Plurinacionais sul americanos de Bolívia e Equador, que em suas constituições, instituem estruturas e direitos, capazes de atuarem no rompimento da modernidade, na garantia de participação cidadã e respeito à diver-

cidade, propondo a eliminar a discriminação moderna, através do respeito às diversidades, pautando a cidadania universal, o livre trânsito de todos os habitantes do planeta, o progressivo fim da condição de estrangeiro com meio negativa de direitos humanos e a participação como votantes em processos eleitorais. É um horizonte de contraponto à ideia moderna de cidadania, de diversidade e de Direitos Humanos.

As migrações internacionais figuram-se como assunto de relevo no certame mundial. A rapidez das transformações das tecnologias da informação e da comunicação, aliadas às enormes mutações econômicas, políticas, sociais, culturais e ideológicas, contribuem fortemente para a aceleração do crescimento das migrações desde o final do século passado e a crescente negativa de direitos humanos e fundamentais daqueles que se deslocam. Essas considerações alicerçam a opção científica, desde trabalho, é pelo do método dialético, demonstrando as contradições inerentes aos fatos sociais e as normas, o que oportuniza ao pesquisador compreender o objeto de estudo em sua dinâmica histórica.

Tais fatos, quando analisados sob a perspectiva do migrante que, por sua própria condição, já sofre com a distância de seus familiares e amigos, aliado ao desconhecimento da língua, da cultura e da legislação, tornam-se ainda mais gravosos e intensificam o quadro de vulnerabilidade destes sujeitos. Nesse contexto, as populações de imigrantes, de uma maneira geral, constituem uma parcela da sociedade menos protegida contra práticas de servidão e exploração sexual, detenção arbitrária, denegação de direitos trabalhistas, xenofobia, dentre outros. Assim, convém ressoar a dicção da professora Helena Olea:

A condição de não cidadão coloca às pessoas migrantes em uma situação de particular vulnerabilidade. O desconhecimento da língua, dos costumes, da legislação e das práticas dificulta sua relação com as autoridades estatais e limita ou põe travas ao acesso a serviços e programas estatais resultando em violações aos direitos humanos (OLEA, 2004, p. 12).

As origens da atual desigualdade no tratamento estatal com imigrantes e refugiados estão relacionadas à modernidade, ao processo de colonização, o surgimento da sociedade de consumo e mais recentemente a globalização. Note-se, que nem sempre há a vedação total ao processo migratório, mas sim, a seletividade desta migração, o que impacta diretamente na questão dos imigrantes “ilegais/não documentados” ou refugiados, porque estes nada tem a oferecer à lógica de mercado no plano imediato. Para estes há a desumanização, porque, em sentido oposto, pela lógica de mercado capitalista, onde impera o consumo desenfreado, o *status* de humano, muito além de cidadania pura e simples, é entendido como algo que deva ser “merecido” e que seja medida pela capacidade individual de consumo.

Neste sentido Zygmunt Bauman é categórico em afirmar que a atual

crise migratória é um desdobramento do processo de globalização, para o renomado escritor, os imigrantes e refugiados, que se movimentam em fluxos que expõem as desigualdades sociais a níveis globais e a limitação do discurso estatal oficial versus as práticas de acolhimento humanitário, são verdadeiros “Mensageiros da Globalização” (BAUMAN, 2017).

Como muito bem sintetizou Bauman, os atuais imigrantes e refugiados são verdadeiros mensageiros de uma diversidade, nem sempre desejada ou compreendida, é um costume humano, humano demais, culpar e castigar os mensageiros pelo odioso conteúdo da mensagem que transmitem, em vez de responsabilizar as forças mundiais incompreensíveis, inescrutáveis, aterrorizantes [...] (BAUMAN, 2017, p. 4).”

Na mesma esteira, há concordância nos escritos de Milton Santos, o geógrafo e jurista torna a nos alertar dos malefícios da globalização “[...] mas o mundo se torna menos unido, tornando mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal” (SANTOS, 2000, p. 9).

Desta maneira, os imigrantes e os refugiados, por sua própria natureza de desvalidos de sua capacidade de consumidores, figuram como a ponta final do estamento social, e por isso se tornam temíveis, porque não apenas evidencia de forma crua e abjeta a realidade e os resultados obtidos pela sociedade de consumo.

A construção da nacionalidade e da não nacionalidade são de suma importância para a estratégia de consolidação do Estado Moderno, que através da lógica uniformizadora passa estabelecer uma nova relação entre o rei e seus súditos, que neste novo arranjo, passam desempenhar a função de poder central (rei) que governam em nome e suposto benefício de todos os nacionais/cidadãos (súditos).

A este novo Estado, foi necessário um novo Direito, capaz de manter a ordem uniformizadora, a relação com a burguesia e o poder religioso, a expulsão dos indesejados. Este direito moderno promove e regula, a moeda nacional, o banco nacional, o uso das armas pelo estado, as empresas nacionais, o tesouro nacional e a própria nacionalidade. “Esta é a principal tarefa deste novo poder, e logo do direito construído a partir daí, o direito moderno.” (MAGALHÃES, 2012, p. 18).

A construção da uniformização desemborça em outra lógica perversa, o binário de exclusão “nos” contra “eles”. O “nós” age numa proposta narcisista de valorizar a uniformização, elevando as diferenças com os outros, como algo indissociável da nacionalidade.

É neste compasso que segue o Estado a mesma métrica que produziu ao criar a sociedade de consumismo, posto que ele próprio, o Estado, também precise consumir e mais, ser ele mesmo um item de consumo, ou seja, precisa ser revestido de características que o tornem atraente para ser consumido.

Daí a existência e valoração dos conceitos de Soberania e de Direito Humanos que, em origem, deveriam servir ao propósito de abarcar e assegurar o mínimo de existência digna a toda qualquer pessoa humana por sua sim-

ples condição biológica, entretanto, estas seguridades não chegam a cumprir os fins originais visto que não sejam, de fato, universais, pois se baseiam antes na capacidade consumidora dos países de origem dos indivíduos, bem como ao reconhecimento que estes Estados soberanos transferem aos seus cidadãos em âmbito internacional.

Difícilmente, por exemplo, encontraremos em qualquer país ocidental muitas restrições para refugiados de origem Europeia ou Norte Americana, porque estes já possuem de origem, mesmo que em seus países haja contra si processos ou impedimentos, a validação enquanto membros de uma sociedade “vitoriosa” sob o espectro do consumo, e, ao mesmo tempo haverá uma miríade de entraves para indivíduos na mesma situação fática, mas que sejam oriundos de países da África ou da América Latina. Porque falta a estes países a validação de suas características enquanto produtos vendáveis, igualmente inseridos na lógica mercantilista de consumo e da utilidade advinda deste.

No entanto, só vão até aí os “direitos humanos internacionais”. Mesmo num volume tão limitado, contudo, esses direitos não são reconhecidos e concedidos incondicionalmente. Para ter direito a esperar um tratamento humano, os estrangeiros precisam possuir um passaporte válido atestando sua nacionalidade num Estado reconhecido. Devem também ser isentos dos impedimentos de entrada por parte das autoridades estabelecidas de controle do tráfego entre fronteiras. Nessa área, cessa a solidariedade intergovernamental. Não há qualquer “simetria internacional” em prender estrangeiros sem acusação formal e mostrar-lhes a porta de saída. Os governos que fizessem isso sem dúvida fariam protestos e reivindicariam sanções punitivas em nome dos “direitos humanos internacionais” se seus cidadãos fossem tratados de forma semelhante nos países de origem de seus prisioneiros (BAUMAN, 2010, p. 67).

Assim, aos imigrantes não documentos, originários na maior parte das vezes de antigas colônias europeias e que tenham abandonado seus países de origem por uma série de fatores de ordem econômica, ou para fugir de verdadeiras atrocidades das mais diversas, vislumbra-se a duplicidade de seu ‘desvalimento’, pois, por si mesmos não estão inseridos como triunfantes consumidores ativos e, por seus países, não obtém a validação de sua existência humana. São por assim dizer, duplamente estigmatizados e merecedores da “não existência”. De outra forma não se caracterizaria então a ausência para eles dos direitos mais básicos, antes ligados aos Direitos Humanos do que necessariamente ligados a algum conceito de nacionalidade ou de cidadania, surgidos na esteira do direito moderno.

A nova abordagem plurinacional para migrações no âmbito das Constituições dos Estados Plurinacionais latino americanos de Bolívia e Equador, observando como estes se distanciam do modelo da modernidade que gera exclusão e segregação ao “estrangeiro”.

Os ligeiros registros feitos sobre estes novos arranjos estatais serão

significativos para entender que existem experiências hospitalidade dos não nacionais, que perpassam por um viés de diversidade e garantia de direitos, possibilitando novas formas de acolhimento e participação cidadã, quase impensáveis na teoria estatal eurocêntrica e modernista.

Os Estados Plurinacionais Constitucionalizados se caracterizam pelo reconhecimento da artificialidade da “nação única” em face de uma relação dialógica com povos originários, tradicionais e as nações sonegadas pela colonização. Buscam a equivalência e a valorização dos saberes populares em face do colonial, a harmonia entre a natureza e a humanidade, as diversidades como algo importante a serem protegidas e reconhecidas pelo Estado. Nesta esteira surgem os movimentos políticos que, especificamente no Equador e na Bolívia irão constitucionalizar os Estados Plurinacionais

Essa breve exposição, irá se ater aos textos normativos e estudos recentes sobre estes Estados, estando o autor consciente que existem nestes dois ordenamentos jurídicos, distanciamento entre o preconizado no texto legal e a situação de fato.

Este arranjo estatal assume a proposta de superar a lógica binária “nós contra eles”, se estruturando com a dignidade humana e a valorização das diversidades na condição de princípios do existir estatal.

Com este novo arranjo abre-se a possibilidade de superar as desigualdades construídas pelo mecanismo da modernidade de segregação do “outro” e do “estranho”. Por não haver uma indisposição estatal inicial, os Estados Plurinacionais, passam a reconhecer em suas constituições, condições de afirmação e diversidade.

A atual Constituição boliviana, promulgada em 07 fevereiro de 2009, após a mesma ter sido votada em um referendo popular, apresentou importantes avanços no plano interno do país e também para a relação entre o estado plurinacional boliviano para com estrangeiros residentes naquele país.

A Constituição que garantiu a inclusão das comunidades indígenas e povos tradicionais na representação política do Estado, na função jurisdicional e legislativa, compreendeu também por atribuir possibilidades de não nacionais contribuírem na condição de votantes para a democracia e a cidadania no país.

A Bolívia permite a participação de estrangeiros que residem de forma regular no país, nas eleições de cunho municipal, aquela que define os representantes locais, que são responsáveis pela gestão do cotidiano das comunidades, permitido uma diversidade de opiniões sobre o futuro e as prioridades.

Nestes termos, o não nacional que reside na Bolívia tem voz ativa e participativa no locus de sua residência, apresentando capacidade de influenciar os rumos da sua localidade igualmente como os demais bolivianos. Prevalece aqui, uma visão de superar a ideia do “outro”, do “estranho”, do “desconhecido”, tão reforçada pela modernidade e seus modelos estatais.

É de suma importância registrar, em contraponto, que de regra, os Estados Modernos e suas constituições, nega a possibilidade de voto para estrangeiros, não possibilitando a participação das eleições oficiais para cargos

do executivo e legislativo em qualquer nível, por imigrantes e refugiados residentes, reduzindo assim a possibilidades lutas de conquistas e de exercícios de direitos fundamentais através do poder político.

A atual Constituição do Equador, promulgada em 20 de outubro de 2008, trouxe diversas inovações aquele país com o estabelecimento de um Estado democrático de direitos e justiça, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico (ECUADOR, 2008).

Estado Plurinacional Equatoriano, nos ensinamentos do escritor e pesquisador Alberto Acosta, promove então a incorporação de “códigos culturais dos povos e nacionalidades indígenas, há que se abrir as portas a um amplo debate para transitar a outro tipo de Estado que não esteja amarrado às tradições eurocêntricas” (ACOSTA, 2016, p. 26).

Pode-se dizer que, ao querer romper as tradições estatais eurocêntricas, o texto Constitucional atribui o reconhecimento também de direitos e condição de sujeitos de direitos, a natureza e ao “Bem Viver”, ao não nacional e a outros segmentos historicamente segregados pela colonização e a realização da modernidade.

Quanto à igualdade entre nacionais e não nacionais, no âmbito do Equador, a Constituição Plurinacional dedica vários artigos em eliminar a segregação colonial e moderna, estabelecendo direitos e diretrizes de respeito às pessoas como maneira de viabilização do Bem Viver. Assim pode-se ler nas palavras a seguir:

Em sintonia com essa visão de mobilidade humana, a Constituição do Equador impulsiona o princípio da cidadania universal, o livre trânsito de todos os habitantes do planeta e o progressivo fim da condição de estrangeiro como elementos transformadores das relações desiguais entre os países, especialmente entre os do Norte e os do Sul (ACOSTA, 2016, p. 196).

Na análise da Constituição do país sobre o tema, cabe destaque a definição dada em seu artigo 40: “*se reconhece que as pessoas têm o direito de migrar. Nenhum ser humano será identificado ou considerado ilegal devido ao seu status de imigração*” (EQUADOR, 2008). A migração como um direito, é a base para que se possa sedimentar a construção de outras camadas de direitos. É o que a carta magna faz ao estipular que todos os não nacionais que residirem regularmente no Equador, ao menos por 05 (cinco) anos, terão os direitos de votar em todos os processos eleitorais.

O Estado Equatoriano prevê ainda em sua norma maior, a sua obrigação de proteger os direitos das pessoas que se encontram em mobilidade humana (migratória) através de seus órgãos competentes, neste sentido, em recente ação em parceria com o ACNUR, para que os Refugiados naquele país passem a receber carteiras de identidade equatorianas, o mesmo documento de identidade usado pelos nacionais, eliminando não só a barreira simbólica, mas como meio de garantir o acesso regular a direitos humanos, sociais e eco-

nômicos de forma simplificada e em iguais condições que os demais (AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS, 2018).

Em consideração complementar, podemos inferir que o Estado equatoriano compreende as dimensões políticas, históricas e o poder que envolvem a questão das imigrações e emigrações. O que se torna a base da sua proposta Constitucional da consolidação de uma cidadania global, sem grandes distinções entre as pessoas e aos seus direitos, em razão de seu local de nascimento/nacionalidade. Neste sentido podemos observar a reflexão a seguir:

No mundo do Bem Viver cabe assegurar direitos similares aos cidadãos nacionais e estrangeiros. Os seres humanos são vistos como uma promessa, não como uma ameaça. Não há que esperar que o mundo se transforme para que, então, se avance no campo da migração. Há que agir para provocar essa mudança no mundo (ACOSTA, 2016, p. 196).

Nestes termos, o Estado Plurinacional Equatoriano, com base na sua Constituição e no princípio positivado do Bem Viver, promovem vários elementos de igualdade entre nacionais e não nacionais, reconhecendo a mobilidade humana não como um fator econômico ou securitário, mas sim de direitos humanos. Estabelece uma forma de harmonia entre seus povos locais que ali residem e resistem até os dias atuais ao processo da colonização e da modernidade, bem como harmoniza a hospitalidade para aqueles que se deslocam em razão dos efeitos do atual mundo globalizado.

As possibilidades de superação da segregação de migrantes, nos tempos atuais, pelo menos no aspecto jurídico, são mais promissoras nas experiências dos Estados Plurinacionais sul americanos de Bolívia e Equador, que buscaram em seus textos constitucionais, instituir estruturas e direitos capazes de atuarem no rompimento dos preceitos da modernidade.

A proposta plurinacional é promissora, ao romper com o artífice da nacionalidade como mecanismo de exclusão, permite um horizonte de diversidade no qual as pessoas sejam vistas não como ameaça, mas sim como uma possibilidade. A participação dos migrantes na construção política de novos direitos e como sujeitos de seus próprios direitos, podem ser consideradas como sendo um contraponto à ideia moderna de cidadania, de povo, de diversidade, e por que não, de Direitos Humanos.

Referências

ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS. **Deslocamento forçado supera 68 milhões de pessoas em 2017 e demanda novo acordo global sobre refugiados**. Brasília: ACNUR, 2018. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2018/06/19/mais-de-68-milhoes-de-pessoas-deslocadas-em-2017-e-essen>

cial-um-novo-acordo-global-sobre-refugiados/. Acesso em: 15 nov. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com citlali rovirosa-madrado**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Mensageiros da globalização: Zygmunt Bauman, o filósofo da modernidade líquida, reflete sobre a atitude da Europa diante da chegada de refugiados às suas costas** [S. l.]: El País, 9 jan. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/29/internacional/1446143608_413979.html. Acesso em: 26 jul. 2019

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. Quito: Siteal, 2008. Disponível em: https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; OMMATI, José Emílio Medauar; OLIVEIRA, Laura Alves de; GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Teorias da argumentação jurídica e estado democrático de direito: coleção teoria crítica do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLEA, Helena. Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del sistema interamericano. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derechos de las poblaciones migrantes, mujeres, los pueblos indígenas i niños, niñas y adolescentes**. San José. IIDH, 2004. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1750/sistema-interamericano-2004.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

RELEITURA DO CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA NA ASSISTÊNCIA SOCIAL: UMA PROPOSTA EXPANSIVA DA PROTEÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS¹

Rainer Bomfim

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa CAPES. Professor de Direito da Rede Doctum – Unidade João Monlevade e Professor Substituto de Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora – campus avançado de Governador Valadares.

Resumo:

Sob a vertente metodológica jurídico-sociológica, estuda-se sobre a possibilidade da expansão do conceito de hipossuficiência no âmbito da assistência social com a finalidade de incorporar outras vulnerabilidades sociais dentro do campo jurídico-teleológico do Direito Previdenciário. A hipótese é que, com a abertura do Estado Democrático de Direito a um paradigma de diversidade, existe a possibilidade da proteção de outras vivibilidades e para isso propõe-se a releitura do conceito de hipossuficiência dentro da assistência social para abarcar com benefícios assistenciais outras vulnerabilidades além daquelas já protegidas. O referencial teórico são os escritos de Juliana Teixeira Esteves. A pesquisa se justifica pela existência da proteção constitucional ao mínimo existencial e pela existência da proteção dos direitos humanos. O Estado contemporâneo protege um mesmo grupo hegemônico de sujeitos e pretende-se a expansão do sujeito epistêmico do Direito Previdenciário.

Palavras-chaves: Direito previdenciário; Assistência social; Hipossuficiência;

1. Introdução²

Sob a vertente metodológica jurídico-sociológica, esta pesquisa versa so-

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES – Código de Financiamento 001).

2 Esta discussão é fruto de constantes discussões com a amiga, orientadora e professora Doutora Flávia Souza Máximo Pereira (UFOP). Assim, agradeço a interlocução constante nas minhas pesquisas. Adverte-se, ainda, que parte dessas discussões são frutos da pesquisa dissertativa do autor, disponível em: BOMFIM, Rainer. *Hormonionormatividade, pessoas em transição de gênero e farmacopoder: uma proposta-truque para o conceito de hipossuficiência na assistência social*. Dissertação de Mestrado defendida junto ao programa de Pós-graduação “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto.

bre a possibilidade da expansão do conceito de hipossuficiência no âmbito da assistência social com a finalidade de incorporar outras vulnerabilidades sociais dentro do campo jurídico-teleológico do Direito Previdenciário. Entende-se que as vulnerabilidades sociais protegidas pelo Estado, atualmente, estão concentradas na existência de um único sujeito protetivo, concentrando assim em necessidades fixas e binárias.

Assim, com o reconhecimento do princípio da igualdade enquanto diversidade é preciso reconhecer novos conjuntos protetivos como vulnerabilidade para a expansão da proteção dos sujeitos. Dessa forma, a hipótese é que, com a abertura do Estado Democrático de Direito a um paradigma de diversidade, existe a possibilidade da proteção de outras vivibilidades e para isso propõe-se a releitura do conceito de hipossuficiência dentro da assistência social para abarcar com benefícios assistenciais outras vulnerabilidades econômicas, jurídicas e sociais além daquelas já protegidas. O referencial teórico são os escritos do âmbito doutoral de Juliana Teixeira Esteves (2015).

A discussão do presente trabalho acontece em âmbito abstrato para pensar em quais seriam as vulnerabilidades sociais que já são reconhecidas pelo Estado e quais outras que podem ser protegidas.

Para isso, inicialmente, apresentam-se a seguridade social e a assistência social como lócus de expansão do conceito de hipossuficiência por abarcarem a proteção daquelas/es que são afetadas/os pelo risco social. Em seguida, apresenta o conceito de vulnerabilidade social construído dentro dos direitos sociais e discute-se a existência de uma renda mínima. Ato contínuo, desvela-se quais são os benefícios que são protegidos pela assistência social dentro do ordenamento jurídico atual. Por fim, sugere a expansão da proteção para pessoas trans, haja vista a vulnerabilidade e discriminação sofrida por este grupo.

O trabalho se justifica pela existência da proteção constitucional ao mínimo existencial e pela existência da proteção dos direitos humanos a partir da dignidade da pessoa humana. O Estado contemporâneo protege um mesmo grupo hegemônico de sujeitos e está pesquisa pretende a expansão do sujeito epistêmico do Direito Previdenciário.

Esta pesquisa tem um caráter exploratório dos ramos dos direitos sociais e por isto, neste momento, não se apresentam quais seriam as outras materialidades.

Como conclusão, tem-se que com base no ordenamento jurídico brasileiro e nos princípios regentes na assistência social todos aqueles que estiverem em condição de vulnerabilidade social devem ser protegidos pela assistência social com a instituição de benefícios.

2. Direito previdenciário

O Direito Previdenciário que tem na seguridade social o objeto em que se desenvolve na forma de proteção genérica e atua como um conjunto de medidas constitucionais aos direitos individuais e coletivos que se operam em

três dimensões, a previdência, a assistência social e a saúde (ESTEVEES, 2015, p. 44-46; BRASIL, 1988).

Considerando estes fatores, faz-se necessário distinguir os conceitos de seguro social e assistência social:

seguro e assistência, por suas naturezas e técnicas completamente diferentes, agem, em realidade, em dois planos completamente distintos. O seguro social garante o direito a prestações reparadoras ao verificar-se o evento previsto, antes que os danos possam determinar o estado de indigência, de privação, da pessoa golpeada. **A assistência intervém, não de direito, mas segundo avaliação discricionária, somente quando, por causa de eventos previstos ou não previstos, esteja já em ato um estado de indigência, de privação, que ela tem o fim de combater.** (CARDONE, 1990, p. 24, grifos nossos)

Neste sentido, o seguro social é *per si* uma proteção que acontece frente aos riscos de se viver em sociedade. Por sua vez, a assistência já atua naqueles casos em que os riscos sociais já são uma realidade experimentada. Vale ressaltar que a materialização do seguro social no âmbito estatal é previdência social, atingindo majoritariamente protegidos pelo Regime Geral de Previdência Social, entretanto, esta atinge apenas uma parte da população, que é aquela que está inserido no mercado formal. Contudo, ficam excluídas/os aquelas/es que não têm a proteção das suas atividades reconhecidas e protegidas pelo Estado.

Nota-se que, no Brasil, a seguridade social enquanto um direito social é sistema de proteção social que preza pelo trabalho humano e tem como objetivo o bem-estar e a realização de justiça social, sendo que é o ramo que concentra as medidas constitucionais de proteção aos indivíduos (seja de direitos individuais ou coletivos) na seara estatal (BRASIL, 1988). Esta proteção tem assento constitucional no art. 193 e 194 da CFRB/88, o qual este último discorre sobre os seus princípios fundantes.

Assim, entender o Sistema de Segurança Social Brasileiro é compreender que normativamente existe um sistema de proteção social que, por suas diversas formas de financiamento³, fixa um seguro para todas/os cidadã/os e tem por objetivo proteger aquelas/es⁴ que são afetados pelos riscos sociais

3 Ressalta-se que as receitas são oriundas de contribuições sociais do empregado e do empregador, conforme dispõe o art. 167, XI da CFRB/88. Ademais, a Seguridade social é feita com recursos oriundos dos estados federados, das contribuições sócias e outras formas. Assim, não existe uma vinculação obrigatória da receita com um benefício assistencial em específico, muito embora possa existir a vinculação da receita para determinado setor da seguridade social, como a saúde (ESTEVEES, 2015, p. 48). Nota-se que o custeio é feito por contribuições previdenciárias (custeio direto) e aqueles que não são exclusivamente previdenciários (custeio indireto), como tributos.

4 Dentro da previdência social tem-se que são protegidos aquelas/es que são designados como beneficiários, que pode ser os segurados, aquelas/es que experimentam os riscos sociais, ou os dependentes, aqueles que dependiam economicamente delas/es (ESTEVEES, 2015, p. 48). São exemplos de dependentes cônjuges, filhas/os menores e aque-

(ESTEVEES, 2016, p. 46). Essa afetação é uma disputa constante daquelas/es da sociedade perante o Estado, sendo que esse sistema de proteção é uma conquista da classe trabalhadora que buscava por uma melhor condição de trabalho e proteção às/aos suas/seus integrantes (COHN, 1980, p. 58).

Desta forma, existe uma força ativa por parte da sociedade, principalmente a classe trabalhadora, que luta para uma maior proteção dos riscos inerentes as atividades sociais e a ampliação da proteção dada aos problemas sociais. Estes movimentos sociais são tratados pelo Estado brasileiro, por intermédio de entidades ou políticas públicas, por via assistencial ou previdenciária (ESTEVEES, 2016, p. 46). Então, para acesso aos benefícios da seguridade social, tradicionalmente, destaca-se que estas são as formas: criação de políticas públicas, expansão das regras de acesso a prestações, aumento do rol da cobertura de procedimentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), ampliação da cobertura da proteção previdenciária.

Nesta senda, tendo em vista diretrizes das Organizações das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), é assegurado, com base na ideia de solidariedade social, a todas/os cidadã/os o direito à seguridade social, sendo que esta é custeada (das mais diversas formas) por toda sociedade (ESTEVEES, 2015, p. 46). Desta forma, previdência, assistências e saúde pública são direitos fundamentais do indivíduo. Cada uma delas tem características próprias e objetivos específicas com a finalidade geral de proteção social nas suas mais amplas possibilidades.

A saúde pública e a assistência social são consideradas deveres do Estado, deste modo, são de acesso universal e apresentam-se como não-contributivas (ESTEVEES, 2015, p. 46). De tal forma que qualquer indivíduo que dessas necessite ou experimente algum tipo de risco social possa acessá-las, desde que esteja contemplado pelos procedimentos do SUS ou pelas políticas públicas. Por sua vez, a previdência social é contributiva, ou seja, para acessar a sua proteção dos riscos sociais é preciso custear parte dessas despesas com contribuições mensais, sendo que considere que o seu acesso está restrito “àqueles que contribuíram durante a vida considerada ativa” (ESTEVEES, 2015, p. 46).

Essas diversas formas de seguro são orientadas pelos principais riscos sociais, mas ressalta-se que no art. 6º denota-se que as três vertentes da seguridade social são consideradas como direitos sociais (BRASIL, 1988). Logo, deve ser estabelecida uma interpretação em que se tem respeitada a vedação do retrocesso social dos direitos sociais (MURADAS, 2007, p. 153) e que almeje alcançar a universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único da CFRB/88) como forma de estabelecer uma equidade material com a finalidade de uma justiça redistributiva (ESTEVEES, 2015, p. 20; BRA-

les que são designados pela/o segurada/o como dependentes (pai(s)/mãe(s), filhas/os maiores). Dentro dos segurados têm-se os obrigatórios (empregados, empregados domésticos, trabalhadores avulsos, contribuintes individuais e segurados especiais) e facultativos (ESTEVEES, 2015, p. 48)

SIL, 1988). Percebe-se que ao estruturar-se como um direito fundamental é um direito de cumprimento progressivo e cogente, de tal forma a ser vedada qualquer tentativa de retrocesso ou mesmo diminuição, por ser cláusula pétreia, como determina o art. 5º, parágrafo 1º da CFRB/88 (BAHIA, CALDAS, 2020, p. 21). Assim, tem-se que princípios gerais constitucionais também orientam toda a atuação da seguridade social, como princípio da igualdade (art. 5, inciso I da CFRB/88), legalidade (art. 5º, inciso II da CFRB/88) e do direito adquirido (art. 5, inciso XXXVI da CFRB/88).

Então, percebe-se que há espaço normativo no direito previdenciário para comportar diversas narrativas, dimensões e dialéticas de proteção social. Esta multiplicidade de narrativas é evidenciada, por exemplo, pelo fato de que o direito previdenciário, além do direito das famílias, é o único ramo jurídico que reconhece - mesmo que de forma precária - o trabalho reprodutivo e o tempo não-mercantil despendido por aquelas que se dedicam exclusivamente ao trabalho doméstico como passível de proteção jurídica, considerando-o como tempo contributivo para fins de aposentadoria voluntária na categoria de segurado facultativo.

3. Assistência social

A assistência social foi uma conquista construída pelos atores sociais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, que visavam um maior destaque deste setor a nível constitucional, para garantir o seu funcionamento e a proteção às/aos suas/seus destinatárias/os. Havia o propósito de cooperação coletiva e solidária para o desenvolvimento social daquelas/es em situação de vulnerabilidade, motivo pelo qual prevaleceu a ideia de construção igualitária de um fundo comum, ao qual se recorreria no caso de determinadas eventualidades (DUARTE, 2002, p. 138-141).

Tradicionalmente, a proteção social é pensada para trabalhadoras/es formais e seus familiares, conforme ditames do sistema cognominado bismarckiano⁵. Assim, esta conquista ampla da imposição do dever Estatal de assistência, vinculada à normatividade constitucional, eleva a proteção assistencial como um direito humano e fundamental (SAVARIS, 2016, p. 10), rompendo com a dimensão da caridade assistencialista. A assistência, na Constituição de 1988, assume o desafio de ultrapassar o caráter moralista, religioso, individualista e anticlassista da política pública herdada do sistema moderno/colonial, em um campo de disputa da riqueza socialmente produzida (COUTO, 2015).

Logo, a política assistencial tem o *dever* de erradicar a miséria e reduzir desigualdades, propiciar as condições para a existência digna e destinar recursos para o desenvolvimento da personalidade humana e para a sua participação social (SAVARIS, 2016, p. 10). A melhoria da condição socioeconômica, em uma política pública seletiva para promover a redistribuição de riquezas e

5 É um sistema contributivo compulsório no qual empregadas/os se vinculam a este fundo de previdência.

renda às/aos mais vulneráveis, consiste em efetivar o princípio constitucional da distributividade e a seletividade de benefícios e serviços da seguridade (art. 194, parágrafo único, III da CFRB/88), que encontra seu núcleo axiológico na assistência social (BRASIL, 1988).

O princípio da seletividade consiste em selecionar quais são/serão os infortúnios mais pertinentes para gerar uma proteção positiva por parte do Estado. O referido princípio deve ser contextualizado no cenário de abrangência da cobertura da assistência social, em que este sempre está em disputas no plano ideológico e material das diferentes concepções e projetos do Estado (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 7). O princípio da distributividade estabelece quais são as/os sujeitas/os que necessitam de maior proteção, e deve ser contemplados, conforme a teleologia da assistência que busca a justiça social como uma forma de redução das desigualdades socioeconômicas mediante uma política de distribuição de renda.

No âmbito da assistência social, destaca-se a aplicabilidade imediata das suas normas, efetivadas mediante políticas públicas que são divididas entre as três esferas de governo, federal, estadual e municipal (SERPA; VÍRGÍNIA, CAVALCANTE, 2015). Tais políticas se dividem em Proteção Social Básica (PSB) e Proteção Social Especial (PSE), que se distinguem pela função dos programas, serviços, ações e benefícios (SERPA; VÍRGÍNIA; CAVALCANTE, 2015). As ações de proteção básica são de caráter preventivo, com vistas à diminuição das vulnerabilidades e riscos sociais, enquanto aquelas de proteção especial são efetivadas pelos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), base territorial local que oferece serviços em áreas de maior vulnerabilidade social (SERPA; VÍRGÍNIA; CAVALCANTE, 2015).

Nota-se que o seguro social é *per se* uma proteção frente à possibilidade de riscos que podem ocorrer quando se vive em sociedade. Por sua vez, a assistência atua naqueles casos em que os riscos sociais já são uma realidade experimentada, mesmo que em caráter preventivo. Como foi trazido nesta dissertação, as pessoas trans experimentam uma precariedade maior e concreta no cenário brasileiro.

Vale ressaltar que a materialização do seguro social no âmbito Estatal se situa na previdência social, atingindo, majoritariamente no Brasil, trabalhadoras/es protegidas/os pelo Regime Geral de Previdência Social. Logo, a proteção jurídica concedida pela previdência social atinge apenas uma parte da população, que é aquela que está inserida no mercado formal de trabalho.

Assim, o trabalho e a assistência social vivem uma contraditória inter-relação entre tensão e atração, em termos de acesso à cidadania. Para aquelas/es que estão fora do mercado formal e em uma situação vulnerável, em uma visão otimista, há a prestação em forma de proteção, o que caracteriza a assistência social, em que não se exige qualquer contribuição dos suas/es beneficiárias/es.

No entanto, Berenice Rojas Couto (2015, p. 669-676) explica que esta contradição entre trabalho e assistência social é falaciosa, pois ambos são ins-

trumentos de efetivação das potencialidades humanas. Esse conflito, de fato, é instaurado por narrativas de austeridade, que se utilizam do argumento meritocrático da culpabilização da pobreza de pessoas vulneráveis:

Na atualidade, considera-se que a contraposição entre assistência social e trabalho é parte do engodo que quer sombrear as relações que sempre se estabeleceram no campo do trabalho no Brasil. Não só temos um grande número de trabalhadores informais como também trabalhadores formais que, por contarem com salários muito baixos, necessitam ser protegidos também pela política de assistência social (COUTO, 2015, p. 669).

O preconceito em relação à “dependência” de um benefício assistencial (COUTO, 2015) é alimentado pelo capital cultural colonial brasileiro, mascarado pelo mito da meritocracia e da democracia racial e de gênero, que presumem igualdade nas condições de acesso e permanência no trabalho formal. Logo, nesse debate é importante reafirmar a centralidade do trabalho protegido como protoforma do ser social (ANTUNES, 2009), mas também é necessário extravasar a realidade da colonialidade brasileira, que, ao instituir as formas interseccionais de opressão e acumulação, impôs à classe trabalhadora mecanismos de reiteração de subalternidade (COUTO, 2015, p. 665-669).

Assim, a assistência social é a vertente securitária que atua na proteção social de pessoas vulneráveis do mercado de trabalho, seja em âmbito formal ou informal. A proteção desse ramo social está vinculada à justiça redistributiva (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 7). Observa-se que não se está defendendo a proteção apenas de vulnerabilidades econômicas transitórias, visto que a justiça redistributiva está intrinsecamente relacionada à justiça de reconhecimento para a diminuição das desigualdades sociais:

Lutas pelo reconhecimento ocorrem num mundo de exacerbada desigualdade material – desigualdades de renda e propriedade; de acesso a trabalho remunerado, educação, saúde e lazer; e também, mais cruamente, de ingestão calórica e exposição à contaminação ambiental [...]. Ao invés de simplesmente endossar ou rejeitar o que é simplório na política da identidade, devíamos nos dar conta de que temos pela frente uma nova tarefa intelectual e prática: a de desenvolver uma teoria crítica do reconhecimento, que identifique e assuma a defesa somente daquelas versões da política cultural da diferença que possam ser combinadas coerentemente com a política social da igualdade [...] Significa também teorizar a respeito dos meios pelos quais a privação econômica e o desrespeito cultural se entrelaçam e sustentam simultaneamente (FRASER, 2006, p. 31).

Nota-se, assim, a instauração da falsa dicotomia entre objetividade das estruturas e subjetividade das representações; de um lado, o cultural e o simbólico e, de outro, o econômico e a vida material (MBEMBE, 2015, p. 123-134). Nesse ideal de proteção dicotômica, mantém-se o direcionamento míni-

mo de recursos para a população em situação de miserabilidade social, como uma política assistencialista de pacificação social (ESTEVEVES, 2015, p. 44-46). Esta política já se mostra existente desde o Estado Liberal e é sofisticada pelo Estado de bem-estar social, que não chegou a se consolidar no Brasil, em que a proteção jurídica assistencial sistêmica da/o sujeita/o assume um caráter paternalista e benevolente (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 7). Assim, cabe ao Estado Democrático de Direito, com todas as suas contradições em termos de normalização, repensar esta categoria em torno de um conceito complexo e plural de vulnerabilidade⁶.

No Brasil, tem-se como marco jurídico determinante da assistência social, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei nº 8.742/1993. Este dispositivo legal estabeleceu três frentes de ação para o combate de vulnerabilidades sistêmicas, que são as prestações pecuniárias (benefício de prestação continuada – BPC - e benefícios eventuais), os programas assistenciais e os projetos de enfrentamento da pobreza. A LOAS também consolida a construção constitucional da assistência, que visa a proteção universal atentando-se para as concretudes da existência humana.

Outro marco importante é a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), instaurada em 2004, e o Sistema Único da Assistência Social (SUAS), em 2005, como medidas de concretização da LOAS, bem como a descentralização e o controle social – através dos conselhos deliberativos, atenção central das políticas nas famílias. Esta descentralização é consolidada pela criação dos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS).

No que se refere ao enfrentamento à pobreza o PNAS, SUAS e CRAS ampliaram os beneficiários alcançados pelas políticas, no sentido de atingir um maior número de segmentos sociais atendidos pelo programa.

Nesta concepção, evidenciam-se condições de pobreza e vulnerabilidade associadas a um quadro de necessidades objetivas e subjetivas, onde se somam dificuldades materiais, relacionais, culturais que interferem na reprodução social dos trabalhadores e de suas famílias. Trata-se de uma concepção multidimensional de pobreza, que não se reduz às privações materiais, alcançando diferentes planos e dimensões da vida do cidadão. Uma ausência nesse conjunto de necessidades apontadas pela PNAS é a condição de classe que está na gênese da experiência da pobreza, da exclusão e da subalternidade que marca a vida dos usuários da assistência social. Ou seja, é preciso situar os riscos e vulnerabilidades como indicadores que ocultam/revelam o lugar social que ocupam na teia constitutiva das relações sociais que caracterizam a sociedade capitalista contemporânea. (SILVA; YAZBEK; GIOVANNI, 2011, p. 34).

Atualmente, conforme determina o art. 203, *caput* e inciso V da CFRB/88, existem dois grandes riscos sociais que são protegidos por meio de benefícios assistenciais: o envelhecimento em situação de miserabilidade so-

⁶ Este conceito será desenvolvido com maior profundidade no tópico seguinte.

cial e as pessoas com deficiência (BRASIL, 1988). Tais riscos sociais são protegidos pelo benefício de prestação continuada⁷ (BPC), pelo auxílio inclusão das pessoas com deficiência e pelo bolsa-família⁸. Recentemente, este último foi extinto e criou-se o auxílio Brasil, porém não se dispõe, até o momento da escrita deste trabalho, informações sobre a forma de financiamento, sendo que foi divulgada uma total transferência dos recursos do bolsa-família para este programa assistencial.

Assim, vislumbra-se que existe uma seleção pelo Estado ao escolher quais serão os riscos sociais protegidos e isso perpassa pela distribuição das vulnerabilidades, como é descrito a seguir.

4. Vulnerabilidades

O conceito de vulnerabilidade é debatido em suas diversas versões e posições jurídicas, seja no “direito privado” ou no “direito público”, em números quantitativos, em vários ramos das ciências, em termos históricos, políticos e sociais. A sua definição é alvo de disputa pelos diversos setores de conhecimento, sendo que, nas ciências sociais, está atrelada ao conceito das minorias (SCOTT *et al.*, 2018, p. 601-602). Essas minorias não representam os termos absolutos da população, haja vista que a concepção de “vulnerabilidade” se desenvolve em contato com a sociedade e seus conceitos e pré-conceitos (SCOTT *et al.*, 2018, p. 601-602).

A vulnerabilidade interconecta-se com o direito à diferença, visto que se identifica um elo mais fraco ou diferente dentro daquela relação e protege-se com direitos, seja nos contratos de emprego, consumo ou entre particulares (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 180). Por sua vez, a hipossuficiência é entendida como o estado jurídico e a vulnerabilidade o estado material-social.

7 O benefício de prestação continuada possui caráter assistencial – periódico e pago em pecúnia – no valor de um salário-mínimo para idosos/os, pessoas com deficiência com baixa renda e crianças com síndrome congênita do Zika vírus, cuja previsão se encontra na LOAS (BRASIL, 1993). Observo que é benefício direcionado para um segmento que está em situação de dependência e insegurança social (DUARTE *et al.*, 2017, p. 3516).

8 O programa Bolsa Família (PBF) integra o plano “Brasil Sem Miséria” e foi criado pela Lei nº 10.836/2004 (BRASIL, 2004b) e regulamentado pelo Decreto nº 5.209/2004 (BRASIL, 2004a), com a finalidade de unificar as ações governamentais que visavam a transferência de recursos pelo Governo Federal. Esse programa é considerado um eixo estratégico para a integração de políticas e das ações no enfrentamento à pobreza, uma forma de acesso à educação e combate ao trabalho infantil (SILVA, 2012, p. 308). A justificativa da unificação de tais ações universais foi para ampliar os programas de transferências de renda pelo governo, aumentar o valor monetário do benefício e fiscalizar aquelas/es que recebem tais valores (SILVA, 2007, p. 1434). O programa Bolsa Família visa o alívio imediato da situação de pobreza vivenciada pelas famílias beneficiárias (CAMPELLO; NERI, 2013), pois é um benefício de transferência de renda direta vinculado à LOAS, que é pago mensalmente em dinheiro, com um valor definido, de trato sucessivo e caráter temporário. O objetivo é atender demandas de manutenção do padrão alimentar de determinada família, bem como a manutenção do ensino regular da criança, exame pré-natal e acompanhamento nutricional e de saúde (art. 3º da Lei nº 10.836/2004, art. 25 do Decreto nº 5.209/2004).

Dentro desse contexto, o conceito de precariedade, dentro do direito, pode ser materializada e balizada pelo conceito sociológico e ontológico de vulnerabilidade, transposto para o direito como hipossuficiência. Não apenas como uma constatação, mas no sentido de reivindicar uma discussão jurídica de corpos que estão em posições sociais e ontológicas desfavoráveis. Assim, trabalha-se com a articulação da vulnerabilidade dentro da assistência social para viabilizar a transposição jurídica do conceito de precariedade no *locus* da hipossuficiência do direito previdenciário.

A vulnerabilidade, dentro do espectro jurídico da hipossuficiência, é movida pela precariedade desenvolvida em virtude da exposição aos riscos eminentemente sociais e subjetivos, que são articulados por seus marcadores de sociabilidade e de caráter ontológico.

Na seguridade social, os conceitos de vulnerabilidade consolidam-se na área da saúde, com a finalidade específica de reordenar práticas de prevenção e promoção para um espectro atento ao contexto social. Em 1980, o conceito foi relacionado com a síndrome da imunodeficiência adquirida (aids) (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 6-8; SCOTT *et al.*, 2018, p. 601-602). A definição vem para substituir a ideia de “grupo de risco”, haja vista que os estudos indicavam o aumento das chances e formas de contágio pela doença em majoritariamente toda população (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 6). Essa evolução remete ao aspecto social que uma população sofre em determinadas estruturas de localização hierárquicas (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 7-8).

No âmbito da área da saúde, reconhece-se a preponderância das diversas conjunturas macrossociais “[...] sem desconsiderar a dimensão pessoal requisitada para o enfrentamento das situações vulnerabilizantes [...]” (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 6). Dessa forma, o que se observa é que o conceito de vulnerabilidade não está atrelado a um grupo específico, mas sim a uma determinação subjetiva gerada em contato com o coletivo.

Por sua vez, as vulnerabilidades dentro da previdência social são estabelecidas a partir do reconhecimento jurídico de que existem determinados riscos sociais que geram hipossuficiência das/os sujeitas/os, que devem ser protegidos em detrimento de outros. Destaco as aposentadorias especiais em razão da exposição a ambientes perigosos, como os ambientes insalubres ou penosos, ou mesmo a previsão constitucional de que as mulheres podem se aposentar 5 anos antes em relação aos homens em decorrência da divisão sexual do trabalho. Por fim, um outro exemplo que se destaca é a aposentadoria programada no caso das/os trabalhadoras/es rurais, que também têm a sua idade mínima reduzida em 5 anos pela existência de um alto desgaste físico no exercício das suas atividades laborais.

Na assistência social, o termo “vulnerabilidade” é necessariamente interligado ao vocábulo “social”, que indica a evolução do entendimento sobre as privações e desigualdades derivadas da pobreza (SCOTT *et al.*, 2018, p. 601-605). A assistência é, por definição, o ramo que lida com as vulnerabilidades no âmbito dos direitos sociais.

Nos anos 1990, estimulada pela existência de variáveis puramente econômicas vinculadas à pobreza, ocorre a reorientação da política pública da assistência social. Como demonstram Michelly E. do Carmo e Francini L. Guizardi:

As imbricações entre os conceitos de risco e vulnerabilidade no campo da assistência social levam a concepções que tomam desde a dimensão mais individual do primeiro sobre o segundo, passando pela assunção daquele como a condição da frágil sociedade contemporânea e deste como a condição dos indivíduos inseridos nesta sociedade culminando por atrelar a situação de vulnerabilidade dos sujeitos a um certo risco. Ainda que as discussões empreendidas prezem por distinções conceituais, temos de admitir que o termo vulnerabilidade, no escopo da assistência social, se destaca pela aptidão com que engloba situações entre a iminência de um risco e a desvinculação ou desfiliação social, de fato. (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 7).

Destaca-se que, muito embora a questão de vulnerabilidade possa atingir majoritariamente a população que é considerada como pobre no sentido econômico, nas sociedades capitalistas contemporâneas, especialmente aquelas que foram colonizadas – como o Brasil –, as relações não podem ser tabuladas apenas em termos de classe, visto que os marcadores dessa vulnerabilidade são distribuídos desigualmente (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 7). Estes marcadores em territórios do Sul são interpenetrados por relações e posições vinculadas à raça e ao gênero. Como salienta:

Devido ao precário acesso à renda, os sujeitos ficam privados ou acessam com mais dificuldade os meios de superação das vulnerabilidades vivenciadas, sejam tais meios materiais ou capacidades impalpáveis, como a autonomia, a liberdade, o autorrespeito. É nesse sentido que se torna possível associar a vulnerabilidade à precariedade no acesso à garantia de direitos e proteção social caracterizando a ocorrência de incertezas e inseguranças e o frágil ou nulo acesso a serviços e recursos para a manutenção da vida com qualidade. (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 7).

Percebe-se, então, que, com o advento da CRFB/88, a vulnerabilidade econômica não basta como elemento diferencial dos próprios direitos sociais (SOUTO MAIOR; CORREIA, 2007, p. 24-25). Para a constituição dessa proteção com base nos direitos fundamentais, é necessária a intersecção de mais de uma dessas variantes, a fim de que a proteção adequada seja efetivada pelo Estado.

Entender a vulnerabilidade nos termos da assistência social é um processo no qual se tem diversos fatores e marcadores sociais dentro da materialidade daquele caso concreto, articulado com uma precariedade não apenas econômica.

Neste sentido, reafirma-se que a vulnerabilidade dentro da assistência

deve ser entendida como aquela que compreende as relações sociais interseccionais vinculadas às identidades de sujeitas/os que experimentam as situações de exclusão social, pobreza, determinantes históricos e políticos. Logo, é possível confirmar, neste patamar do desenvolvimento da pesquisa, a hipótese inicialmente levantada da necessidade da expansão do conceito de hipossuficiência da assistência social.

A conclusão decorre pela necessidade de expansão das proteções dos riscos sociais além dos marcadores de classe. Essa necessidade decorre do entendimento de que o ideal de justiça acontece em termos redistributivos, mas também de reconhecimento. Esta é a ideia defendida por Nancy Fraser. Com essa interpretação da realidade brasileira – enquanto uma sociedade complexa e plural – percebe-se a necessidade de abarcar outras interfaces da vulnerabilidade. Para que isso ocorra são necessários articular os dados da assistência social com as realidades de discriminação que acontecem em nossa sociedade. A análise é balizada em termos de raça, gênero e, no Brasil, identidade de gênero (BOMFIM, 2021).

5. Conclusão

Ao longo desse trabalho, sob a vertente metodológica jurídico-sociológica, esta pesquisa versa sobre a possibilidade da expansão do conceito de hipossuficiência no âmbito da assistência social com a finalidade de incorporar outras vulnerabilidades sociais dentro do campo jurídico-teleológico do Direito Previdenciário

A hipótese é que, com a abertura do Estado Democrático de Direito a um paradigma de diversidade, existe a possibilidade da proteção de outras vivibilidades e para isso propõe-se a releitura do conceito de hipossuficiência dentro da assistência social para abarcar com benefícios assistenciais outras vulnerabilidades econômicas, jurídicas e sociais além daquelas já protegidas.

Então, a hipótese foi confirmada sobre a possibilidade de uma releitura da hipossuficiência na assistência social pode abarbar outros sujeitos e aumentar a proteção dos riscos sociais. Uma vez que é a precariedade desenvolvida em virtude da exposição aos riscos eminentemente sociais e subjetivos, que são articulados por seus marcadores de sociabilidade e de caráter ontológico.

Em relação a este estado da arte, destaca-se que essa leitura é uma chave aberta para novas pesquisas que vislumbrem a possibilidade de rearticular as estruturas do Estado de Direito para a proteção de minorias que são afetadas pelo risco social.

Então, a sugestão é entender que se trata uma expansão que não é um fim em si mesmo, mas sim mais um passo na luta pelo reconhecimento jurídico da precariedade das vidas. Logo, são necessárias outras ocupações estratégicas do direito, que concretizem as lutas por justiça redistributiva e de reconhecimento, e que têm como finalidade a expansão de direitos. Afinal, todas as vidas importam.

Referências

BAHIA, Alexandre G. Melo Franco de Moraes; CALDAS, José. **Prevenção e tratamento de HIV-AIDS para HSH e mulheres trans/travestis: crises e desafios**. Porto Alegre: Fi, 2020.

BOMFIM, Rainer. **Hormionormatividade, pessoas em transição de gênero e farmacopoder**: uma proposta-truque para o conceito de hipossuficiência na assistência social. Dissertação de Mestrado defendida junto ao programa de Pós-graduação “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 7 jul. 2011a.

CARMO, Michelly Estáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas de saúde e assistência social. **Cadernos de Saúde Pública**, [S. l.], v. 34, n. 3, 2018.

CARDONE, Marly. **Previdência, Assistência, Saúde: o não trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 1990.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COHN, Amélia. **Previdência Social e Processo Político no Brasil**. São Paulo: Moderna, 1980.

ESTEVES, Juliana Teixeira. **O Direito da Seguridade Social e da Previdência Social: a Renda Universal Garantida, a taxação dos fluxos internacionais e a nova proteção social**. Recife: UFPE, 2015.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era sociedade “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14/15, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Revista do Programa de Pós-graduação em Artes Visuais da Escola de Belas Artes**, [S. l.], n. 34, v. 15 p. 123-151, 2016.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 6. ed. Curitiba: Alteridade, 2016.

SCOTT, Juliano Beck *et al.* O conceito de vulnerabilidade social no âmbito da psicologia no Brasil: uma revisão sistemática da literatura. **Psicologia em Revista**, [S. l.], v. 24, n. 2, 2018.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. O Bolsa Família: problematizando questões centrais na política de transferência de renda no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, [S. l.], v. 24, n. 2, 2018.

4], v. 12, n. 6, 2012, p. 1429-1439.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. Pobreza, desigualdade e política pública: caracterizando e problematizando a realidade brasileira. **Revista Katálisis**, Florianópolis, v. 13, n. 2, jul./dez. 2010.

SILVA, Maria Ozanira da Silva; YAZBEK, Maria Carmelita; GIOVANNI, Geraldo. **A política social brasileira no século XXI**: a prevalência dos programas de transferência de renda. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **O que é direito social?** São Paulo: LTr, 2007.

A GÊNESE DA EXCLUSÃO DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Ana Célia Passos Pereira Campos

Mestranda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

Resumo:

O trabalho tem escopo de investigar as origens históricas e sociais da população em situação de rua. O tema pouco debatido desafia uma reflexão profunda, a fim de traçar a gênese da exclusão das pessoas fadadas à pobreza extrema, com vínculos familiares inexistentes ou fragilizados, que se utilizam do espaço da rua para sobrevivência e habitação. Nesse sentido, as bases teóricas que contribuíram na reconstrução desse cenário são lições de Rosemiro Pereira Leal (2005), Marcel Van Der Linden (2016) e Igor de Souza Rodrigues *et al* (2020). A principal contribuição que essas leituras indicam é que o fenômeno população em situação de rua tem a gênese na própria forma como a sociedade se organiza e se estrutura. Em que pesem discussões relacionadas às assimetrias sociais, raciais, de classe, à estruturação de políticas públicas e tantos temas que atravessam de forma importante esse universo, o que está no cerne da questão é a desapatrimonialização histórica que essas pessoas sofreram e sofrem.

Palavras-chave: Situação de rua; Origens; Exclusão.

Introdução

As origens históricas e sociais do fenômeno população em situação de rua é tema pouco estudado e debatido na academia, por isso desafia uma reflexão profunda que vá às suas raízes, afim que se possa traçar a gênese da exclusão das pessoas fadadas à pobreza extrema, com vínculos familiares inexistentes ou fragilizados, que se utilizam do espaço da rua para sua sobrevivência e habitação.

O termo *população em situação de rua* necessita de uma releitura histórica, política e sociológica visando desconstruir a leitura tradicional e simplista de que se trata apenas de uma questão econômica, física, meramente geográfica

ou comportamental de uma minoria específica. A situação de rua vem substituir o termo morador de rua para deslocar a subjetivação do indivíduo para a adjetivação da circunstância, uma vez que estar na rua não pode determinar a pessoa humana que está naquela situação.

Na perspectiva política pública brasileira, a preocupação com esse agrupamento aparece nas agendas de governo a partir da década de 1990, com a atuação forte dos movimentos sociais ligados aos direitos dos excluídos (RODRIGUES, 2020).

Somente 20 (vinte) anos após essas primeiras iniciativas políticas é que se instituiu, através do Decreto 7.053, de 23 de dezembro de 2009, a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento.

Para compreender a morosidade das ações em prol do combate à exclusão social, sobretudo das pessoas em situação de rua é preciso refletir as origens desse fenômeno, suas causas e circunstâncias.

A gênese da exclusão social das pessoas em situação de rua, segundo Rodrigues (2020), tem sua história fragmentada e aparentemente sem raiz. O cálculo histórico aponta que provavelmente a embriologia do fenômeno ‘população em situação de rua’ está na formação dos agrupamentos humanos e da própria noção de rua, categoria que nasce, por sua vez, do surgimento das cidades (ibidem).

Para a reconstrução desse cenário serão utilizadas três principais bases teóricas, que foram identificadas e analisadas a partir de uma revisão bibliográfica com foco na correlação histórica e estrutural da sociedade. São elas: os estudos de Rosemiro Pereira Leal (2005), sobre o processo civil e a sociedade civil, as contribuições de Marcel Van Der Linden (2016), sobre o surgimento do proletariado e, numa contextualização mais atual, os estudos sobre a pessoa em situação de rua no Brasil realizadas por Igor de Souza Rodrigues *et al* (2020).

A primeira teoria utilizada no presente trabalho localiza no desenvolvimento da sociedade civil as origens dos processos de marginalização social. Leal (2005), a partir de uma densa análise histórica e sociológica do estado e da sociedade civil, identifica no patrimônio a origem do processo de hierarquização e dominação que produziram os sujeitos marginalizados, ou *potus*. Leal (2005) explica que a sociedade civil é o resultado das novas formas de agrupamentos urbanos que surgiram no fim do século XVIII. Agrupamentos tais que tinham como fundamento a lógica patrimonial, onde aqueles que detinham um patrimônio (villa), ou seja, o civil, detinham também o poder de intervenção direta naquela nova organização social. O civil é entendido como *ci-villa* (dono da vila) e os cidadãos livres como habitantes da *ci-datus* (cidade), a parte do povo adotado pelos civis. Já o *potus* é entendido como o povo errante, despossuído, vadio e desorganizado, aquele que não detém algum patrimônio físico e por isso é desprovido de “edificações arquitetônicas” (ibidem).

A segunda teoria que guiará o seguinte trabalho foi desenvolvida por

Marcel Van Der Linden (2016), que a partir de uma releitura da teoria marxiana, apresenta o conceito do lumpemproletariado. Essa categoria social, inclui os mendigos, esfarrapados, maltrapilhos, consubstanciando um estrato inferior até mesmo ao proletariado. Excluído das delimitações do proletariado, o lumpem é constituído por uma série de grupos sociais entre eles camponeses deslocados, proletários desempregados, autoempregados e profissões dúbias. Essa categoria social poderia representar uma das origens do que hoje compreendemos como pessoa em situação de rua.

Partindo do cenário brasileiro, Rodrigues *et al* (2020), numa análise mais contemporânea reflete sobre como a expansão das cidades, a abolição da escravidão, a pauperização em massa e as consequências dos processos de industrialização fizeram emergir a figura do morador de rua, inicialmente conhecido como vadio ou mendigo. No cenário brasileiro, o primeiro agrupamento marginal, que não era proprietário nem trabalhadores, ou seja, não estavam localizados na estrutura social escravocrata da época.

A articulação dessas três leituras aponta que o fenômeno população em situação de rua tem a gênese na própria formação da sociedade, como ela se organiza e se estrutura. Das discussões relacionadas às assimetrias sociais, raciais, de classe, gênero, à estruturação de políticas públicas e a tantos temas que atravessam de forma importante esse universo, o que está no cerne da questão é uma despatrimonialização histórica que dessas pessoas.

A pobreza extrema, os vínculos familiares inexistentes ou fragilizados e os desafios da sobrevivência e da habitação não são um fenômeno individual como alguns julgam, culpabilizando essas pessoas, mas um fenômeno histórico-social de exclusão produzido coletivamente.

Nas origens do fenômeno: a formação da sociedade civil

As origens dos processos de marginalização social, de acordo com uma leitura de Leal (2005), podem ser localizadas no desenvolvimento da sociedade civil. A partir de uma apreciação histórica e sociológica do estado e da sociedade civil, o autor aponta nas questões ligadas ao patrimônio, a genealogia do processo de hierarquização e subjugação que determinaram os sujeitos marginalizados, ou nominados por ele como *potus*.

Leal (2005) esclarece que a sociedade civil decorre das configurações de agrupamentos urbanos que apareceram no final do século XVIII. Esses agrupamentos tinham como alicerce a lógica patrimonial. Aqueles indivíduos que possuíam um patrimônio (*villa*), eram chamados de civis e detinham ainda poder de influência direta na nova organização social criada. O civil, portanto, segundo o autor, é entendido como *ci-villa* (dono da vila).

Os cidadãos livres são aqueles indivíduos habitantes da *ci-datus* (cidade), são a parte do povo adotado pelos civis. Há, entretanto, uma outra categoria que não chega a ser reconhecida como pertencente à *villa*, denominada *potus* que é entendida como o “povo errante”, despossuído, desocupado e desorga-

nizado. Enfim, aqueles indivíduos que não detém qualquer patrimônio físico e por isso é carente de “edificações arquitetônicas” (ibidem).

É na formação da sociedade civil que Leal (2005), ao analisar a construção do processo civil, deixa evidente que um dos conceitos que compõem as origens da sociedade e do Estado é o conceito de jurisdição, “atividade de dicção e aplicação do direito por grupos humanos patrimonializados”. Através de um sistema de resolução de conflitos, pode-se verificar que, nos tempos do império romano, a lei romana foi criada pela realeza, permitindo a “perenização do modelo civil de paternalização das classes inferiores pela sociedade patrimonializada (filantrópica)” (LEAL, 2005, p. 2).

Na caracterização da sociedade civil é importante lembrar que existe um aspecto patrimonial de hierarquização. Diante da guerra de todos contra todos, a sociedade civil, para não se ver fragmentada, admite a formação de um Estado que mantém o atributo patrimonial e propõe um ordenamento social para todos.

Amparada pela organização política proposta pelo Estado, a sociedade civil segundo Leal (2005) não é o povo, no sentido marxiano, ou sistema de necessidades, no sentido hegeliano.

A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral, no quadro de esferas públicas. (LEAL, 2005, p. 3).

O que passa despercebido a Habermas, segundo Leal (2005), “é que historicamente a sociedade dos civis invade as cidades (espaços públicos) que eles próprios concedem ao *potus* como forma de diluição e propagação estratégica (ideológica) de suas formas de dominação”.

Assim, ao ocupar os espaços da cidade, os civis dilatam seus domínios e dão continuidade a um projeto de civilização pela via da patrimonialização e não pelos moldes de um sistema político que permitiria o exercício da cidadania e a garantia dos direitos fundamentais aos excluídos.

Escapa às análises de Habermas que a sociedade civil não coincide com as raízes históricas do civil em sua origem, que é fonte ou usuário do poder estatal. Não aparece em sua análise a massa de excluídos sociais que está secularmente condenada à condição de *potus*.

Na formação da opinião e da vontade, há segmentos sociais que não se incluem na estrutura discursiva voltada ao desempenho da função social integradora. Não podem, por conseguinte, receber a designação de sociedade civil, porque não são sociedade, nem são civis os qualificativos de sua existência (LEAL, 2005, p. 4).

Definida como uma camuflagem (velamento) retórica da expressão civil, o autor desvela a expressão civil como mais um rótulo inocentado pelo cotidiano alienante, uma vez que “civis decidem e controlam o destino do *potus*, mediante disputa de poderes egressa de suas próprias estruturas organizativas” (Ibidem, p. 6).

Lumpemproletariado e sua exclusão

Linden (2016) propõe uma crítica ao conceito marxiano de proletariado. Para isso, ele delimita o que Karl Marx concebe por proletariado, esse sujeito revolucionário, único capaz de transcender o capitalismo, como “uma classe na sociedade civil que não é uma classe da sociedade civil, um estamento que é a dissolução de todos os estamentos” (LINDEN, 2016, p. 87).

O termo proletário é preferido por Marx e indica, em sua origem romana, um grupo de cidadãos livres e pobres cujas proles serviam como soldados ao Império. Cassagnac, citado por Linden (2016), dizia que o proletariado era composto do “nível mais baixo, o estrato mais profundo da sociedade”, que consistia em quatro grupos: “os trabalhadores, os mendigos, os ladrões e as mulheres públicas.

Posteriormente, Marx faz uma diferenciação em que passa a excluir e a considerar inferiores e diferentes, os ladrões, os mendigos e as prostitutas, a constituir um estrato denominado lumpemproletariado, a

“classe perigosa”, a escória social, aquela massa que apodrece passivamente, descartada pelas camadas mais baixas da velha sociedade, [que] pode, aqui ou acolá, ser arrastada ao movimento por uma revolução proletária; suas condições de vida, contudo, preparam-na bem mais para o papel de instrumento subornado de intriga reacionária, (ibidem, p. 90).

A definição do lumpemproletariado é delineada por traços e características como ser massa de manobra da classe dominante, por não estar intimamente ligada aos meios de produção. Mas, é...

...em O Dezoito Brumário de Luís Bonaparte (1851-1852), ele incluiu no lumpemproletariado não apenas os “hedonistas decadentes” de origem aristocrática ou os “ramos arruinados e aventureiros da burguesia”, mas também os vagabundos, soldados dispensados, prisioneiros libertos, escravos fugidos de navios, malandros, charlatões, lazarentos, punguistas, trapaceiros, jogadores, cafetões, donos de bordel, carregadores, literatos, tocadores de realejo, trapeiros, amoladores de faca, funileiros, mendigos – em suma, toda a massa indefinida, desintegrada, jogada aqui e acolá, denominada pelos franceses de a boemia (ibidem, p. 92)

Essa categoria seria composta de uma série de grupos como: camponeses deslocados, proletários desempregados, autoempregados e profissões dú-

bias. Os camponeses deslocados estariam na condição de antigos camponeses despossados de seu meio de vida, que migraram para cidade e se tornaram parte não qualificada do proletário.

Os proletários desempregados foram considerados os trabalhadores urbanos desprovidos de seus empregos, desempregados de longa data, velhos e doentes. Já os autoempregados, terceira categoria de Marx, eram caracterizados por serem autônomos em ocupações não licenciadas. E, por fim, as pessoas com profissões dúbias foram reunidas numa categoria segundo a “natureza presumidamente imoral do seu trabalho”. (LINDEN, 2016, p. 94).

Linden (2016), no entanto, questiona o papel marxiano atribuído ao lumpemproletariado, ao confrontar os dados empíricos, ao revelar exemplos em que ele se constituiu força motriz nas lutas sociais. O autor destaca que não havia uma representatividade significativa em relação à hipótese de Marx sobre o lumpemproletariado ser reacionário. Ao contrário, evidencia ações do lumpemproletariado londrino caracterizadas por ondas de militância, demonstrando que “o lumpemproletariado não é uma categoria analítica, mas sim moral”. (ibidem, p. 94).

A teoria da classe operária de Marx, segundo o autor, encontra-se “repleta de inconsistências lógicas e empíricas”:

A exclusão dos lumpemproletários e dos escravos não foi bem ponderada. A impressão que se tem é que Marx primeiro problemou os trabalhadores assalariados duplamente livres como sujeito revolucionário no campo filosófico e depois reuniu argumentos que eram em certa medida de natureza ad hoc. O resultado foi uma teoria da classe operária repleta de inconsistências lógicas e empíricas – não apenas com respeito a grupos excluídos como o lumpemproletariados e os escravos, mas também no que concerne ao próprio proletariado ‘real’ em sentido estrito. (LINDEN, 2016, p. 99)

Nessa forma de interpretar a teoria marxiana, portanto, o lumpemproletariado e os escravos não são considerados. O foco nos trabalhadores assalariados duplamente livres, apontados por Marx, como sujeitos revolucionários, acaba por excluir o lumpemproletariado e os escravos que hoje podem ser considerados o proletariado real, no sentido estrito.

Seria então necessária uma nova conceituação de proletariado, uma nova teoria do valor, com a supressão da ideia de anomalias, considerando todas as formas de trabalho como “variações de trabalho para o capital” (LINDEN, 2016, p. 101). Essa ampliação do conceito permite incluir segmentos desse proletariado de amplo espectro, capazes de produzir valor e mais-valia.

Contextualizando a situação de rua no Brasil

A situação de rua é, segundo Rodrigues et. al. (2020), mais do que uma questão física, é o produto de construções simbólicas, que acaba por reduzir a identidade das pessoas a partir de um elemento pejorativo.

Ela não é uma questão específica do Brasil, embora sua presença seja relatada aqui desde a época do Império.

A marginalidade social no contexto urbano ligou-se inicialmente às figuras dos vadios e dos mendigos, aqueles que não eram proprietários, nem trabalhadores, não se localizavam na estrutura escravocrata. O Código Criminal de 1830 previa a tipificação dessas figuras como delitos públicos. Havia, no entanto, uma tratativa diferenciada entre essas duas figuras. Enquanto o vadio era considerado indisciplinado, o mendigo, gozava de certo salvo-conduto, devido a uma incapacidade para o trabalho.

Embora o mendigo fosse tratado de modo mais tolerante que o vadio, também era visto como uma certa forma de subtração social e econômica – uma massa a ser contida em crescimento. No Estado confessional, a pobreza e a miséria dos mendigos eram encaradas como parte coberta pela circunscrição e uma prova à fé do homem em Deus, como se ali residisse, de certo modo, a salvação, através do próprio sofrimento e da exclusão. A Igreja Católica era a principal instituição de domínio e tratamento deste tipo de miséria urbana. A piedade assumia, então, uma hierarquização dentro da lógica da compaixão: aqueles dignos de receber comiserações e outros testados a dá-las ou ter piedade. (RODRIGUES et al, 2020, p. 26)

A mendicância, portanto, atenua as questões de criminalização enquanto reflexo do Estado confessional que concebia a pobreza como uma prova de fé.

Já no Código Penal da República de 1890, o tipo penal e a pena do delito de vadiagem foram ampliados em relação ao código anterior. O cenário era de abolição da escravatura.

A vadiagem passa a ser então um instrumento dessa nova desqualificação, forma de representar e definir fronteiras a uma categoria de marginais: delinquentes de rua, larápios, atrevidos e astuciosos. Isso se deu, pois, foi preciso rebaixar os nacionais ‘livres’, especialmente os negros, para justificar a necessidade da imigração e políticas racialistas.” (RODRIGUES, et.al. 2020, p. 29)

Essa mudança no modo de conceber e punir essas figuras que transitam na categoria vadiagem, por fim, serviam aos interesses dominantes e tornou-se um mecanismo de produção e seleção de mão de obra, na medida em que se cria uma liberdade jurídica ao mesmo tempo a expropriação daqueles que não encontravam outra alternativa além de se submeter à ordem estabelecida.

No início do século XX, a ideologia médico-sanitarista e a laicização do Estado transformam a visão dessas pessoas do campo da piedade e da indulgência, para a esfera da anomalia, na fronteira da marginalidade urbana e da exclusão. Uma nova forma de resposta social a essa ‘anomalia’ foi adotar medidas com foco na salubridade pública, criando um aparato institucional para

conter essa população que vivia na marginalidade e na miséria urbana.

Com o crescimento das cidades, os crimes vadiagem e mendicância passaram a ter nova interpretação como falhas do Estado, uma vez que, quando a mão-de-obra se tornou excessiva, ou os postos de trabalho insuficientes, a responsabilidade foi atribuída ao próprio Estado que agora previa implementação dos direitos sociais.

De acordo com a indisponibilidade de trabalho, escassez de moradia e aumento do mercado imobiliário, a compreensão sobre a categoria vadio, como referencial simbólico vai se ressignificando através da figura do morador de rua. “Os atributos da vadiagem surgem como forma de desqualificação e, deste modo, legitimar moralmente a condição de miséria” (ibidem, p. 37).

É, portanto, uma questão econômica (produto da valorização do espaço urbano), mas também “um processo de exclusão que passa pela desqualificação > desvinculação > eliminação” (ibidem, p. 37). Rodrigues et al situam três dimensões do fenômeno do desabrigo:

O desabrigo tem três dimensões: residencial, de apoio familiar e de valor moral. A primeira dimensão entende a ausência de moradia convencional permanente. A segunda dimensão diz respeito aos laços familiares, às redes sociais, à ligação entre indivíduos e a sociedade e às várias configurações de atenuação dos laços familiares. A terceira é o grau de dignidade e de valor moral associado às diversas dimensões de exposição do desabrigo”. (RODRIGUES, et.al, 2020, p. 37)

Nesse sentido, as categorias que circulam em torno da pessoa em situação de rua podem ser consideradas narrativas, processos sociais, político e culturais, não são naturais mas construções sociais em torno de um indivíduo que ocupa determinada posição na estrutura social.

Conclusão

A gênese da exclusão das pessoas em situação de rua passa pelas origens do fenômeno da formação da sociedade civil, pela exclusão do lumpemproletariado e pode ser hoje contextualizada pela presença das pessoas em situação de rua no Brasil.

Na análise realizada por Leal (2005) percebe-se que, ao ocupar os espaços da cidade, na formação da sociedade civil, os civis expandem seus domínios mais pela via da patrimonialização do que por um sistema jurídico-político inclusivo.

A sociedade civil, portanto, parece não coincidir com as raízes históricas do civil em sua origem, pois a massa de excluídos sociais permanece secularmente condenada à condição de *potus*, subjulgada ao controle predefinido das estruturas organizativas dos civis. Esse agrupamento humano, portanto, não é considerado e inserido dentro da organização social, econômica e urbana

criada pelos civis, diferentemente dos indivíduos que foram considerados cidadãos livres nesse contexto.

As contribuições de Linden (2016), passam pelo questionamento da exclusão do lumpemproletariado e seu papel atribuído por Karl Marx, ao apartá-lo da formação da força motriz das lutas sociais. O papel do lumpemproletariado é questionado, ao se confrontar com os dados empíricos, observa-se que não havia uma representatividade significativa em relação à hipótese sobre o lumpemproletariado ser reacionário, ao contrário, destacam-se ações de militância do lumpemproletariado londrino. A proposta do autor é então a ampliação do conceito do proletariado de amplo espectro, incluindo o lumpemproletariado e os escravos que também seriam capazes de produzir valor e mais-valia.

Por fim, as análises de Rodrigues *et al* (2020) nos mostram que, ao situar a indisponibilidade de trabalho, escassez de moradia e aumento do mercado imobiliário, no contexto do Brasil, nos dias atuais, fornece a compreensão sobre a categoria vadio, ressignificada na figura do morador de rua.

O fenômeno do desabrigo, concebido não apenas como uma questão econômica, passa também a ser considerado um fenômeno que engloba três dimensões: residencial, de apoio familiar e de valor moral.

Como processos sociais, políticos e culturais, as categorias que circulam a pessoa em situação de rua podem ser consideradas construções sociais em torno de um indivíduo que ocupa determinada posição na estrutura social.

Pelo exposto, podemos concluir que, as consequências perversas e historicamente impostas a essa população, até os dias de hoje, se evidenciam de sobremaneira nesse período de crise pandêmica e humanitária que o mundo vivencia, incluindo o aumento do número e a manutenção da exclusão de pessoas em situação de rua.

Não há como estudar o fenômeno população em situação de rua sem considerar suas origens históricas, sociais e econômicas que como foi analisado neste trabalho remontam ao início da formação e organização da sociedade humana, cujos reflexos permanecem na realidade dos dias atuais.

Referências

BRASIL. Decreto 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**. VirtuaJus – Revista Eletrônica, v. 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: http://www.pucminas.br/VirtuaJus/prod_docente_2_2005.html.

LINDEN, Marcel Van der. **O conceito marxiano de proletariado: uma crítica**. Sociologia e Antropologia. Rio de Janeiro. V. 06.01:87-110, abril, 2016.

RODRIGUES, I. de S. **A construção social do morador de rua: derrubando mitos.** Curitiba: CRV, 2016.

RODRIGUES, Igor; FERNANDES, Dimitri Cerboncini (Orgs.). **Cidadão em situação de rua: dossiê Brasil – grandes cidades.** Curitiba: CRV, 2020. p. 23-46.

POWER, ALIENATION AND HUMAN RIGHTS OF ISLAMIC WOMEN: THE NEED TO FOSTER THE REINTERPRETATION OF ISLAMIC RELIGION IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS

Laura Dill

Law student at Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, legal advisor linked to the Federal Public Ministry (Attorney of the Republic in Erechim/RS).

Abstract:

This work intends to analyze whether there is a possibility that the Islamic communities obey the internationally recognized human rights of women, without this entailing a renunciation of the dictates of this religion. The objectives of the work consist of briefly analyzing the history of religions and their influence on global geopolitics, currently divided into eastern and western; studying this division in light of the attempts to reread the Islamic holy book already made by some Arab countries, such as Turkey and Egypt; and understanding the dynamics of reinterpretation today, especially through Islamic feminism. In the end, it is expected to conclude that the observance of women's human rights, fundamentally ensured by the 21st century, may be possible within traditional Islamic communities, as long as their own members internally discuss them.

Keywords: Islamic women; Alienation; Human Rights; Religion; Islam.

Introduction

The relationship between power and alienation in the field of women's human rights is a latent and necessary discussion today, especially considering that the 21st century has brought new agendas to fight oppression, fostering gender equality. However, when this theme involves religious ties, especially in the context of the Islamic culture, it is clear that the discussion loses strength, given that most Islamic women still do not enjoy the freedoms widely guaranteed in the Western scenario.

In this sense, the Islamic woman is objectified and alienated in several ways, all legitimized by the outdated interpretation of the Islamic sacred

books, which treat them as a being without rights. In other words, there is an apparent conflict between the Islamic faith and female human rights, as both concepts do not coexist harmoniously.

It is imperative that, for the peaceful coexistence between the different religions, no system should overlap the other, so that, for the relevant changes to be instigated within the Islamic religion, the discussion must be worked at the heart of these communities.

Thus, the present work intends to analyze whether there is a possibility that the Islamic communities obey the internationally recognized human rights of women, although not entailing the renunciation of the dictates of this religion. The research is justified by the fact that, currently, the Islamic reality is not consistent with the female human rights agendas, nor with the call of international entities to fight oppression and alienation of women.

As an initial hypothesis, it is indicated that, in order the aforementioned rights were effectively respected, it is necessary that the reinterpretation of Islamic culture and faith is instigated and carried out by its own members. The Islamic religion needs to be reread, in the light of the new humanitarian premises established by the 21st century, and bearing in mind the need for independent coexistence between the various religions.

In this line, the objectives of the work consists of briefly analyzing the history of religions and their influence on global geopolitics, currently divided into eastern and western; studying this division in the light of the attempts to reread the Islamic holy book already made by some Arab countries, such as Turkey and Egypt; and understanding the dynamics of reinterpretation today, especially through Islamic feminism. The methodology used to pursue the goals is the deductive and historical-analytic method.

Religion and global geopolitics

Religion is an important phenomenon in order to understand global geopolitics. The classic East-West division is largely caused by the diversity of beliefs and the lack of correspondence between the American/European cultural model and the one of the Middle East and other Arab countries. In the scope of women's human rights, the division is even more evident when it is realized that the Western model is much more effective in the fundamental guarantees of the female community, as opposed to the Eastern one.

This scenario, together with the economic interest of the great powers in the resources in Arab countries that practice Islam, was already a factor in the attempt to westernize Muslim culture, especially in the late nineteenth century. However, as will be seen later, the imposition of one cultural model on another was not legitimized by the dominated culture.

In Egypt, for example, Western pressures boosted the social will to restructure Islam in the light of the Koran, as English interferences in Egyptian internal culture were not seen as positive for the development of the country.

The emergence of the Muslim Brotherhood was one of the ways found by the Egyptian population unhappy with the “Westernization” of the culture. Thus, legitimized by the desire to relocate the Koran as the center of the governmental structure, this movement did not represent a struggle “between nationalism and Islamism but between the Islamic world and the West” (Monier; Ranko, 2013).

In Turkey, it is possible to verify that the disrespect for peaceful coexistence between the different religions has negative repercussions on the affected culture. This is revealed by the headscarf’s controversy, banned by the Kemalist movement “because of the modernist perception of the headscarf and the categorization of religious Muslim women as ‘backward’ as opposed to the ‘ideal female citizen’ as secular and ‘modern’” (Ozçetin , 2009).

The problem was illustrated by the emblematic case Leyla Sahin versus Turkey, brought to the European Court of Human Rights (Osman, 2014). Leyla was a Muslim and was studying medicine at Istanbul University. After the legal ban on the use of headscarf, she was banned from taking exams and attending classes, which jeopardized her professional training. The conclusion drawn by Judge Tulkens, one of the eighteen judges participating in the decision, calls attention to the following argument:

On what grounds was the interference with the applicant’s right to freedom of religion through the ban on wearing the headscarf based? In the present case, relying exclusively on the reasons cited by the national authorities and courts, the majority put forward, in general and abstract terms, two main arguments: secularism and equality. While I fully and totally subscribe to each of these principles, I disagree with the manner in which they were applied here and to the way they were interpreted in relation to the practice of wearing the headscarf. In a democratic society, I believe that it is necessary to seek to harmonize the principles of secularism, equality and liberty, not to weigh one against the other.

The harmony of principles commented on in the judgment is verified, then, when one form of culture does not overlap the other in order to disrupt customs. That is why, despite religion being a stimulating factor in the traditional East-west division of the world, the interference of one pole on the other also means a form of alienation, as the dominated culture, when losing its identity, tends to seek an even more traditional resumption of religious customs, in response to “domestication” and out of balance with the peaceful coexistence between different peoples.

In order to illustrate this idea, the next chapter will approach the phenomenon of westernization and the national response in three originally Muslim countries: Egypt, Turkey and Iran.

Attempts to reread the islamic religion: Egypt, Turkey and Iran

Even though the world division between the West and the East - which, as seen, it was largely caused by religion - has established the cultural and political dichotomy in international relations, over the year's globalization has intensified the need to bring countries closer together for new global dynamics, especially economical.

In this sense, especially from the end of the 19th century, Islamic culture was strongly influenced by modern European models, especially from England and France, which, after the construction of the Suez Canal, began to see some Arab countries as strategic points of economic domain. In Egypt, Muslim culture gradually gave way, reaching a level where even foreign political figures dominated the country, and new models of civilization were being implemented (Armstrong, 2001).

In that country, therefore, the new models of civilization mirrored in Europe provided a break in traditional Islamic thought. The problem, however, came from the eminently elitist destination of the new Western philosophy, as "those among the educated elite, for whom Islam was still a living faith, tended to interpret it in a new way (...), but the masses of the cities and the rural population still tended to traditional beliefs and conducts" (Hourani, 2001).

This separation of the elite from the social masses was a determining factor in the weakening of women's human rights movements, because the target audience itself was divided: elite women advocated for nationalist military movements in the hope of having their voices heard (Ramdani, 2013). On the other hand, the female masses were loyal to the Muslim Brotherhood movement, founded in 1928, and, consequently, mistakenly believed in the implementation of the reinterpreted sharia in favor of women's rights.

The feminist movement, dressed up as both a nationalist cause and a return to the Islamic tradition, did not have the expected effect. As Rasha Souhail Mansour (2021) asserts:

In reality however, neither the military nor the MB were sympathetic to the feminists' demands. From the beginning both forces sought first to control women by limiting their freedom of movement and hence expression through systematic sexual violence, and also by waging a media campaign aimed at vilifying women activists, and when this did not bear fruit, they both at different times tried to coopt women by adopting a reconciliatory discourse which was not backed by meaningful institutional change (Mansour, 2021).

History reveals the creation of groups specialized in the causes of women's human rights in Egypt, such as the Egyptian Feminist Union (EFU), in 1923, known as "the first in a number of influential women's political organizations which would work towards equality and reform" (Ramdani, 2013); and the Muslim Sisters, from 1932. However, even after the recent political revolution in Egypt, which started on January 25, 2011, culminating in the

2014 Constitution, it is observed that the alienation of Egyptian Islamic women is still a reality, especially because of progress in the constitutionalization of their rights. Although they have gained a share of representation in Egyptian politics, they continue to be marginalized in the labor market and publicly abused, which leads to the conclusion that the cause of Islamic women in Egypt has been far from revolutionary (Mansour, 2021).

Conversely, in Turkey, a similar history can be found. The same Western interference that occurred in Egypt in the late 19th century also had effects on Turkish soil, but with greater vigor, as already in 1923, movements in favor of the Turkish Republic, overcoming the decline of the Ottoman Empire, were already a reality. An interesting phenomenon that was not seen in other countries at the time was the attempt to “privatize religion”, to reduce belief to a “private, individual matter that should not be displayed in the social and political sphere” (Ozçetin, 2009).

In this sense, in the 1920s, “in the new Turkish Republic, it [the sharia] was formally abolished and replaced by positive laws, derived from European models” (Hourani, 2001), systematized by the enactment of a Civil Code in 1926. This westernization was led by Mustafa Kemal Atatürk and the so-called “kemalist discourse”, which, linked to European ideals, “targeted women’s bodies to symbolize the break with Islam, ‘backwardness’ and the ‘barbaric’ ways of the Ottoman Empire. From the Kemalist viewpoint, the female body must be erased from the religious symbols” (Ozçetin, 2009).

As an example of the new outlook, the rights of men and women were narrowed when the female community gained the right to education and the vote (Tepe, 2014), as well as specific rights over marriage, divorce and child custody (Toprak, 2005). There was, therefore, the removal of the Islamic foundations from the center of the governmental structure, yielding to a secularized and modern vision, which represented the fall of orthodox Islam and the advance of the so-called peripheral Islam. This ideal coexisted, at least in the early republican years, without affronting modernity (Toprak, 1982).

The problem arose with the resumption of the Islamic religion as the structural core of the government, represented by the rise of the National Salvation Party (NSP) in the 1970s. The reason for that was that the masses of the population did not agree with the privatization of the religion, as they saw it as a factor in creating a homogeneous and purely Western society.

At this moment, it is possible to verify that, as in Egypt, the elitism of modern thought in Islamic communities is a determining factor for the promotion of inequality of thought; which weakened the women’s community movement for women’s human rights in Turkey as well. This is what Margot Badran (2006) synthesized in her studies, when she argued that “women’s limited education at the time did not equip them to undertake their own interpretation of the Qur’na”.

In this sense, the promise of the new Islamic movement, more engaged in the capitalist era, was to create a movement that emphasized the difference

between east and west caused by religiosity (Oczetin, 2009); and one of the significant measures for this was the lifting of the ban on the use of headscarf by women.

However, the reality is still far from ideal, as stated by Professor Binnaz Toprak (2005),

Since the 1980s, a vocal and organized women's movement has been quite effective in raising consciousness and forcing governments to enact new legislation or amend the old. Nevertheless, despite the exemplary earlier record, Turkey scores poorly in international statistics on gender equality and empowerment as compared to Western countries. The literacy rate is lower, women's participation in the labor force is unsatisfactory, women politicians are rare (with an embarrassing 4.4% in the present parliament), and women seem to hit a "glass ceiling" when it comes to top administrative positions. At the same time, women continue to be the victims of domestic violence, sexual harassment in the workplace (a recent survey found 14% of the population reporting that they "knew" a woman who suffered it), and honor killings.

Turkey, despite of having been one of the countries that stood out the most in the fight against female alienation (Ilo; Seltzer, 2015), still has a long way to go, so that gender equality becomes a more imposing reality.

It is important to analyze the landscape of women's human rights in the context of Iran. The Iranian women's community has defended this agenda, most vigorously, for at least two centuries; although, contrary to the experience of Egypt and Turkey, the modernization brought about by the West has not reached the same proportions. On the contrary, unlike the Suez Canal, economic interest revolved around Iran's oil reserves. When American and British interference culminated in the 1953 overthrow of Mohammed Mosadegh, who was one of the most important figures in Iran's struggle for economic independence from the great powers, the uprising resulted in the 1979 Islamic Revolution, led by the Islamic religious leader Ayatollah Khomeini (BBC, 2020).

In the field of women's human rights, the 1979 Revolution was not intended to change the patriarchal context of laws: since 1979, "girls from early childhood are discouraged or prevented from venturing into fields and activities that are deemed 'masculine', such as in sports, artwork, recreation or education" (Mohammadi, 2007). The author states "women are denied many basic opportunities and access to many positions in the religious, economic, political, cultural, judicial, and military arenas". To boost the resumption of Islamism at the center of Iranian power, the full application of the sharia was the way forward, which implemented a policy of unequal treatment to the detriment of women (Mohammadi, 2007).

The analysis of the historical panoramas of Egypt, Turkey and Iran, therefore, proves that the Western interference in the Arab countries is not

the way to effectively change the paradigm of women's human rights. For this agenda to be effective, then, a new way of thinking must be promoted.

The reinterpretation of the holy books: Islamic feminism as a way to combat the oppression of Islamic women

Religion is a phenomenon that instigates the East-West division in global geopolitics, given that the interference of one global pole on the other challenges the peaceful coexistence between different cultures. This idea is evidenced after analyzing the background experienced by Egypt, Turkey and Iran, as Western interference started in the late nineteenth century as an attempt to “modernize” and “secularize” Islamic culture, especially in light of women's human rights. These interferences had repercussions in the various social mobilizations for the resumption of Islamism as the core of government, as foreign customs and traditions, in addition to not being consistent with Muslim religiosity, meant a complete break with belief and the sacred books.

In this sense, currently, with the advancement of the international affirmation of women's human rights, it is essential that Islamic countries restructure the form of government to promote gender equality and the resizing the role of women in the community. This is especially because the issue is not related to the application of the Koran itself, but to the way in which its text is interpreted (Ahmed-Gosh, 2008).

This is because different segments of society, especially in relation to men's rights, were reinterpreted in the light of the 21st century, there being no reason, therefore, for women to remain alienated within an immutable sphere of thought and tradition. On the contrary, they must also benefit from the historical and social evolution observed in the various communities around the world (Ferdows, 1987).

The reinterpretation of the Koran in light of the human rights of women by Islamic countries, then, proves to be the most adequate form of protection for this range of rights, since “the incorrect interpretation of Islamic rules and regulations by many Islamic countries itself caused the increase of injustice to women in those countries” (Naeni, 2010). One of the modern currents of thought that effectively seek to put into practice the reinterpretation defended in this article is the so-called Islamic feminism, which emerged mainly after the Islamisation of some traditional Islamic communities between 1970 and 1980, as seen in the item above, also gaining strength after the 9/11 (Ahmed-Gosh, 2008).

Assuming that “in the search for guidance from the history and tradition of Islam, one must try to understand them within the context of the time and place where they occurred” (Ferdows, 1983), Islamic feminism seeks a new form of reading the Koran so that the true prophesied message can be extracted, in light of the human rights guaranteed by the international

community, especially after the promulgation of the Universal Declaration of Human Rights, in 1948, by the United Nations.

In this sense, according to a lesson by Margot Badran (2006),

Islamic feminism gave paramount attention to the Islamic modernist strand of secular feminism and, through engaging in new Qur'anic hermeneutic work, articulated an Islamic doctrine of the full equality of women and men across the public/ private spectrum.

This movement does not mean the abandonment of the Islamic religion and culture to ensure the internationally gathered human rights of women. The proposal is that the thought of Islamic feminism manages to align the two extremes to work in parallel, that is, not as rigorous as the sharia nor as foreign as Western culture. Then, Koran can be read in a manner consistent with the humanitarian premises instituted by the international community.

Although the terminology of the word 'feminism' is linked to the female audience, Margot Badran (2006) warns that this is not the exclusive flag of this population. On the contrary, the Islamic feminist movement is the "creation of women and men for whom religion is important in their daily lives and who are troubled by inequalities and injustices perpetrated in the name of religion". It is, therefore, a legitimate social movement, as it encompasses part of the population in favor of a common ideal: before the specific right pursued, it is necessary to promote changes in the interpretation of the Koran and the consequent change in the structure of government in Islamic countries, whose background interests the entire community involved.

However, some schools of thought understand that the Islamic feminist movement has structural flaws that compromise the success of its goals. One of the most solid criticisms is the incompatibility of feminist discourse with some verses of the Koran, due to the impossibility of reinterpreting the patriarchal essence of the sacred book. In this sense, according to Professor Humi Ahmed-Gosh (2008), "Islamic feminists in turn end up being 'used' by religious extremist states to show the western world that Islam preaches equality between genders, while for women in these states the reality continues to be one of oppression, ironically in the name of Islam".

That is why, according to Professor Nadja-Christina Schneider (2009), Islamic feminism "is considered here a discursive movement or strategy that is adapted by certain actors to specific and local contexts", and therefore cannot be interpreted as a social movement itself. However, the thought of Margot Badran seems to be the right one, as the struggle of Islamic feminism is far from over, which indicates that structural flaws will always exist; but while some barriers are being erected, many others are already being broken down by the discourse of Islamic feminism (Badran, 2010).

As examples, we can cite the Declaration of the Essential Rights of Afghan Women, edited in June 2000 and that, in the current context Taliban

retaking the Afghan government, shows singular relevance. Also the Women Living Under Muslim Law (WLUML) group, which organizes meetings, studies and movements in the area of two human rights of Islamic women and combats oppression and alienation. In the same way, the World Conference on Women, promoted by the United Nations on Women, which began in 1975 in Mexico and with an important edition in 1995, in Beijing, China, also called attention of the international community, what shows the visibility of the two Women's Human Rights gaining strength.

Conclusion

From the analyzed problem in this work, it is observed that the objectives initially proposed were attained over the course of the chapters developed. In the initial hypothesis that the reinterpretation of Islamic culture must be promoted within the reality of this can be confirmed, since the interference of one culture on another prompts the generation of conflicts in search of the resumption of two fundamental precedent of Koran.

This is demonstrated by the analysis of the historical background of Egypt, Turkey and Iran, because in these countries, the imposition of models of the government and culture of the West hatched in the great Islamic revolutions observed in the 20th century. Therefore, it is not possible to allow the traditional Islamic communities to bend to the Western style of thought and social organization. This is not the wish the Muslim majority - and here it also includes women - to abstain from the Koranic culture.

Islam sacred book, therefore, must be reinterpreted in light of the new humanitarian premises instituted by modernization, so that the respect to women's human rights do not represent apostasy. In this sense, the movement that attends to the need for peaceful coexistence between the various religions and does not translate as the imposition of the West on the East is the Islamic feminism, whose thought has become visible from the end of the 20th century.

Although there are still impediments in the struggle of Islamic feminism, this doctrine shows itself an important ally in the fight against women's oppression and alienation, whose interest goes beyond the affected muslim community. It had to do with as international issue, because it is intolerable by global powers.

It is concluded, then, that the observation of feminine human rights fundamentally ensured by the XXI century can be possible inside the traditional Islamic communities, since internally discussed, without meaning apostasy. In addition, through Islamic feminism, this debate will show an effective tool to fight gender alienation of Islamic women, enriching this culture as an updated source of some of the most expressive religions of the world.

References

- AHMED-GHOSH, Huma. Dilemmas of Islamic and Secular Feminists and Feminisms, *Journal of International Women's Studies*, 9 (2008), 99-116. In <https://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1321&context=jjws>
- ARMSTRONG, Karen. *The battle for God: Fundamentalism in Judaism, Christianity and Islam*. Schwarcz Editor. ISBN 85-7164-377-6
- BADRAN, Margot. An historical Overview of Conferences on Islamic Feminism : Circulations and New Challenges, *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée*, 128 (2010). In <https://journals.openedition.org/remmm/6824#article-6824>
- BADRAN, Margot. Islamic Feminism?, *Steal I This Hijab*, (2006), 17-23. In <https://stealthishijab.com/islamic-feminism/>
- CASE OF LEYLA ŞAHİN v. TURKEY, *European Court Of Human Rights*. (2005). In <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-70956>
- WLUML. Women Living Under Muslim Law, Declaration of the Essential Rights of Afghan Women, *Kabultec*, (2000). In <https://kabultec.org/the-roqia-center/declaration/>
- FERDOWS, Adele K. Women And The Islamic Revolution, *Int. J. Middle East Stud.*, 15 (1983), 283-298. In <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/13D3CEED1CC57E0A59311324CE12710A/S0020743800052326a.pdf/women-and-the-islamic-revolution.pdf>
- HOURANI, Albert. *A history of the Arab peoples*. Schwarcz Editor. ISBN 85-7164-377-6
- ILO, Saidat; SELTZER, Richard. Gender in the Midst of Change: Examining the Rights of Muslim Women in Predominately Muslim Countries, *Journal of International Women's Studies*, 16 (2015), Article 4. In <https://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1783&context=jjws>
- MANSOUR, Rasha Souhail. Political Change and Gender Politics in Egypt. *Journal of International Women's Studies*, 22 (2021), 376-392. In <https://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2458&context=jjws>
- MOHAMMADI, Majid. Iranian Women and the Civil Rights Movement in Iran: Feminism Interacted, *Journal of International Women's Studies*, 9 (2007) 1-21. In <https://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1285&context=jjws>
- MONIER, Elizabet; RANKO, Annette, The Fall Of The Muslim Brotherhood: Implications For Egypt, *Middle East Police*, 20 (2013), 111-123. In https://www.researchgate.net/publication/259553985_The_Fall_of_the_Muslim_Brotherhood_Implications_for_Egypt/link/5be942a5a6fdcc3a8dcffe35/download
- NAEENI, Nahleh Gharavi. Islamic women studies is important and necessary. *Social and Behavioral Sciences*, 9 (2010) 1238-1243. In <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042810024183>
- OCZETIN, Hilal. Breaking the silence: the religious Muslim Women's Movement in Turkey. *Journal of International Women's Studies*, vol. 11 (2009) 106-119
- OSMAN, Fatma. Legislative Prohibitions On Wearing A Headscarf: Are They Jus-

tified?, *Electronic Law Journal*, 17 (2014), 1318-1349. In <https://cyberleninka.org/article/n/514676/viewer>

RAMDANI, Nabila. Women in the 1919 Egyptian Revolution: From Feminist Awakening to Nationalist Political Activism, *Journal of International Women's Studies*, 14 (2013), 39-52. In <https://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1679&context=jiws>

SCHNEIDER, Nadja-Christina. Islamic Feminism and Muslim Women's Rights Activism in India: From Transnational Discourse to Local Movement - or Vice Versa?, *Journal of International Women's Studies*, 11 (2009), 56-71. In <https://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1148&context=jiws>

TEPE, Fatma Fulya. Women's Liberation in Turkey Before the 1980s: The Case of Nezihe. *Journal of International Women's Studies*, 15 (2014), 299-318. In <https://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1772&context=jiws>

TOPRAK, Binnaz. *Islam In Politics: The Case Of Turkey*. (1982)

TOPRAK, Binnaz. Secularism and Islam: The Building of Modern Turkey, *Macalester Internationale*, 15 (2005), Article 9. In <https://digitalcommons.macalester.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1391&context=macintl>

US-IRAN RELATIONS: A brief history, *BBC News*. 2020. In <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-24316661>

MUSIC WORKSHOP FOR WOMEN

Susana Aurora Gutiérrez Jiménez

Music Therapist, Doctorate Clinical Psychology. Évora Cerebral Palsy Association. Lusíada Center for Social Research and Social Intervention. Ciencia ID D912-C00D-733D ORCID ID 0000-0001-6667-0152

Abstract:

The voice is the central resource of this project that brings together women from the Évora's Cerebral Palsy Association (APCE), consisting of four mothers of young people with disabilities and two young people over 18 years old who are clients of the association. Oficina de Música para Mulheres (Music Workshop for Women) is a project developed within the Orquestra Sem Fronteiras' participatory art program, Terra a Terra, by a violinist/music teacher, in coordination with the Music Therapist at the APCE, working with 6 participants of the Center for Rehabilitation and Social Integration. Understanding that music and the exploration of vocal projection have a transforming power in people's lives, the project aimed to bring active listening, discussion and analysis of feminist empowerment theme songs and the basic teaching of music for the specific purpose of singing. Eight weekly sessions were held between May and July 2021. With the general objective of finding ourselves through music, we are currently witnessing a kind of discourse that places us under double discrimination: that of being a woman and that of being a woman with a disability. We probe the place of women from the poetry of song lyrics, their history and representation in the daily lives of the participants, deconstructing the *status quo* of how we should be and how we were taught or how society sees us. At the end of the process, there was a public presentation of the final product, a group performance keeping with the theme and proposal of the Workshop. We aspire to lead to a change in this specific collective regarding emotional expression, self-image and self-confidence. Finally, we applied the Positive and Negative Affect Schedule (PANAS) scale (Galinha & Pais-Ribeiro, 2005) to observe changes in affects, to support the methodology and replicate the format used in other spaces.

Keywords: Music; Feminist empowerment; Women with disabilities; Mothers of women with disabilities.

Introduction

It is common knowledge that both the majority of women with disabilities and women caregivers face multiple forms of discrimination that limit their full participation under equal conditions, hindering their fundamental freedoms. This article stems from the creation of the Office of Music for Women in which a space for caregivers and young people with disabilities was proposed to be created in the Center for Rehabilitation and Social Integration of APCE.

The proposal arises from the Terra a Terra project of Orquestra Sem Fronteiras', an entity that supports young musicians to settle in the interior of the country and being financed to develop actions with values of cooperation and integration, promoting access to culture. It also promotes the teaching of music, concerts, open rehearsals and music pedagogical actions in local populations (Osf, 2021). The Cerebral Palsy Association of Évora in its Outpatient - Center for Rehabilitation and Social Integration, CRIS-APCE responds to the population of the Évora District of the Alentejo region, for young children and adults from the age of 6, with disabilities, mainly motor skills such as cerebral palsy and other neurodevelopmental pathologies, this multidisciplinary team intervenes from a holistic approach focused on the family.

That's how it is, in May 2021, the Office of Music for Women space was created, aiming to reflect on the right to equality of women with disabilities and caregiving mothers through songs, their lyrics and the influence of music, rhythms and melodies. From active listening, analysis and discussion of songs about feminine empowerment, it included weekly introductory classes of musical practice and culminated with the presentation of two songs in a small choir.

At present, women with disabilities maintain a daily struggle to claim their rights and annul preconceptions, mothers of women with disabilities also have an increase in social pressure, to respond to all the roles they perform.

Understanding that music and musical narrative facilitate the development of feelings; expression through poetry can reduce general suffering, narrative through making music helps to attenuate reality; and understand other aspects necessary to reduce suffering. As Barcelos (2009) points out, the musical narrative facilitates the expression of feelings, producing meanings, which results in the relief of tensions of the most diverse types of suffering. As Murgel (2011) refers, it is in art where the best expression arises to produce changes in women, provoking new visions of themselves and thus their transformation.

The term empowerment was formulated by feminist activists and researchers over twenty years ago, the DAWN-MUDAR Network, a network of feminist women from the South established in 1984 in Bangalore, India. They analysed the situations of the most vulnerable women and created women's

organizations, in order to confront gender inequality, at the same time that they raised the need for policy change, key to fighting inequality.

The Women of DAWN¹ gave the term “empowerment” a gender-specific meaning. It was in 1985 at the III World Conference in Nairobi, that the term was used as a strategy for social transformation. Ten years later in Beijing, the IV International Conference on Women was held, where they highlighted “That the empowerment of women and their full participation under conditions of equality in all spheres of society, including participation in decision-making processes, decision-making and access to power are fundamental for the achievement of equality, development and peace ” (Maio, 2014)

Objectives

Promoting a space for reflection on the various forms of discrimination that they, as women identify, focused on the various obstacles that currently prevent the achievement of social equality.

Boosting the capacity of carrying out new activities on gender discrimination issues, contributing to complying with the Council of Europe’s Recommendation on Preventing and Combating Sexism of 2019.

Giving voice to women participants, mothers and young people with disabilities, to reject and fight stereotypes that condition their freedom and their lives.

To make society aware of the discriminatory effects of sexist stereotypes, attitudes and behaviours.

Participants

An invitation was sent via email to all families of the APCE Outpatient Response Center for rehabilitation and social integration. Informative posters were also placed at the APCE headquarters and on their social networks (FB and Instagram) aiming to disclose a Music for Women Workshop, consisting of 8 sessions of a 2 hours weekly meetings and it’s goals 3 mothers, 2 clients and 1 APCE’s Worker responded to the call.

Figure 1: *Participants*

Name	Date of birth	Education level
CC	3-09-1963	Degree in History
SC	16-01-1976	Bachelor of Education
MR	14-1-1958	Bachelor’s degree
RR	7-12-1999	High school
TC	20-1-1989	High school
AJ	23-08-67	High school

1 DAWN is short for Development Alternatives with Women for a New Era. Development Alternatives with Women for a New Era.

CC educational level undergraduate, currently employed mother of 3 sons, one daughter with severe cerebral palsy, Multipurpose Medical Certificate 95%.

SC, undergraduated educational level, employed at a level lower than the educational level, mother of 2 sons, one daughter with global development delay of 15 years APCE client.

MR educational level undergraduated, entrepreneur, mother of 4 children, one daughter with moderate functional cerebral palsy, APCE client and also a participant in the project (RR).

RR In professional training in APCE, Condition of Cerebral Palsy Spastic Paraparesis. Multipurpose Medical Certificate 60%.

TC. In professional training in APCE, condition of Visual Impairment and Chronic Osteomielite. Multipurpose Medical Certificate 95%.

AJ APCE employee, adapted sport assistant and driver, mother of two daughters.

All participants signed a declaration of informed consent to carry out this article. For the sessions, the lyrics to be used were printed and a copy was passed into Braille.

Results

1st Session 05/04/2021

Dynamics: game of presentation of names, followed by mentioning a quality that each identifies with.

Objective: Presentation of the Project, its objectives and schedule organization.

Listening and analysis of the theme: Triste, Louca ou Má² - by Francisco el Hombre.

Debate on the way we adjective ourselves and of what others make of us and on the Influence of other people's words on our own determinations. Our own perception and how the society sees us, and how the constant adjectivation of others determines our future

Musical Practice: Brief explanation of what is the pulsation and practical exercise of marking it on a music

2nd Session 05/11/2021

Dynamics: Body warm up and stretching. Independent Clap_Skills Exercise, Game where people stand in a circle while hand clapping to the rhythm's pulsation.

Objective: to promote group cohesion and rhythmic notion.

Listening and analysis of the music: "Maria, Maria" and other two other songs that RR brought to the meeting. "Unica mulher"³ by Anselmo Ralph

2 "sad, crazy or bad"

3 Only Woman.

and “Mulher Perfeita”⁴ by Badoxa

Debate: What do others expect from us, since we live in a paradigm of perfection.

Musical Practice: Brief explanation of what rhythm is followed by a practical exercise in music with song “Maria, Maria” by Milton Nascimento and Fernando Brant.

Sit down comfortably, close your eyes, breathe, feel the air going in and out of your lungs, listen only to the music without thinking about anything else. Take this moment for yourself, just let ourselves go, imagine being inside this music. Thaïs Meditation by Jules Massenet

3rd Session 05/25/2021

Dynamics of Corporal warm up and focus, elongation. Body Band Skills Exercise

Begin with an initial pulse and slowly add hand rhythms. Follow up with rhythmic improvisation.

Objective: to promote rhythmic sense.

Music Listening and Analysis: “Sou mulher”⁵ - Lilian. Music suggestion from TC.

Debate on the strength of each person, of how we feel stronger being part of a Group. How society determines our individual image, for example how to dress.

Musical Practice: Recap the pulse and rhythm content, brief explanation on what melody is, followed by some melodic warm up exercises. We by slowly singing verses of the melody “Maria, Maria”, in order to correct the group tuning.

Was purposed that the participants sat -down comfortably, closing his eyes, breathing, feeling the air in and out, and focusing only on the music, without thinking about anything else. With the music of Claude Debussy “Moonlight”.

4th Session 05/27/2021

Dynamic: Body stretching. Sounds and melody -Tuning in Skills Exercise

It was requested from all the participants to sing a note with their mouth closed, using (A, E, I, O, U), paying attention to the sound that they all form together as they sing the same notes. Then they were asked to disperse, and when hearing a pleasing sound to walk in it’s direction, in order to meet the person who is the source of the sound. After joining join her colleague, they were taked with trying to make the same sound, searching for the unison in pairs thus the all group will resonate in a single note.

Objective: to stimulate sound and melodic sense.

Music Listening and Analysis Ain’t Got No, I Got Life - Nina Simone - SC music suggestion

4 Perfect Woman.

5 I’m a woman.

Debate on Nina's life story and her difficulty on acquiring studies, while being discriminated for being black, being a woman and gifted at a musical level. Women also feel that they are victims of preconceptions. If they have a deficiency, instead of talking to you, they talk to the person next door because they think you won't understand. It is still necessary in the 21st century to do pedagogy on a daily basis.

Musical Practice: Breath Exercises. The women were instructed to focus on the solo moment of song "Maria Maria", playing and listening only to that specific part, and then to sing the all song, correcting the breathing and as such defining the size of the song, so that every women's participant name is included.

The participants were instructed to sit down comfortably, close their eyes and breathe, feel the air in and out, focusing on listening to the music while ignoring everything else. The intervenients were told to take the moment for themselves, and just let themselves go, imagining being inside the music "Amélie Thème" - Comptine d'un autre été

5th Session 06/01/2021

Dynamics: Stretching. Melody, rhythm and pulse based games. Body warming.

Objective: Find the sense of the collective rhythm, confidence.

Music listening and Analysis: Espelho⁶ by Jalile Petzold and Tigresa⁷ - Gal Costa Suggestion of music CC.

Debate about our identity and reaffirmation. What we are capable of, how we live today thanks to the struggles of women in history to claim our rights.

Musical Practice: Some exercises of vocal training and perception. We started by Providing a brief explanation of what is harmony, using an example of the previous dynamics exercise. We move do to a presentation of the song Ciranda, listening to the audio and reading the lyrics, then using the melody was applied as a Cannone exercise. The group enjoyed so much this song that decided to use it on the public presentation.

The participants were instructed to sit down comfortably, close their eyes and breathe, feel the air in and out, focusing on listening to the music while ignoring everything else. The intervenients were told to take the moment for themselves, and just let themselves go, imagining being inside the music. Erik Satie - Gnossienne No.1

6th Session 06/08/2021

Dynamics of rhythm and melody - Flying Canon Balls - It consists of imitating the melody and the rhythm, so that we can build a canon with music.

Objective: To stimulate rhythmic and melodic sense

Music listening and analysis music Tempested by Carolina Deslandes

6 Mirror

7 Tigress

and Pedro Abrunhosa. Suggestion of music MR “Mulher de Atenas”⁸ by Chico Buarque by suggestion of CC.

Debate: When we are in difficult situations, we need other women to whom to speak to and share our feelings with. Letting us be helped is not easy, but it is necessary, because it helps us to solve problematic situations.

Musical Practice: We begun with some exercises of breathing, working our diaphragms followed by some vocal training exercises (go up to the 3rd Major degree and back, then go a semitone higher and so on...). Rehearsal of the song “Maria Maria” in preparation for the presentation. Go back to work on Ciranda singing as a group and then divided in two voices - canon.

The participants were instructed to sit down comfortably, close their eyes and breathe, feel the air in and out, focusing on listening to the music while ignoring everything else. The interveners were told to take the moment for themselves, and just let themselves go, imagining being inside the music. Stair way to Heaven- Led Zeppelin

7th Session 06/15/2021

Dynamics: Exercising breathing and sound - Transforming Breath to Sound Warm Up. Working on breathing with diaphragm, acknowledging the amount of air that enters and exits, performing some specific exercises of breathing, followed by some sound exercises.

Objective: Completing the breath cycle and using the diaphragm to sing.

Music Listening and Analysis Aretha Franklin - Respect Suggestion of Music Therapist Susana.

Debate: Demanding respect for who we are, and everything we do as caregivers. Who cares for us? Today’s social demands. How to do to organize the day and also have time for ourselves.

Musical Practice – We begun with a breathing exercise and vocal technique, followed by improvements on the Ciranda song, defining the structure, number of repetitions, which part should be canone and which group gets each part. The song was fully rehearsed, and repeated twice. The same procedure took place with the Maria, Maria song.

The participants were instructed to sit down comfortably, close their eyes and breathe, feel the air in and out, focusing on listening to the music while ignoring everything else. The interveners were told to take the moment for themselves, and just let themselves go, imagining being inside the music. Vaughan Williams - The Lark Ascending.

8th Session 06/22/2021

Dynamics: Stretching, breathing and vocal projection- Group Tuning Skills Exercise, similar to the previous one, but this time each participant suggests a sound to practice our breathing together.

Objective: Improving the breathing cycle and the use of the diaphragm to sing.

8 Athen’s Woman

Music listening and analysis: “Toda Humanidade Nasceu de uma Mulher” by Vanessa da Mata. Suggestion of music by AJ.

Debate: The feminine force. How I feel as a woman.

Musical Practice: We begin by recapitulating the musical concepts that we have learned throughout the sessions: pulse, rhythm, melody and harmony, and then we do some breathing exercises and vocal warm-up followed by the rehearsal of the songs “María, María” and “Ciranda”. The songs were performed multiple times in preparation for the public performance replay moment.

The participants were instructed to sit down comfortably, close their eyes and breathe, feel the air in and out, focusing on listening to the music while ignoring everything else. The interveners were told to take the moment for themselves, and just let themselves go, imagining being inside the music. Eric Clapton - Tears in Heaven.

Final Presentation: the mothers organized themselves in order to create decorated, personalized sheet music guidelines, while the monitors organized a convivial party for the realization of the public presentation.

Conclusion

We are in agreement with the activist Simi Linton (1998), on the issue that disabilities have been socially hidden, both in personal and social dimensions. Through this workshop we arrived to the conclusion that when we join disabled young women with other women (such as mothers, caretakers, or other women from the community), they get an opportunity to speak for themselves. They know that they are in a secure place, where they will be listened to and respected. It is important that they are empowered, that people will listen to their voice that they can carry out and participate in projects in their communities and be able to demand to be heard. We believe that only structural changes in culture will be able to “a description of the negotiated world from the point of view of the atypical”, thus deconstructing the comparison with the perception of the dominant group of disability as deficit or loss (Linton, 1998, p. 5).

We maintain that when women with disabilities recognize their full potential and live fully according to all her competencies, their families and the entire community will benefit.

The artistic projects that promote the paradigm shift, propose a practical model of social change that naturally includes the understanding of ways of transforming the place of women with disabilities, in themselves and in consciousness that are linked to efforts to transform larger structures.

This workshop of Music for Women focused on the empowerment of women with disabilities and mothers of women with disabilities and is not intended to be a descriptive guide. It is meant to be a tool that helps to iden-

9 All the Humanity born of a Woman.

tify the multifaceted barriers that women and young women with disabilities experience as children and still are faced with in their daily lives.

The replication of these workshops can promote new projects where women with disabilities participate actively in programs that develop their skills and present them with new opportunities.

All the participants highlighted the importance of this space and how they appreciated getting to know each other better and meeting each other weekly, they proposed to give continuity to the workshop.

The PANAS scale (Galinha & Pais-Ribeiro, 2005) was applied immediately after the final presentation for a global evaluation of the process experienced.

The participants reduced their loneliness scale scores indicating an improvement at the end of the workshop process. Analysing the previous results, we found a significant reduction in the anxiety and loneliness scale, which we interpreted as a general improvement in their level of well-being. We observed that the participants identified that the workshop helped to reduce the feeling of loneliness. One of them increased the score in the perception of determination. All the participants raised awareness about their state of mind, which favours the prevention of negative tendencies. The discussion of the various topics through the perspective of each of the participants allowed to create bonds and greater trust to face the challenges of the day to day. The different exercises applied have facilitated a form of emotional expression that has been satisfactory according to the results indicated above.

In a broader field, we hope that this model for empowerment will be a useful resource for the community in general, teachers, researchers and others who strive to contribute to gender equality and inclusion. Currently the development of artistic programs for the empowerment of women with disabilities had not included Mothers of women with disabilities.

This experience has proven to be beneficial, and showed that if we really dedicate ourselves to prioritize women with disabilities, we must commit to reflect and act based on their own voices.

References

Associação de Paralisia Cerebral de Évora (APCE) consulted on June 10, 2021. Available en: <http://www.apce.org.pt/>

Barcellos, Lia R. M. A Música como Metáfora em Musicoterapia. 239 f. Tese (Doutorado em Música). Rio de Janeiro: Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

Linton, Simi (1988). *Claiming Disability*, New York University Press ISBN 978-0-8147-5134-3

Galinha, I, & Ribeiro, J. (2005). Contribuição para o estudo da versão portuguesa da Positive and Negative Affect Schedule (PANAS): I - Abordagem teórica ao conceito de afecto. *Análise Psicológica*, 23 (2).

Maio, E. (27 of July 2014) Feminismo y empoderamiento de las Mujeres. Doce Miradas. <http://doce miradas.net/feminismo-y-empoderamiento-de-las-mujeres/>

Murgel, Ana Carolina Arruda de Toledo. A canção no feminino, Brasil, século XX. Labrys (Edição em Português. Online), v. 18, p. 1-33, 2010

Orqueta sem Fronteiras, (OSF) (2021) consulted on the 14th of July 2021. Available en: A Orquestra – Orquestra Sem Fronteiras / Orquestra Sin Fronteras (osf.pt)

O TELETRABALHO NA PANDEMIA: O REALCE DA (DES)IGUALDADE DE GÊNERO E DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

Hillary Christine Piedade Inácio

Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Processual Civil.

Resumo:

A divisão sexual do trabalho tem raízes históricas no meio social. Ao homem, tradicionalmente atribuíra-se o trabalho de maior valor intelectual, no espaço público; às mulheres, fora reservado o cuidado na esfera privada, na promoção do bem-estar do lar e dedicação à família. A divisão sexual do trabalho, portanto, perpetua há séculos, as desigualdades existentes entre homens e mulheres, exclusivamente com base em um fator natural: o sexo. Naturaliza-se a submissão das trabalhadoras à múltiplas jornadas e inferioriza-se o trabalho doméstico, bem como o trabalho profissional da mulher no mercado. A pandemia de Covid-19 e o isolamento social, com a implementação intensificada do teletrabalho, evidenciam essa superestrutura machista e patriarcal da sociedade. Nesse contexto, com base na abordagem dialética materialista e por meio da pesquisa documental – inclusive a partir de dados estatísticos – busca-se analisar se o direito à desconexão da mulher é violado no contexto da crise.

Palavras-chave: Trabalho da mulher; Divisão sexual; Teletrabalho; Direito à desconexão; Pandemia.

1. A divisão sexual do trabalho como um modelo estrutural histórico e social de dominação machista e patriarcal

Seja em sociedades pré-capitalistas, seja no capitalismo desenvolvido, a mulher nunca foi alheia à produção de riqueza, embora fosse frequentemente desprezada no mundo do labor, da vida política e pública e impedida de exercer a plena cidadania. Eis que “quer no trabalho, quer na vida ociosa, a mulher sempre foi considerada menor e incapaz, necessitando da tutela de um homem, marido ou não” (SAFFIOTI, 1978, p. 17). Assim, a felicidade pes-

soal da mulher era também fruto de um processo de subjugação, pois incluía necessariamente o casamento. Sem o casamento, não era possível sua consolidação social, tampouco sua estabilidade ou prosperidade econômica. Significa dizer que “[...] afora as que permaneciam solteiras e as que se dedicavam às atividades comerciais, as mulheres, dada sua incapacidade civil, levavam uma existência dependente de seus maridos” (SAFFIOTTI, 1978, p. 17).

Como consequência da clara e delimitada divisão de tarefas e distinção de espaços (entre público e privado), desde os primórdios, há a criação de competências ligadas exclusivamente com base no sexo. Às mulheres, historicamente coube o resguardo do lar, na esfera privada; aos homens, a promoção do sustento e do pleno exercício da vida política, na esfera pública.

Assim, a integração da mulher na sociedade e o emprego da força de trabalho feminina sempre encontraram sérias barreiras, enraizadas historicamente no pensamento patriarcal hegemônico, “tanto na economia feudal, quanto na economia de burgo, e sobretudo nesta última, que prepara o advento da economia urbana, fabril” (SAFFIOTTI, 1978, p. 18). Na Idade Média, a trabalhadora deveria contentar-se com um salário extremamente baixo. As corporações contribuíam para o processo de marginalização do sexo feminino.

Com a Revolução Industrial, a força de trabalho feminina é demandada pelo mercado, uma vez que há um extremo impulso rumo ao capitalismo de consumo. Nesse novo contexto, apesar de a mulher ingressar ativamente no mercado de trabalho produtivo, “sua qualidade de mulher, em muitos casos mães e esposas, fazia com que elas fossem relegadas às atividades menos prestigiadas, mais repetitivas e monótonas” (DUARTE; COSTA, 2020, p. 196). Não era incomum que mulheres e crianças laborassem em situações idênticas às dos homens, mas percebendo remuneração imensamente reduzida.

Como se vê, embora considerada jurídica, social e politicamente inferior ao homem, a mulher sempre participou do sistema produtivo, de modo a desempenhar um relevante papel econômico. A sociedade capitalista continuou dilatando as diferenças entre homens e mulheres, fazendo explicitar a promoção da divisão da sociedade em classes sociais. O sexo, fator selecionado como fonte de inferiorização social, passa a interferir de modo definitivo para a atualização da sociedade competitiva, no acúmulo de riqueza, na constituição das classes sociais e na continuidade da exploração.

É, porém, no modo de produção capitalista que, com a possibilidade de troca e uso de mercadoria de sua força de trabalho, a mulher encontra viabilidade de inserção no meio social, de garantir sua subsistência e de efetivar, enfim, a sua própria ampliação e a integração. De outra parte, “a sociedade de classes privou a mulher da igualdade com os homens, discriminando-a não somente de fato, mas também no plano formal do direito” (SAFFIOTTI, 1978, p. 35).

Assim, as limitações que a estrutura social capitalista impõe à realização plena da mulher, quer enquanto pessoa, quer enquanto trabalhadora, estão

condizentes a uma suposta afirmação da “subcategoria” do sexo feminino. Saffioti (1978) aponta ainda que, mais que a persistência de uma tradição cultural na qual a mulher é representada como submissa, a inferiorização social da mulher decorre também de uma necessidade estrutural do sistema capitalista de produção.

Lamentavelmente, os dados recentes comprovam que essas discriminações com base no sexo não se alteraram com o passar dos anos, haja vista que consistem em um modelo estrutural de exclusão. A título exemplificativo, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua anual realizada pelo IBGE, no Brasil, demonstra que as mulheres têm taxa de frequência escolar superior aos homens. Enquanto as mulheres assumem 73,5% da frequência escolar líquida, os homens possuem uma taxa de 63,2%. O nível de instrução em ensino superior conta também com maior presença de mulheres (23,5%, ao se tratar de mulheres brancas e 20,7% dos homens e 10,4%, ao se tratar de mulheres pretas ou pardas e 7,0% dos homens). Entretanto, os próprios dados escancaram uma contradição, demonstrando que as disparidades permanecem: enquanto as mulheres retiram uma média habitual mensal de R\$1.764,00, os homens percebem R\$ 2.306,00.

Doravante, a pesquisa constatou que as mulheres trabalham, em média, três horas por semana a mais do que os homens, combinando trabalhos remunerados, afazeres domésticos e cuidados de pessoas. Mesmo contando com um nível educacional mais alto, elas ganham, em média, 76,5% do rendimento dos homens (IBGE, 2018). Não basta a mulher ter maior escolarização, estudar e trabalhar mais - elas ainda recebem menos que os homens, em clara discriminação salarial.

É, por conseguinte, no modelo estrutural da divisão sexual do trabalho que as dificuldades cotidianas vão se formando e se definindo, criando possibilidades diferenciadas nas trajetórias de homens e mulheres, com base em supostos fatores naturais distintivos da capacidade de produzir e de trabalhar. Assim, ressaltam Helena Hirata e Danièle Kergoat (2007, p. 597) que, não obstante a divisão sexual sempre tenha existido no meio social, somente com o impulso do movimento feminista, na França, no início dos anos 1970, surgiu uma onda de trabalhos na qual foram assentadas as bases teóricas desse conceito.

Assim, a divisão sexual do trabalho “é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos; mais do que isso, é um fator prioritário para a sobrevivência da relação social entre os sexos” (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 599). Trata-se de um modelo estrutural histórico e social, que tem como características “a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado” (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 599).

Além disso, segundo as autoras, nessa estrutura de repartição, há dois princípios, que são válidos para todas as sociedades conhecidas no tempo e

no espaço: (i) o da separação (existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) e (ii) o hierárquico (o trabalho do homem “vale” mais do que o da mulher). Tais princípios são aplicados em um processo específico de legitimação que rebaixa as práticas sociais a “papéis sociais” sexuados atinentes ao destino natural da espécie (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 599).

É com base, portanto, na divisão sexual do trabalho que se normaliza a “dupla”, “tripla” ou múltiplas jornadas femininas, nas quais as mulheres são obrigadas a dar conta de suas atividades profissionais, dos afazeres domésticos e da prole. Isso as conduz às ocupações flexíveis de trabalho e de menor valor (TEODORO, 2020, p. 122).

Nesse sentido, o IBGE (2018, p. 03) indicou que, no Brasil, no ano de 2016, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos cerca de 73% a mais de horas do que os homens (18,1 horas contra 10,5 horas), fato que inclusive se agrava, a depender de outros recortes, como região e raça.

Por isso, as disparidades enfrentadas entre homens e mulheres no meio social e, notadamente, no mercado de trabalho, vão além da diferença dos rendimentos recebidos, isto é, da discriminação salarial com base no sexo. De fato, não há igualdade de oportunidades, por todos os ângulos em que se examina a questão. A sociedade reafirma que não basta a mulher ser mais estudiosa, trabalhar ou se esforçar mais: o trabalho dela é constantemente visto, de qualquer maneira, como subsidiário e inferior ao do homem.

2. Covid-19 e seus impactos no mundo do trabalho: o teletrabalho como medida de contenção do vírus

Em 31 de dezembro de 2019, tomou-se conhecimento do novo vírus (Covid-19) que, mais tarde e com a agilidade jamais vista, se espalharia aos retores do mundo. Considerando a doença grave o suficiente, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde decidiu classificá-la como “pandemia”, sendo, hoje, mundialmente conhecida, dada a sua extrema gravidade (WHO, 2020).

Diante dessa grave conjuntura, o Ministério da Saúde editou a Portaria de nº 188, em 3 de fevereiro de 2020, para declarar a situação de emergência em saúde pública de importância nacional em decorrência da infecção humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Logo após, em 6 de fevereiro de 2020, foi sancionada a Lei nº 13.979/2020, que dispôs sobre medidas consideradas adequadas para contenção do vírus e proteção da coletividade (BRASIL, 2020)

A Lei nº 13.979/2020 inovou ao afirmar que as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, algumas restrições, tais como o isolamento e a quarentena (art. 3º, I e II). O isolamento social, “assim como a contenção comunitária (também conhecida como *lockdown*) foram medidas adotadas ao longo da pandemia para reduzir e retardar a propagação da doen-

ça, especialmente no período inicial da decretação da pandemia” (PADILHA; BUSSINGUER, 2021, p. 368). Tais precauções causaram enorme impacto na economia e no setor produtivo, trazendo diversas implicações às relações de trabalho e para economia como um todo.

Com a impossibilidade de aglomerações, as exigências impostas pelo distanciamento social e a necessidade de assegurar um meio ambiente do trabalho hígido e equilibrado (art. 6º da CRFB), a dinâmica organizacional das empresas foi modificada de forma expressiva. Nessa quadra, o regime de teletrabalho erige-se, no mundo todo, como medida alternativa à continuidade das atividades empresariais, manutenção da economia e, principalmente, proteção da saúde e integridade física dos trabalhadores.

No Brasil, essa modalidade de trabalho foi inserida pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Esse novel diploma acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o Capítulo II-A, passando a regulamentar esse regime dos artigos 75-A a 75-E da CLT, bem como modificando o já existente art. 62, ao inserir o inciso II, que trata da exclusão dos empregados em regime de teletrabalho nas normas que tangem à duração do trabalho. Na lição de Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 403), o teletrabalho é uma espécie de trabalho à distância, que ocorre em ambiente virtual. Assim, à luz do novo art. 75-B da CLT, é aquele trabalho realizado “preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (BRASIL, 1943).

Contudo, em 22 de março de 2020, o Presidente da República considerou por bem editar uma Medida Provisória, de nº 927/2020, para enfrentamento do estado de calamidade pública em decorrência da Covid-19 e já reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020. Tal medida encontra-se caducada, em virtude de ausência de pauta e votação para conversão em lei, sendo que a legislação vigorou até 19 de julho de 2020, mas seus efeitos persistem até os dias atuais, especialmente no que dizem respeito às modificações implantadas no regime de teletrabalho.

Dentre as alternativas trabalhistas, foi elencada a possibilidade de transferência do trabalho presencial para teletrabalho (art. 3, I da MP 927/2020). O art. 4º da supracitada medida estabeleceu a viabilidade de o empregador, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial dos empregados para remoto ou outro tipo à distância, assim como determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independente de celebração de acordos individuais ou coletivos (BRASIL, 2020).

É importante mencionar que a Medida Provisória em questão permite flexibilizar normas trabalhistas acerca do regime de teletrabalho inseridas pela Reforma Trabalhista, sendo que a diferença mais marcante entre ambas se referia aos procedimentos e prazos obrigatórios para sua adoção. Em linhas gerais, a mencionada medida não determinava as mesmas formalidades da CLT, conforme abaixo passa a se analisar.

Tudo isso a começar pelo art. 75-C da CLT, que dispõe que a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. Já a parte final do art. 4º da Medida Provisória nº 927/2020 é clara ao preceituar que é “dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho”. Seguindo para alterações maiores, se comparado o art. 75-C, parágrafos 1º e 2º da CLT, que dispõem que poderá ser realizada a alteração entre o regime presencial e de teletrabalho, desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual, bem como a alteração do regime de teletrabalho para o presencial ocorrerá por determinação do empregador, garantindo um prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente aditivo contratual. Isso porque o art. 4º, §2º da referida medida é claro ao autorizar que o empregador altere o regime de trabalho presencial para o de teletrabalho em prazo inferior ao estabelecido na CLT, com antecedência de apenas 48 (quarenta e oito) horas, por escrito ou por meio eletrônico.

Com as providências de simplificação trazidas pela Medida Provisória, as empresas passaram a adotar o regime de teletrabalho de maneira expressiva, embora essa realidade, de novo espaço de trabalho, não tenha ocorrido de forma exclusiva no Brasil. Tanto é assim que a própria Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seus relatórios e pronunciamentos divulgados, tratando exclusivamente do contexto excepcional da pandemia, demonstrou preocupação especial com essa modalidade. Emitiu-se, assim, um documento exclusivo em Julho de 2021, intitulado “*Desafíos y oportunidades del teletrabajo en América Latina y el Caribe*” (OIT, 2021).

Na oportunidade, a Organização destacou que trabalhar em casa não é um fenômeno novo. No entanto, com a irrupção da Covid-19 e as medidas de contenção implementadas para conter a emergência sanitária, este tipo de trabalho aumentou significativamente em todo o mundo, especialmente nos países da América Latina e Caribe, incluindo o Brasil. Segundo o relatório, em 2019, o número de pessoas que laboravam em regime de teletrabalho, considerando a totalidade dos Países Latino-Americanos analisados, era menor do que 3%. Com a eclosão da pandemia, a mudança foi drástica e estima-se que, nessa região, cerca de 23 milhões de pessoas transitaram por teletrabalho, durante o segundo trimestre de 2020 (OIT, 2021, p. 02).

Ressalta a OIT ainda que, com o surgimento da pandemia, tal modalidade se tornou uma realidade - quase que obrigatória - e uma das poucas alternativas para continuar a atividade econômica e o emprego nas circunstâncias excepcionais. Todavia, certo é que esse tipo de trabalho apresenta desafios que lhe são inerentes e devem ser enfrentados para garantir sua contribuição de modo positivo ao mundo do trabalho, tanto para as empresas, como para os trabalhadores.

Dentre eles, está a questão do trabalho ser exercido, via de regra, do próprio lar do trabalhador, havendo confusão entre a esfera doméstica e pro-

fissional, especialmente quanto à definição de horários em virtude da ambientação. Outro desafio consiste no teletrabalho exercido pelas mulheres, enfatizado em item próprio pela OIT, o que demonstra sua cautela pelas individualidades do gênero feminino. Tal enfoque se dá, pois, durante a emergência sanitária, as dificuldades na realização do trabalho da mulher a partir de casa aumentaram, especialmente com o fechamento de escolas e demais espaços de rede de apoio e atendimento.

2.1 Os impasses entre o direito à desconexão do trabalho e o regime de teletrabalho: um olhar feminino

A Constituição da República, em seu título II, art. 6º, ao mesmo tempo em que resguarda o direito ao trabalho, como um direito social e uma garantia fundamental, igualmente protege o lazer. No âmbito da doutrina pátria, tem-se defendido que o direito ao lazer ou o chamado “direito à desconexão” possui implicações especialmente necessárias no mundo do trabalho.

Para que o indivíduo viva digna e humanamente, é necessário um descanso. De acordo com Almiro Eduardo Andrade e Valdete Souto Severo (2016, p. 41-53), não é mais razoável pensar em algum trabalho subordinado ausente da limitação legal de jornada imposta pela própria Constituição, isto é, de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (inciso XIII do art. 7º da CRFB). Assim, o direito à desconexão se materializa também na preservação do direito à intimidade e no reconhecimento de que é preciso que o trabalhador se utilize de “válvulas de escape”, tornando mais produtivas e satisfatórias suas horas de labor.

Contudo, no trabalho realizado à distância, tal como é o ocorrido em regime de teletrabalho, os limites da jornada laboral e de lazer são mais tênues. No teletrabalho, o direito à desconexão só será efetivo se o trabalhador realmente se desconectar das ferramentas tecnológicas e se as vantagens dessa modalidade superarem as desvantagens. Seria então um trabalho que verdadeiramente permita maior convívio com a família, no qual o tempo de deslocamento seja utilizado para outros afazeres que dão prazer ao trabalhador, como leituras, filmes ou até mesmo um sono tranquilo (NUNES, 2018, p. 206).

Todavia, nessa modalidade de labor, é comum a exigência de uma produtividade maior em alguns setores, em evidente contradição. A imposição de mais carga de trabalho àquele que teletrabalha somente pelo fato de este não estar obrigado a comparecer com frequência às dependências da empresa não faz o teletrabalho uma modalidade “mais fácil” (NUNES, 2018, p. 207). Se a tecnologia avança para diminuição da jornada, otimização do tempo, ausência de trânsito, gastos com locomoção e aumento do tempo necessário ao lazer, seria incoerente sua utilização para aprisionar o trabalhador e exigir mais trabalho, em espécie de prontidão, o que, na prática, é a realidade, especialmente no curso da pandemia por Covid-19.

Em importante estudo, a Universidade de Stanford (2021) identificou um fenômeno surgido no curso da pandemia, o chamado “Zoom Fatigue”. A terminologia, apesar de fazer referência à plataforma “Zoom”, refere-se às quaisquer plataformas de videoconferência e surgiu para demonstrar como elas exaurem a mente e o corpo humanos, causando consequências psicológicas ao passar das horas. A Universidade constatou que, durante a pandemia, milhões de reuniões vem ocorrendo diariamente, à medida em que os protocolos de distanciamento social mantiveram as pessoas separadas fisicamente. De acordo com Stanford (2021), algumas razões levam o ser humano conectado à exaustão, o que pode causar sérios danos à saúde, tais como: 1) as quantidades excessivas de contato visual de perto; 2) o tamanho dos rostos serem distorcidos e não naturais; 3) o contato, simultaneamente, com todos os participantes, ao mesmo tempo; 4) a carga cognitiva é maior em chats de vídeo; 5) ver a si mesmo o tempo todo é cansativo.

A situação parece agravar, quando se analisa sob um olhar feminino. Especificamente no Brasil, de acordo com os dados disponibilizados a partir da PNAD Covid-19 do IBGE, estima-se que o contingente de trabalhadores atuando de forma remota no país foi de 7,9 milhões de pessoas. Dada a mudança radical do regime de teletrabalho como medida de proteção e respeito ao isolamento social, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizou diversos estudos, nos mais variados recortes, inclusive sob o aspecto da desagregação por características individuais, como a de gênero, evidenciando que, tanto em novembro de 2020, “como nos demais meses, há uma predominância de mulheres entre os indivíduos em trabalho remoto” (IPEA, 2021).

Ainda, conforme apontam os dados da PNAD Covid-19 para novembro, 57,8% das pessoas em *home office* eram mulheres, sendo que há predominância de faixa etária de 30 a 39 anos dos trabalhadores, quando se analisa a distribuição das pessoas em trabalho de forma remota efetiva *versus* teletrabalho potencial por idade (IPEA, 2021).

Se por um lado as empresas passaram a adotar o regime de teletrabalho de forma maciça, os estudantes igualmente passaram a assistir suas aulas de casa, tendo em vista ao fechamento das escolas e demais instituições de ensino. Considerando que os impactos trazidos com o necessário isolamento social, nas mais diversas searas, gera efeitos também nas dimensões de gênero, especialmente na sobrecarga do trabalho que recai à mulher e à mulher-mãe, a UNESCO emitiu um documento próprio intitulado “*COVID-19 Education Response Education Sector Issue Notes: Addressing the gender dimensions of COVID-related school closures*” (UNESCO, 2020).

Na oportunidade, a UNESCO afirma que a maioria dos governos em todo o mundo fechou temporariamente instituições educacionais nos últimos meses na tentativa de conter a propagação do COVID-19. Em abril de 2020, a escolaridade foi interrompida para 1,3 bilhão alunos do pré-primário ao secundário em mais de 190 países. Em 46 países, 735 milhões de alunos, incluindo 356 milhões de meninas, ainda sofrem com a incerteza a respeito de

quando voltarão a se sentar em uma sala de aula (UNESCO, 2020).

Considerado, ainda, as múltiplas jornadas a que as mulheres estão submetidas, mesmo em situações “normais” de regime de trabalho presencial, o teletrabalho, modalidade que confunde a esfera privada e íntima dos empregados com a esfera profissional, parece atentar, com mais afinco, o direito à desconexão da mulher. Buscando averiguar tal afirmativa, a seguir, faz-se uma análise dos impactos propriamente ditos da Covid-19 no mundo do trabalho feminino, em particular, com relação às mulheres que laboram em regime de teletrabalho.

3. O impacto do teletrabalho na vida das mulheres: o realce da divisão sexual do trabalho

Ciente das dificuldades escancaradas com a Covid-19, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) emitiu um Guia prático denominado: “Teletrabalho durante e após a pandemia da Covid-19”. Nele, são traçadas algumas diretrizes a serem seguidas pelos Estados-membros de modo a assegurar a manutenção da produtividade no teletrabalho, da saúde e segurança dos trabalhadores e, principalmente, a conciliação entre a vida profissional e pessoal.

Na ocasião, a OIT (2021) afirmou que, surpreendentemente e com base em estudos prévios, o teletrabalho pode facilitar o equilíbrio desejável entre a vida profissional e pessoal das mulheres, com resultados ligeiramente melhores do que os homens (Eurofound e OIT, 2017). Entretanto, isso dependerá de cada ordenamento jurídico, da cultura organizacional das empresas, das políticas empresariais e também do pensamento social. Caso contrário, as desigualdades de gênero, que sempre existiram, restariam ainda mais evidenciadas nesse regime.

Visando a melhoria desse trabalho desigual, a OIT recomenda que as entidades empregadoras promovam políticas e medidas de conciliação trabalho/família, com especial enfoque no encorajamento dos homens à partilha das tarefas domésticas por meio da mobilização dos trabalhadores em torno de iniciativas criativas, como oferecer exemplos de práticas por parte de gestores masculinos, campanhas nas redes sociais, blogs ou fotos, vídeos etc. Isso deixa claro que é importante que os novos regimes de trabalho ofereçam iguais oportunidades de teletrabalho às mulheres e aos homens e opções viáveis para que possam ser superados eventuais conflitos entre a vida profissional e pessoal (OIT, 2021). Tal discurso dialoga com o que, há muito, já é difundido pela própria Organização, a exemplo da Convenção nº 156 da OIT, que trata acerca da igualdade de oportunidades de tratamento para homens e mulheres com os encargos da família (1981) e que possui aplicabilidade no Brasil, embora não ratificada, a mando do art. 8º da CLT, cujo teor dispõe que é possível decidir um caso conforme princípios do direito do trabalho, usos e costumes e o direito comparado (BRASIL, 1943).

Segundo a OIT, ainda, os impactos do trabalho da mulher durante a

pandemia foram desastrosos. Em comparação com 2019, atualmente, estima-se um total de 13 milhões a menos de mulheres empregadas no globo. Ao mesmo tempo, afirma-se que a taxa de emprego entre os homens vai ser recuperada, de modo a atingir os níveis “normais”, pré-pandemia. Isso quer dizer que somente 43,2% das mulheres estarão empregadas este ano, em comparação com 68,6% dos homens. Especificamente nas Américas, houve queda de 9,4% na taxa de emprego entre mulheres, sendo a região mais afetada desde o início da pandemia (OIT, 2021). Entretanto, no Brasil, dentre as que seguem trabalhando, configuram-se como maioria as que estão em regime de teletrabalho (IPEA, 2021).

Em recente estudo divulgado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), fica claro que a crise gerada pela Covid-19 impactou negativamente as ocupações dos trabalhadores nesse território, gerando um retrocesso de mais de uma década nos avanços alcançados em termos de participação feminina no mercado de trabalho. Segundo o documento, a taxa de participação no mercado de trabalho das mulheres foi de 46% em 2020, enquanto a dos homens foi de 69% (em 2019 foi de 52% e 73,6%, respectivamente). Estima-se, também, que a taxa de desocupação das mulheres chegou a 12% em 2020, percentual que sobe para 22,2% se for assumida a mesma taxa de participação no mercado de trabalho das mulheres em 2019. Em 2020, registrou-se uma contundente saída das mulheres da força de trabalho, que, por ter que atender às demandas de cuidados em seus domicílios, não retomaram à procura por emprego (CEPAL, 2021), o que evidencia que a divisão sexual do trabalho é uma realidade ainda persistente.

Nesse sentido, a CEPAL destaca que é imprescindível avançar na implementação de políticas que contribuam para uma recuperação sustentável com igualdade entre gêneros na América Latina e no Caribe, especialmente no período pós-Covid. Em igual direção, no Brasil, o Ministério Público do Trabalho (MPT) emitiu Nota Técnica exclusiva a respeito do teletrabalho, de nº 17/2020, demonstrando preocupação entre a necessária compatibilização com as responsabilidades familiares, “de forma a impedir que o teletrabalho torne-se encargo severo para aqueles que já concentram demasiadamente as responsabilidades familiares” (MPT, 2020).

Importante pesquisa realizada pela Sempreviva Organização Feminista (SOF), no Brasil, contando com a colaboração de 2.676 mulheres, traça o tipo de implicação promovido pela pandemia no teletrabalho da mulher a partir de diversos recortes. Dentre as entrevistadas, 47% afirma ser responsável pelo cuidado de outra pessoa do lar. O estudo ainda indica que 42% das mulheres são responsáveis pelo cuidado de outra pessoa e o fazem sem apoio de outros de fora do núcleo familiar, sendo que, no período de isolamento social, 51% das mulheres que contam com algum apoio para o cuidado afirmaram sua diminuição (SOF, 2020).

Outrossim, durante a pandemia, as mulheres passaram a cuidar ainda mais, sendo que, 50% das mulheres passaram a apoiar ou se responsabilizar

pelo cuidado de outra pessoa. Entre essas, 80,6% passaram a cuidar de familiares, o que faz com que a responsabilidade pelo cuidado intensifique o ritmo do trabalho doméstico.

Ainda, 41% das mulheres que seguiram com o trabalho remunerado durante a pandemia afirmaram trabalhar mais na quarentena, sendo que 65,4% das mulheres disseram que a responsabilidade com o trabalho doméstico dificulta a realização daquele (SOF, 2020). Assim sendo, os dados comprovam que as múltiplas jornadas de trabalho, o acúmulo de demandas (que parecem se agravar com o regime de teletrabalho, somada à sensação de exaustão permanente promovida pelos meios tecnológicos e a “*Zoom Fatigue*”) trazem mais impactos para as mulheres, que até se evadem do mercado por não terem meios de realizar todas as tarefas em condições de igualdade com os homens. As que permanecem, especialmente em teletrabalho, precisam dar conta de todas as demandas, em uma eterna sobrecarga e, conseqüentemente, afronta ao direito à desconexão, constitucionalmente garantido.

Na atual conjuntura, não são incomuns manchetes relatando a exaustão da mulher, com a evidência do teletrabalho. Como exemplo, têm-se: “Trabalho de madrugada, porque não dou conta de tudo em casa”; “a nova normalidade massacra as mulheres”; “O #FiqueEmCasa sobrecarrega e estressa mais as mulheres” (EL PAÍS, 2021); “Pandemia elevou sobrecarga de trabalho das mulheres na educação” (INSTITUTO UNIBANCO, 2021); “Trabalho das mulheres na pandemia é um fluxo contínuo de atividades que gera sofrimento” (IHU UNISINOS, 2021).

Verifica-se, portanto, que a pandemia afeta desigualmente o teletrabalho das mulheres, com sobrecarga do fluxo contínuo de atividades, em afronta ao direito que pertence a todas, a prerrogativa da desconexão, podendo ocasionar severos impactos psicossociais e na saúde da mulher trabalhadora. Afinal, em nenhum País, o status da mulher é idêntico ao do homem. Dessa forma, “Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta” (BEAUVOIR, 1949, p. 19) Em tempos de crise, a divisão sexual do trabalho e a (des)igualdade de gênero parecem governar, de modo, até então, natural e silente no meio social.

4. Considerações finais

No presente trabalho, procurou-se analisar as discrepâncias históricas no tratamento do sexo feminino e masculino pela sociedade, na tentativa de compreensão em como a histórica divisão sexual de tarefas impacta ainda hoje na inserção e permanência das mulheres no mercado de trabalho. Verificou-se ainda que o direito à desconexão do labor ou o necessário lazer, de forma periódica, é garantia fundamental para que todos reponham suas forças e continuem suas atividades (art. 6º da CRFB). Com base nisso e considerando o cenário caótico vivenciado pela pandemia, buscou-se examinar em que

medida esse direito, de todos, é impactado durante o regime de teletrabalho imposto pela pandemia da Covid-19, sob um olhar voltado ao labor feminino.

Constatou-se que, no curso da propagação da doença, as atividades do lar são maiores, pois as pessoas tendem a permanecer reclusas em suas residências. Entretanto, estas tarefas (incluindo o maior cuidado com os filhos) recaem, via de regra, sobre as mulheres, tal como historicamente acontece. Não obstante, agora, há um agravante: o teletrabalho como modalidade maciça de labor da mulher. Nesse, há certa confusão entre a vida íntima e a profissional, sem a definição de horários bem delimitados e com intenso uso da tecnologia, a ponto de ser constatado, em âmbito internacional, um novo termo para tamanha exaustão: a *Zoom Fatigue*.

É possível afirmar que o direito à desconexão da mulher no cenário pandêmico resta afetado, bem como que os impactos no futuro do mercado de trabalho feminino estão longes de configurarem-se como positivos. Como mudança paradigmática desse cenário já existente no contexto pré-pandemia e agora agravado, eis que as desigualdades sociais são escancaradas, faz-se necessário repensar o modelo sobre o qual a sociedade fora erigida, fundada na superestrutura, jurídica e política, machista e patriarcal. Assim, políticas públicas voltadas à redistribuição das atividades no âmbito do lar, tal como é recomendada pela Convenção nº 156 da OIT são bem-vindas, mas também pequenos atos no cotidiano são fundamentais. Conhecer, reconhecer e divulgar as persistentes desigualdades é uma medida de resistência – ainda que acadêmica – na busca pela tão sonhada sociedade justa, fraterna, solidária e, é claro, humana.

Referências

AMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. [Tradução Sérgio Milliet]. - 2.ed. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 2v. Tradução original de: *Le deuxième sexe*.

BIROLI, Flávia. **Divisão Sexual do Trabalho e Democracia**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 59, no 3, 2016, p. 719 a 681.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; PADILHA, Renata Ferrari. O teletrabalho na pandemia: uma perspectiva sobre as mulheres e a divisão sexual do trabalho. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; VIEIRA, Regina Stela Corrêa (Orgs). **Feminismo, trabalho e direitos humanos: diálogos entre grupos de pesquisa** - Vitória: FDV Publicações, 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 24 de julho de 2021.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua anual de 2016 [2016b]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticasde->

genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil. html?=&t=resultados. Acesso em 24 de julho de 2021.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**. Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem. Editoria: Estatísticas Sociais. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>> Acesso em 24 de julho de 2021.

BRASIL. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&view=alphacontent&Itemid=59> Acesso em 24 de julho de 2021.

BRASIL. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&view=alphacontent&Itemid=59> Acesso em 24 de julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm> Acesso em 24 de julho de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Diário Oficial da União. Portaria n.º 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>> Acesso em 24 de julho de 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Covid-19 no brasil (dados)**. Disponível em: <https://qsprod.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html> Acesso em 24 de julho de 2021.

BRASIL. **Medida provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm> Acesso em 24 de julho de 2021.

CEPAL. **La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad**. Informe especial – Covid-19, n. 09. 10 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf> Acesso em 26 de julho de 2021.

DUARTE, Daniela Miranda; COSTA, Flávia Maria da Silva. **A divisão sexual do trabalho e o desprestígio ao trabalho da mulher**. In: MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira; TEODORO, Maria Cecília Máximo; SOARES, Maria Clara Persilva (Orgs.). Feminismo, trabalho e literatura. Reflexões sobre o papel da mulher na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS. **Banco de Dados sobre o Trabalho das Mulheres**. Disponível em: <http://www.fcc.org.br/bdmulheres/> Acessado em 24 de julho de 2021.

HIRATA, Hirata; KERGOAT, Danièle. **Novas configurações da divisão sexual do trabalho**. Caderno de Pesquisa, v. 37, 2, p. 595-609, set./dez. 2007.

INSTITUTO UNIBANCO. **Pandemia elevou sobrecarga de trabalho das mulheres na educação**. Disponível em: <<https://www.institutounibanco.org.br/conteudo/pandemia-elevou-sobrecarga-de-trabalho-das-mulheres-na-educacao/>> Acesso em 26 de julho de 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Ricardo. Trabalho das mulheres na pandemia é um fluxo contínuo de atividades que gera sofrimento. **Instituto Humanitas Unisinos (IHU Unisinos)**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/maisnoticias/noticias-en-espanol/159-noticias/entrevistas/608545-trabalho-das-mulheres-na-pandemia-e-um-fluxo-continuo-de-atividades-que-gera-sofrimento-entrevista-especial-com-sandra-gemma-flavia-de-lima-e-gustavo-bergstroem>> Acesso em 26 de julho de 2017.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. **A precarização no teletrabalho**: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador. Belo Horizonte: RTM, 2018.

OIT. **Desafios y oportunidades del teletrabajo en América Latina y el Caribe**. OIT Américas: Julio, 2021. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_811301.pdf> Acesso em 24 de julho de 2021.

OIT. **Teletrabalho durante e após a pandemia da COVID-19** - Guia prático. Bureau Internacional do Trabalho - Genebra, jul 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_771262.pdf> Acesso em 26 de julho de 2021.

ONU News. **Américas foi a região mais afetada pelo desemprego de mulheres na pandemia**. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/07/1757182>> Acesso em 26 de julho de 2021.

RAMACHANDRAN, Vignesh. **Stanford researchers identify four causes for 'Zoom fatigue' and their simple fixes**. Stanford: February 23, 2021. Disponível em: <<https://news.stanford.edu/2021/02/23/four-causes-zoom-fatigue-solutions/>> Acesso em 26 de julho de 2021.

RAMÍREZ, Noelia. “Trabalho de madrugada porque não dou conta de tudo em casa”. **EL PAÍS**, 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/smo-da/2020-05-28/trabalho-de-madrugada-porque-nao-dou-conta-de-tudo-em-casa-a-nova-normalidade-massacra-as-mulheres.html>> Acesso em 26 de julho de 2017.

SAFFIOTI, Helleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. Petrópolis: Vozes, 1976.

SOF – SEMPRE VIVA ORGANIZAÇÃO. **O Trabalho e a vida das mulheres na pandemia**. Disponível em <<http://mulheresnapanademia.sof.org.br/>>. Acesso em 26 de julho de 2021.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. A distopia da proteção do mercado de trabalho da mulher e a reprodução do desequilíbrio entre os gêneros. In: MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira; TEODORO, Maria Cecília Máximo; SOARES, Maria Clara Persilva (Orgs). **Feminismo, trabalho e literatura**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

UNESCO. **COVID-19: Education Response**. Paris: August, 2020. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373379/PDF/373379eng.pdf.multi>> Acesso em 24 de julho de 2021.

WHO. Coronavírus Disease. Genebra. **World Health Organization**. Disponível em <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/ques>>

tion-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19> Acesso em 24 de julho de 2021.

DA MUCAMA À EMPREGADA DOMÉSTICA: A HERANÇA ESCRAVOCRATA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO DO CONTEXTO BRASILEIRO NO SÉCULOXXI A PARTIR DE UMA ANÁLISE CINEMATOGRAFICA

Natalia Silva Rocha

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, campus XX. Brumado. Bahia. Brasil.

Vitória Tigre Rocha

Técnica em eletrônica pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia. Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, campus XX. Brumado. Bahia. Brasil.

Resumo:

O artigo objetiva a análise social e jurídica sobre o trabalho doméstico no Brasil, utilizando como material os documentários “Doméstica (2012)” – produzido por Gabriel Mascaro – e “Domésticas (2016)” – dirigido por Felipe Diniz – realizando um diálogo entre a realidade e as raízes escravocratas que culminaram na ocupação majoritária da população negra em cargos de subalternidade e a precariedade dos direitos trabalhistas. A análise é realizada com embasamento teórico de Michel Foucault em “História da Sexualidade I: A vontade de Saber” (1977) acerca da categoria discurso, bem como a obra “Uma história não contada: negro, racismo e branqueamento em São Paulo no pós-abolição” de Petrônio Domingues (2003) e, por fim, “A mulher no Brasil” de June Hahner (1978). O artigo é embasado em uma pesquisa bibliográfica e documental realizada a partir de um relato de experiência feito no segundo semestre do curso de direito na Universidade do Estado da Bahia, durante o ano de 2021.

Palavras-chave: Gênero; Empregadas Domésticas; Escravidão; Direito do trabalho.

Introdução

Ao estudarmos a história da humanidade, percebemos que o conceito de trabalho assumiu gradualmente novos aspectos e significados através dos contextos socioeconômicos, políticos e jurídicos de cada sociedade à sua época. Dessa forma, a reflexão acerca dos impactos da Revolução Francesa e a ascensão do liberalismo econômico em todo mundo, principalmente no Brasil, torna-se fundamental. A partir da concepção da dignidade oriunda do esforço individual e do trabalho sob premissa para a disseminação dos ideais capitalistas, surge no Brasil a pressão externa para a abolição da escravatura. Assim, enquanto no continente europeu surgia o ideal capitalista, nas Américas a economia ainda se baseava no ultrapassado sistema de exploração de mão de obra escrava.

Trazidos do continente africano por meio dos navios negreiros, homens e mulheres negras foram considerados seres desprovidos de alma e, portanto, não merecedores da dignidade vivenciada pelos demais indivíduos. A partir de então, o trabalho nas lavouras do Brasil Colônia foi delegado majoritariamente aos homens negros, que o exerciam compulsoriamente, sofrendo toda violência que lhes era imposta pelos senhores de engenho e seus capatazes. Por outro lado, as atividades domésticas e de cuido foram direcionadas às mulheres negras que exerciam as funções de mucama e ama-de-leite. Assim, além de exercerem as atividades de manutenção da ordem na casa dos senhores de engenho, efetuando a limpeza e compondo a cozinha, essas mulheres tinham de zelar, ainda, pelos filhos da casa grande.

Posteriormente, pressão da coroa inglesa no que diz respeito à abolição da escravatura tornaria extinta a mão de obra escrava que, em tese, passaria a ser assalariada e livre. Baseado na teoria eugenista de superioridade branca, a política adotada pelo Brasil Império foi a de importar mão de obra estrangeira - o que culminou, de forma intencional e sistematizada, no processo de miscigenação que objetivava o embranquecimento populacional. Não obstante, o que se observava no período pós-abolicionista era o completo desinteresse do Estado em oferecer amparo à população recém-liberta, ao mesmo passo em que a impedia de exercer direitos básicos como a própria cidadania. Sem o devido preparo e excluídos do mercado de trabalho pela competição desigual com os imigrantes europeus, a única saída que separava os ex-escravos da miséria era a de continuarem exercendo trabalhos braçais, que já eram praticados no período escravocrata. Portanto, o novo ordenamento funcionou como uma fachada aos interesses capitalistas da época.

É nesse contexto que os direitos trabalhistas passam a ser considerados concretizados, afinal, para incentivar o desenvolvimento econômico nacional a partir da imigração, fazia-se necessário que o país adotasse políticas garantistas - que visavam priorizar a população estrangeira e atrair essa mão de obra para o solo brasileiro. Assim, os direitos trabalhistas abarcavam tão somente uma massa branca e imigrante que acabara de chegar no país, mantendo, des-

sa forma, a marginalização histórica dos negros. Nesse período, os recém-libertos passaram a vivenciar uma realidade onde lhes eram negados comida, residência e trabalho - haja vista que o mercado se recusava a remunerar um serviço exercido por um negro. Logo, inicia-se aí o processo de continuidade da escravidão que fora abolida no papel.

É nesse cenário que surge a nova configuração da figura central do artigo: a transformação da mucama em empregada doméstica. Por todo histórico da escravidão atrelado às ocupações laborais da população negra, é indispensável analisar o emprego doméstico como um fruto das relações de poder oriundas do Brasil colonial. Apesar da abolição formal da escravatura, mulheres negras continuam ocupando espaços subalternos e, no caso específico das empregadas domésticas, a privação de direitos trabalhistas só foi cessada no ano de 2015 a partir da implementação da PEC 150/15. Nesse sentido, mesmo após cinquenta (50) anos da criação da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, as domésticas não se encontravam contempladas em seu texto legislativo.

A partir da análise dos documentários: “Doméstica” (2012) e “Domésticas” (2016), não restam dúvidas de que suas vivências revelam características do período escravagista. Assim, a total entrega ao ambiente de trabalho – observado na rotina das mucamas – a terceirização do afeto e as jornadas de trabalho que muitas vezes extrapolavam os limites toleráveis, configuram pontos de continuidade histórica do período que compôs a escravidão. O que se observa no cotidiano das empregadas é a normalização do trabalho exaustivo, onde patrões ainda se recusam a atenderem direitos básicos inerentes à qualquer relação de emprego regulamentada em lei.

O presente artigo, portanto, estuda a relação da prestação de serviço doméstico com a escravidão e propõe uma discussão sobre os avanços adquiridos pela PEC 150/15 em relação aos seus direitos trabalhistas. Além disso, a partir dos documentários: “Doméstica” (2012) e “Domésticas” (2016) é realizada uma análise de como a realidade desse grupo mudou a partir da regulamentação de seu trabalho. Dessa forma, a criação de um texto legislativo proporcionou a essas mulheres a oportunidade de alcançar benefícios como a aposentadoria, antes jamais cogitado por empregadas domésticas.

1. Abolição como resultado da tendência capitalista

Enquanto na Europa do século XVII e XVIII surgiram movimentos de caráter revolucionário, movidos por ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, como Revolução Francesa e Inglesa, no Brasil, o sistema escravocrata era o grande eixo econômico. Portanto, a discrepância entre as realidades torna-se evidente, haja vista que enquanto em certos países a civilização alcançava um patamar “igualitário”, em outros, havia o tráfico, comercialização e escravização de negros. Além disso, o regime escravista partia do pressuposto de que aqueles indivíduos eram seres desprovidos de alma e movidos pelas

trevas, logo, mereciam a exploração e a coisificação que lhes fora imposta. Assim, essa instituição que, historicamente, apresentou suas engrenagens baseadas em guerras, dívidas, propriedade de terra e etc., se metamorfoseou num sistema pautado unicamente na raça (DANTAS, MATTOS e ABREU, 2012, p. 20).

Nesse sentido, a fim de aderir à nova tendência mundial do liberalismo econômico, restava ao Brasil Império apenas uma alternativa: a abolição da escravatura. Ao abdicar da mão de obra escrava, a economia passaria a circular de acordo com os moldes do capital, visto que o poder de compra seria disponibilizado a esses indivíduos. Após o gradual processo de abolição da escravatura, os recém-libertos tiveram sua cidadania desconsiderada e, portanto, não foram aceitos como indivíduos detentores de direitos, sendo diferenciados da população branca e livre - a única que reunia os requisitos necessários para ser alçada à condição de cidadã. Ao observar a legislação vigente do cenário pós-abolicionista, verificam-se diversos bloqueios legais impostos aos ex-escravos, sendo possível afirmar que o Estado, além de desampará-los, tentou a todo custo afastar essas pessoas da nova e superior “civilização branca” que estava sendo projetada no Brasil.

No período escravocrata, as teorias eugenistas, que teriam seu auge na década de 1930, começaram a tomar forma no país, dando origem à crença de que haveria uma hierarquia e biológica entre as raças. Dessa forma, foi com base nesta ideologia que o Brasil encontrou respaldo para compor sua mão de obra imigrante e majoritariamente branca (DOMINGUES, 2003, p.43). Iniciava-se ali o processo de embranquecimento e implantação do mito da democracia racial que, mais tarde, culminaria na imagem de “paraíso da miscigenação” vendida ao exterior.

O embranquecimento populacional surge, ao mesmo tempo, de forma brusca e sutil. Enquanto se incute, por meio do discurso, a ideia de que a opressão racial não existe - ou é inofensiva-, implementam-se políticas genocidas para com aquela população. Nessa lógica, Domingues exemplifica esse processo a partir da Guerra do Paraguai, onde a população negrabrasileira foi enviada para combate e, após o acontecimento, reduziu-se em 60%, sendo a primeira vez na história do Brasil em que o número de negros diminuiu de forma absoluta e não apenas proporcionalmente em relação aos brancos (CHIANENATO, 1980, p. 194).

Dessa forma, percebe-se que o contingente negro do pós-abolição encontrava-se numa realidade espantosamente pior da que a vivida anteriormente, no regime escravocrata. O Estado, através das suas políticas públicas, omitiu-se e tentou de todas as maneiras aniquilar o povo preto do Brasil. Vistos como um estorvo, os negros foram impedidos de gozarem dos mesmos direitos e serem reconhecidos como cidadãos assim como o resto da população branca e livre. Promoveu-se, assim, um processo de desumanização que induziu-os à realização de atividades já exercidas durante a escravidão, mas, dessa vez, em troca de salários baixos ou apenas refeições.

1.1. Trabalho e população negra

Nas primeiras décadas do pós-abolição, os negros se encontravam abandonados à própria sorte numa sociedade que começava a se mover de acordo com o mercado capitalista altamente competitivo e, por razões óbvias, não estavam preparados para sobreviverem dentro do novo arranjo econômico e social que lhes fora apresentado. Para além disso, havia o total desinteresse do Estado em fomentar políticas públicas de adaptação e inserção desse grupo no mercado de trabalho. A realidade estudada parece piorar de aspecto com a constatação de que o único projeto pensado para a população preta foi o esquecimento e a solidão metamorfoseados em política estatal.

No que tange a inserção do negro na sociedade, o autor Florestan Fernandes foi primordial para esse debate, ainda que, posteriormente, suas ideias tenham sido alvo de críticas e ressignificações por outros autores. Assim, sua obra “A integração do negro na sociedade de classes (1965)” demonstra que nunca existiu homogeneização das raças tal como Gilberto Freyre postulava em “Casa Grande e Senzala (1933)”, mas sim uma tentativa de camuflar o racismo presente nessa dominação. Para o sociólogo, o “mito da democracia racial” presente nos discursos da burguesia - e até no próprio Estado - impedia uma transformação social ao passo que ocultava os resultados negativos da escravidão. Para além disso, complementa afirmando que os avanços sociais apenas aconteceriam mediante o protesto do homem negro, fazendo-se necessário atrelar o conceito de raça ao de classe na busca pela igualdade dos direitos trabalhistas. Somente assim, torna-se possível a obtenção do apoio do homem branco operário (SILVA & CARVALHO, 2010, p. 8-10).

O negro, em sua visão, deveria incorporar os hábitos dos dominantes para que, assim, pudesse ser inserido na sociedade de classes. Dessa forma, a população negra, ao seu ver, possuía um “déficit cultural” quando comparado ao homem branco que já havia sido introduzido na lógica capitalista de trabalho. Florestan acreditava que os avanços industriais fariam o homem negro adquirir os elementos que lhe faltavam para a obtenção de uma “igualdade” de direitos e a inserção na classe trabalhadora. Há, então, uma progressão ideológica quanto aos autores antecessores, mas, em contrapartida, o teórico apresenta uma tese que insiste em reforçar a ideia de superioridade do homem branco em relação ao negro (SILVA & CARVALHO, 2010, p. 11-15).

Partindo para uma análise mais atual, o sociólogo Jessé de Souza no livro “A Elite do Atraso (2017)” tece uma pesquisa histórica e bibliográfica do período pós-abolicionista e suas repercussões na sociedade atual, bem como as maneiras pelas quais os recém-libertos conseguiram se adaptar e sobreviver na nova ordem social que fora construída a partir de 1888. Para Jessé, os ex-escravos foram jogados dentro de um arranjo social totalmente novo e desconhecido, para o qual não haviam sido preparados, além de lidar com os impedimentos legais que lhes eram impostos pelo Estado. A diferença entre as duas teorias reside no fato que, para Florestan, havia a certeza que o mercado

competitivo e poderoso por si só poderia ser inclusivo, enquanto para Jessé, o mercado foi o próprio instrumento de exclusão dessa população.

Faz-se necessária a elucidação de que, naquele contexto Pós-Revolução Industrial, os imigrantes europeus já se encontravam familiarizados com o ambiente e as demandas fabris. Dessa forma, o Brasil utilizou como principal mecanismo de inserção no *modus operandi* capitalista, a substituição da mão de obra composta pelos recém libertos pela dos imigrantes.

O negro torna-se vítima da violência mais covarde. Tendo sido animalizado como “tração muscular” em serviços pesados e estigmatizado como trabalhador manual desqualificado - que mesmo os brancos pobres evitavam -, é exigido dele agora que se torne trabalhador orgulhoso de seu trabalho. O mesmo trabalho que pouco antes era o símbolo de sua desumanidade e condição inferior. Ele foi jogado em competição feroz com o italiano, para quem o trabalho sempre havia sido motivo principal de orgulho e de autoestima. Belo início da sociedade “competitiva” entre nós (SOUZA, 2017. p 77).

Logo, nota-se que o homem negro estava localizado nos níveis mais inferiores das engrenagens sociais quando comparados à população branca, ocupando os cargos remanescentes e indesejados pelo restante do corpo social. Entretanto, não se pode deixar de tratar acerca das relações de gênero, visto que, ainda que o homem negro estivesse em condições de inferioridade, era direcionada à mulher negra a ocupação da base das estruturas sociais. Enquanto aquele representava uma figura animalesca, dotada de força sobre-humana e condicionada - quase que de forma inevitável - a exercer serviços pesados, esta era vista como uma personalidade cuja vida deveria ser pautada em sua disponibilidade para a serventia das casas de famílias brancas.

2. A mulher negra no período escravista

No que tange ao papel exercido pela mulher negra no período escravista-senhorial, nota-se, como elucidado pela historiadora June Hahner em sua obra “A Mulher no Brasil” (1978), a terceirização da organização do lar. Essa figura era indispensável para a ordem no ambiente doméstico da família branca, criando as condições necessárias para que o senhor de engenho e sua prole pudessem viver em pleno conforto. Dessa forma, a presença da mucama na casa grande se tornou símbolo de comodidade para a mulher branca, haja vista que era a mulher negra a responsável pela manutenção do lar, pela criação dos filhos e pelo estabelecimento de condições agradáveis para a chegada do chefe de família.

A escrava de cor criou para a mulher branca das casas grandes e das menores, condições de vida amena, fácil e da maior parte das vezes ociosa. Cozinha, lavava, passava a ferro, esfregava de joelhos o chão das salas e dos quartos, cuidava dos filhos da senhora e satisfazia as exigências do senhor. Tinha seus próprios filhos, o dever e a fatal

solidariedade de amparar seu companheiro, de sofrer com os outros escravos da senzala e do coto e de submeter-se aos castigos corporais que lhe eram, pessoalmente, destinados (HAHNER, 1978, p 120-121).

Foi nesse contexto que surgiu o conceito de “mãe preta” que, passados 133 anos da abolição da escravatura, permanece presente no imaginário social. A imagem materna atribuída à mulher negra não surge de forma ocasional, mas por todo o contexto histórico em que foi inserida. Para suprir a falta de atenção do senhor e sua esposa em relação às crianças brancas, foi delegada à mulher negra - na figura da ama-de-leite - toda a responsabilidade de criação, educação, alimentação e até mesmo o afeto oferecido aos filhos da casa-grande. Além de cuidar dos afazeres domésticos, a escrava exerceu o papel de mãe, abdicando, na maioria das vezes, da criação e do zelo a seus próprios filhos e família em geral.

Nesse sentido, enquanto a mulher branca obtinha como necessidade e ponto centralizador de seu foco a manutenção do mito da feminilidade - estética agradável, ingenuidade, etiqueta, ternura, submissão e símbolo de pureza e castidade -, a mucama representava o alicerce da estrutura familiar - exercendo todo o serviço pesado demandado pelo ambiente doméstico. Para que o lar da família branca estivesse em plena ordem e de acordo com os moldes sociais esperados, era necessária a total entrega da mucama. Em contrapartida, mesmo com a explícita exploração a que eram submetidas, houve a adesão do discurso de que, por estarem mais próximas do senhor de engenho e sua família, estas ocupavam um lugar superior em relação aos demais escravizados.

Para Foucault (1977), o Discurso surge a partir de uma moral legitimada pelos espaços de poder em detrimento de outros valores e condutas, por isso, estará atrelado à criação de um regime de verdade, bem como também, de punição - referente ao poder disciplinar. Nesse sentido, o discurso consegue estender-se aos diversos segmentos sociais a fim de obter a aceitabilidade dos indivíduos e guiar suas condutas. Estas, por sua vez, quando aceitas socialmente, serão as determinantes do discurso, enquanto as que divergem estarão passíveis de punição/exclusão.

A partir desse conceito, torna-se passível a análise do discurso na escravidão sob o ponto de vista de que em consequência da imposição de condutas a serem seguidas pelas mucamas, estas passaram a aderir ao discurso vigente. Assim, o fato de as mulheres negras se encontrarem em constante contato com a família branca, detendo livre acesso à casa grande, se tornou elemento causador de uma sensação de pertencimento. Tratava-se de uma condição de aceitabilidade quanto à uma certa classe de escravizados. Logo, o discurso do opressor foi difundido a partir da adesão da ideia de superioridade de uns contra outros - da mesma classe.

2.1 Da mucama à empregada doméstica

Com o passar do tempo e a mudança no cenário trabalhista brasileiro, a mucama se metamorfoseou em empregada doméstica, haja vista que o cuidado do lar sempre foi um papel historicamente exercido pela população feminina e negra. Dessa forma, houve apenas a continuação da exploração da mão de obra dessas mulheres, já que, mesmo com remuneração - ao contrário do que acontecia no período escravocrata - a profissão não estava prevista na CLT, logo, seus direitos não eram garantidos perante a relação de patrão e empregado (a).

Assim, se tornou comum e até mesmo normalizada a prática de manter uma empregada doméstica residindo na casa da família para quem presta serviços, o que gerou, até mesmo, um impacto arquitetônico, onde grande parte dos apartamentos de classe média/alta eram construídos com o famoso “quarto de empregada”. Entretanto, com a formação do senso crítico ao passar dos anos e a crescente presença de estudos na área das relações empregatícias desse grupo, essa prática se tornou alvo de críticas. Isso se deu porque, ao contrário do estabelecido na CLT, as empregadas não possuíam uma jornada de trabalho que correspondesse ao limite razoável, se estendendo durante dias, semanas e meses fornecendo serviços em tempo integral às casas de família. Dessa forma, essa relação de trabalho frequentemente estabelecida culminava na desestruturação da família da empregada às custas do seu cuidado para com o lar do empregador.

2.1.1. Análise cinematográfica do documentário “doméstica” (2012)

É por esta conjuntura que a proposta do artigo é realizar um diálogo entre a história oral contada a partir das vivências das empregadas domésticas brasileiras e a evolução legislativa para com esse grupo. O documentário “Doméstica” (2012) possui direção de Gabriel Mascaro e é uma obra fundamental para a compreensão das nuances abordadas até então, visto que demonstra a nova conjuntura da mucama brasileira - a empregada doméstica. Além disso, apresenta, mesmo que de forma não intencional, as diferentes realidades experienciadas a partir de uma intersecção entre classe, raça e gênero ao documentar sete (7) famílias com poderes aquisitivos diferentes, mas detentoras de um denominador comum: a dependência da atividade doméstica hodiernamente. O artigo trará apenas, em linhas gerais, as situações consideradas mais impactantes para a análise.

A produção cinematográfica “Doméstica” (2012) é elaborada a partir da visão de jovens entre 15 a 19 anos, filhos e filhas dos contratantes das empregadas domésticas. Desse modo, as aparições dessas mulheres são pontuais e, além disso, são realizadas apenas quando os adolescentes enxergam que há necessidade de gravá-las. Nota-se, no documentário, a pouca participação oral das empregadas e analisa-se que isso se deve ao desconforto em ter de falar da realidade do seu cotidiano de trabalho para uma gravação do filho do

patrão. Dessa forma, a narrativa se torna contaminada, já que a denúncia das mazelas ou abusos sofridos por essas mulheres em seu ambiente de trabalho não pode ser realizada de frente a uma câmera do contratante. Assim, é mostrado apenas o lado bom do serviço, sendo comum o discurso que enaltece as qualidades do empregador.

No primeiro lar apresentado ao espectador, Vanuza, empregada doméstica há mais de dezessete (17) anos, é filmada quase que integralmente por Neto - adolescente, filho de seu patrão. Desse modo, mesmo com o discurso de que ele havia sido criado por Vanuza - o famigerado “ela é como se fosse da família” -, o menino desconhece informações básicas daquela que é responsável pelos seus cuidados desde criança. Além disso, nota-se que a casa onde Vanuza trabalha é espaçosa, o que demonstra que há, ali, uma certa condição financeira, mas, em detrimento a isso, o “quarto da empregada” é minúsculo, abrigando, além dos pertences de Vanuza, produtos de limpeza.

Já na terceira casa, apresenta-se a realidade de Gracinha, que atua como empregada doméstica desde os onze anos de idade. A funcionária conta que após a morte de seu filho, desenvolveu hábitos noturnos, passando a realizar os serviços do lar durante o período da noite. Diante do relato, a perplexidade do espectador é movida pelo depoimento da doméstica acerca do falecimento de seu filho, ao contar que precisou passar três (3) meses residindo em seu ambiente de trabalho para cuidar da mãe de sua patroa que acabara de realizar uma cirurgia no joelho. Gracinha explica que passou três meses trabalhando sem o direito de retornar à sua casa, não tendo assim, a oportunidade de conviver com o seu filho antes que ele fosse assassinado. Tal reação ocasionada pela fala, diz respeito não só aos direitos trabalhistas violados em prol dos interesses dos patrões, mas ao distanciamento da mulher negra em relação à sua família.

Ainda neste documentário, observa-se outra situação de violação dos direitos trabalhistas, com a representação da realidade de Helena, que trabalha na casa de uma família de classe média. Antes de conseguir o emprego, Helena vivia na zona rural com sua família e ao completar 13 anos, sua patroa lhe prometeu uma vida na cidade, alegando que ela teria boas condições para estudar, em troca da sua prestação de serviços à casa. Dessa forma, a problemática se dá pela maneira na qual a patroa se refere à empregada, destacando-se a seguinte fala: “pegamos Lena na roça”. É possível perceber que a empregadora trata sua funcionária como se fosse um animal a ser domesticado e atribui essa função à família que lhe cedeu o trabalho. Ademais, as filmagens apontam o dia a dia da família e, em um giro da câmera, foca-se na patroa deitada, segurando o filho de Helena. Enquanto isso, a mesma, que estava de resguardo, encontra-se limpando a casa, demonstrando que embora seja considerada da família, está longe de possuir os mesmos cuidados, pois cabe a ela cuidar de todos, mas nunca ser cuidada.

2.1.2 Análise cinematográfica do documentário “domésticas” (2016)

Ainda sobre a relação das empregadas domésticas no contexto brasileiro, o documentário “Domésticas” (2016) é produzido em um outro cenário, inserido numa outra realidade em termos de direitos. A produção faz parte do projeto “Trabalho Doméstico: construindo igualdade no Brasil” e é uma produção da ONU Mulheres, do Fundo das Nações Unidas para Igualdade de Gênero, THEMIS - Gênero, Justiça e Direitos Humanos e FUNDO ELAS. Assim, o projeto visou documentar de forma a dar visibilidade à luta das domésticas e seus sindicatos no contexto de novos direitos trabalhistas fornecidos à classe.

Ao longo da obra são abordados três (3) depoimentos sobre a realidade da doméstica no Brasil, respectivamente: Creusa Oliveira - Presidente da Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas (FENATRAD) no ano de produção do curta -, Marilisa Bier e Djanira Correa, ambas empregadas domésticas. A fim de demonstrar a importância da legislação, o discurso da presidente da FENATRAD é parte fundamental, visto que a mesma luta há décadas em busca de ordenamento próprio que reconheça e regule seus direitos trabalhistas, objetivo atingido com a elaboração da PEC 150/15. Ainda nesse sentido, em sua fala, ela ressalta que, por muitas vezes, perdeu empregos por fazer parte de um movimento social e ouvia muito acerca da luta pela causa das domésticas ser uma completa perda de tempo.

O documentário demonstra as empregadas enquanto sujeitos de direitos e sonhos, cada uma vislumbra nas falas suas metas após se aposentar, para Marilisa Bier, por exemplo, seu desejo consiste em viajar pelo Brasil e conhecer lugares até então desconhecidos. Já para Djanira Correa, seu objetivo é concluir os estudos e iniciar uma graduação, o que para muitas domésticas é uma meta quase inatingível, visto que grande parte precisou interromper os estudos desde a infância. Essa realidade somente foi possível com a garantia do direito à aposentadoria, assegurado na PEC das domésticas, pois permitiu que as empregadas aposentadas pudessem investir seu tempo em capacitação, conforto e lazer através do benefício previdenciário. A PEC 150/15 permitiu que as prestadoras de serviços domésticos pudessem não somente sonhar, mas também realizar seus desejos.

3. Movimentos sociais e legislação trabalhista

De acordo com a doutrina do Direito Trabalhista, empregado (a) doméstico (a) é toda pessoa física que exerce serviços de forma individual, subordinada, onerosa e habitual (por no mínimo duas vezes na semana) para outra pessoa ou família dentro do ambiente doméstico, sendo sua função única e exclusiva para atender às necessidades do lar. Isso significa dizer que o serviço do (a) empregado (a) se restringe às demandas da casa e da relação familiar, não podendo o patrão utilizar sua mão de obra para fins lucrativos.

Analisando-se o perfil étnico-racial e de gênero dos empregados domés-

ticos no Brasil, percebe-se que esta profissão é exercida majoritariamente por mulheres negras que tiveram pouco acesso à escolaridade e, conseqüentemente, sobrevivem com renda considerada inferior à média. Isso se deve às inúmeras barreiras e desigualdades sociais consolidadas no regime escravocrata que se ampliaram até os dias atuais, pois o trabalho doméstico foi constantemente delegado a uma parcela específica da população: as mulheres negras. Em praticamente todos os lares da elite escravocrata, era comum notar-se a presença de uma mucama ou ama-de-leite, o que se nota atualmente é a consolidação de um costume antigo. De acordo com dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2019:

Se 6,2 milhões de pessoas, entre homens e mulheres, estavam empregadas no serviço doméstico, mais de 4 milhões eram pessoas negras – destas, 3,9 milhões eram mulheres negras. Estas, respondem por 63% do total de trabalhadores (as) domésticos (as). Ou seja, do ponto de vista do discurso, as mulheres negras “podem estar onde quiserem”; na prática, porém, a realidade as direciona, de maneira desproporcional, a trabalhos como o serviço doméstico remunerado, com toda a precariedade e exploração que lhe são característicos (PINHEIRO et al., 2019. p. 12).

A partir da necessidade de regulamentação em lei para o serviço doméstico, foram instituídos diversos movimentos sociais, associações e federações que exprimiam a vontade de milhares de empregadas espalhadas pelo Brasil. Em 1936, foi criada a Associação das Trabalhadoras Domésticas do Brasil, primeira instituição dedicada a lutar pela busca dos interesses deste grupo, porém, em 1942, essa associação foi fechada pelo Estado Novo. Logo após, em 1972, as domésticas conquistam seus primeiros direitos, resultados do I Congresso Nacional das Trabalhadoras Domésticas, que foi realizado em 1968, no Rio de Janeiro.

Nesse contexto de luta por melhores condições de trabalho e pela dignidade laboral, ocorreu a união nacional das trabalhadoras domésticas com o movimento feminista e com a igreja católica progressista da época. Essa organização possuía como objetivo criar uma proposta de lei que fosse capaz de assegurar a garantia dos direitos das domésticas. Ainda assim, a situação dessas mulheres continuou ignorada pelos representantes no legislativo, já que, com a elaboração da Constituição Federal de 1988, foram elencados apenas alguns poucos direitos pertencentes à essa categoria.

Tempos depois surgiu a Fenatrad (Federação Nacional de Trabalhadoras Domésticas), organizada em 1997 pela junção de 22 (vinte e duas) associações e uma fundação, representando mais de 7,2 milhões de trabalhadores e trabalhadoras domésticos pertencentes à treze (13) Estados. O desejo pelo pleno reconhecimento dos direitos trabalhistas de milhares de pessoas foi o grande combustível de diversas lutas travadas contra os legisladores contrários à regulamentação do trabalho doméstico. Atualmente, a Fenatrad está presente

na luta pelos direitos trabalhistas e, através do seu site, democratiza o acesso à informação para as empregadas.

Desde as origens do trabalho doméstico no Brasil, datada do período colonial, até meados de 2013, a sociedade e a legislação brasileira encaravam essa modalidade laboral como algo que não necessitava de devida regulamentação em lei. Isso dificultava as relações entre empregadas e patrões, que constantemente induziam-nas a servir por meses a fio nas residências, sem período para descanso e retorno às suas casas. Com a criação da Emenda Constitucional nº 72/13, foram melhor analisadas as condições laborais das empregadas domésticas, bem como a necessidade de garantir a igualdade de direitos com os demais trabalhadores, visto que esse serviço constitui principal fonte de renda de mais de 6 (seis) milhões de pessoas no Brasil. Essas condições estão estabelecidas no parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Após muitas décadas de lutas sociais travadas desde a criação das associações, foram reconhecidos diversos direitos trabalhistas que objetivavam equilibrar a relação de trabalho que se mostrava desfavorável às empregadas domésticas frente a seus patrões. Com a Proposta de Emenda Constitucional nº 150/15, foram elencados direitos como: carteira de trabalho assinada; auxílios; previdência social; salário mínimo; 13º (décimo terceiro); FGTS; repouso semanal; licença maternidade e paternidade; férias; aposentadoria por idade, invalidez ou tempo de contribuição. Além desses avanços, um dos maiores benefícios concedidos à classe de empregadas foi o controle da jornada de trabalho, que agora proíbe eventuais abusos feitos pelo empregador.

Diante do exposto, fica evidente que o papel das milhares de mulheres que participaram ativamente das lutas pelos direitos trabalhistas foi essencial para a conquista dos benefícios assegurados atualmente. Nesse contexto, é possível perceber que a evolução do ordenamento frente às necessidades dessa classe trabalhadora acompanhou os movimentos sociais e hoje exprime um caráter garantista em direitos. É importante salientar a função que tem o Direito do Trabalho em proteger o operário, sempre considerado como a parte hipossuficiente da relação de trabalho e, por isso, mais vulnerável a abusos de poder e contratos desfavoráveis. É nesse sentido que mantêm-se a necessidade de assegurar o serviço dignificante às mulheres negras, por séculos escravizadas e relegadas às opressões de um sistema racista que ainda mostra suas facetas nas relações contemporâneas.

Considerações finais

Portanto, a partir de todos os pontos elencados no presente artigo, torna-se evidente a necessidade de analisar o emprego doméstico no Brasil sem ignorar suas raízes e seu significado social, bem como seus impactos na vivência de mulheres negras. Assim, não resta dúvidas de que a figura da empregada doméstica é fruto de um sistema que, séculos atrás, utilizava corpos negros

para a satisfazer às demandas da casa-grande, relegando a essa população uma extensa bagagem de desigualdades sociais carregadas até os dias atuais. Sendo assim, é impossível falar em trabalho doméstico sem aludir a escravidão que até hoje afasta a população preta dos espaços de prestígio social e, até mesmo, de condições laborais minimamente dignas.

Dessa maneira, a pesquisa refuta fortemente as concepções que ignoram a bagagem escravocrata que determina as relações de trabalho e emprego até os dias de hoje. É inconcebível a análise isolada dos fenômenos trabalhistas quando se trata de um país fundamentado no racismo estrutural e construído sob a égide da exploração da mão de obra escrava. Portanto, a simplória visão de que a criação da CLT e os avanços na área foram realizados, de início, a partir de um anseio estatal em garantir direitos à população não corresponde à realidade, haja vista que, como abordado aqui, a principal motivação para a consolidação de leis trabalhistas foi a imigração.

A posteriori, o estudo aqui tecido visou fornecer visibilidade a uma parcela da população que há séculos não só possuía direitos mitigados, como também silenciados, seja nos debates midiáticos ou propostos dentro da academia. A discussão dessas obras cinematográficas demonstra a importância da arte como meio de representação da realidade e de denúncia das contradições expostas. Assim, os documentários carregam consigo o importante papel de proporcionar ao espectador uma visão crítica de situações que acabam se tornando rotineiras e, por consequência, normalizadas pelo cotidiano. Dessa forma, a grande dicotomia entre os dois materiais de análise - “Doméstica” (2012) e “Domésticas” (2016) - se tornou elemento fundante dos debates aqui apresentados acerca das mudanças geradas pela implementação da PEC 150/15.

Ademais, o papel dos movimentos sociais liderados pelas empregadas domésticas foi indispensável para trilhar um caminho extenso de busca pelos direitos trabalhistas que garantem dignidade em suas condições laborais, bem como a aposentadoria e demais benefícios da seguridade social. Como abordado pelo documentário “Domésticas” (2016), a empregada finalmente teve voz, e esta serviu de combustível para a fomentação de políticas públicas que atendessem às demandas dessa classe operária. Para além disso, é fundamental reconhecer a importância do serviço doméstico e, através disso, assegurar um ambiente de trabalho dignificante para que mulheres como Creuza, Marilisa, Djanira e outras milhares espalhadas pelo Brasil possam realizar seus sonhos.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 12 de junho 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943: Aprova as consolidações das leis do trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 junho 2021.

BRASIL. **Lei nº 150, de 1 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: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2015/leicomplementar-150-1-junho-2015-7809-07-publicacaooriginal-147120-pl.html>>. Acesso em: 10 junho de 2021.

CARVALHO, Danilo Nunes de. SILVA, Daniel Antonio Coelho. **A integração do negro na sociedade de classes: a existência negra sob a perspectiva marxista.** Revista Brasileira de Educação e Cultura. Número I, jan-jun de 2010. Acesso em 06 maio 2021. Disponível em: <<https://periodicos.cesg.edu.br/index.php/educacaoecultura/article/view/38/0>> Acesso em: 10 de junho de 2021.

CHIANENATO, José Júlio. **O negro no Brasil: da senzala à Guerra do Paraguai.** 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.

DANTAS, Carolina Vianna. MATTOS, Hebe. ABREU, Martha. **O negro no Brasil: Trajetórias e lutas em dez aulas de história.** 1º ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

DOMÉSTICA. Direção: Gabriel Mascaro. Produção: Sofa Digital. Brasil, 2012. Duração: 1 hora e 15 minutos.

DOMÉSTICAS. Direção: Felipe Diniz - Casa de Cinema de Porto Alegre. Produção: Themis Gênero, Justiça e Direitos Humanos. Brasil, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BDkAXgGiOoM>> Acesso em 5 de maio.

DOMINGUES, Petrónio. **Uma história não contada: negro, racismo e branqueamento em São Paulo no pós-abolição.** São Paulo. Editora Senac São Paulo, 2003.

FENATRAD. **Institucional.** Disponível em: <<https://fenatrad.org.br/institucional/>>. Acesso em: 10 junho 2021.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala.** São Paulo: Global Editora, 2003.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes, volume 1.** 3º ed. São Paulo: Ática, 1978.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 1977.

HAHNER, E. June. **A mulher no Brasil.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

PINHEIRO, Luana. LIRA, Fernanda. REZENDE, Marcela. FONTOURA, Natália. **Os Desafios do Passado no Trabalho Doméstico do Século XXI: Reflexões para o caso Brasileiro a Partir dos Dados da PNAD Contínua**, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/tid_2528.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2021.

SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso: Da Escravidão à Lava Jato.** Rio de Janeiro: Leya, 2017.

A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E (DES)IGUALDADE DE GÊNERO: UM ESTUDO NORMATIVO E ESTATÍSTICO NO BRASIL

Jéferson Fernando Amaral Silva

Advogado trabalhista. Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Universidade Estadual de Campinas. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Lohenna Cloches Luz

Advogada e Mediadora Judicial. Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado pela UNICAMP. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie. Bacharela em Direito pela UniMETROCAMP

Resumo:

Com dados demográficos, será analisado se normas relativas à igualdade de gênero no mercado de trabalho dispõem de efetividade jurídica em face à histórica discriminação de gênero no contexto laboral, seus reflexos e os desafios das trabalhadoras que, culturalmente, são postas em “jornada múltipla”. Também serão investigados os Princípios de Empoderamento das Mulheres desenhados pela ONU que auxiliam a comunidade empresarial a incorporar valores e condutas que visam a equidade de gênero e o empoderamento feminino para promover oportunidades iguais de desenvolvimento profissional. A relevância do tema está na persistente discriminação de gênero, marginalização e exclusão do trabalho feminino, apesar da busca pela sua emancipação em relação ao homem, ao arrepio do direito à igualdade como um preceito universal. Ao fim, serão propostas medidas que ultrapassam o plano formal e programático, para a garantir à mulher trabalhadora equidade nas condições de e no trabalho.

Palavras-chave: Mulher; Empoderamento; Mercado de trabalho; Desigualdade; Gênero.

Introdução

Do entretenimento ao mais alto cargo de uma corporação, a desigualdade de gênero no trabalho existe desde a inserção da mulher neste mercado, cuja conquista se deu após muita luta por igualdade. Não raramente, é colo-

cada em posição de inferioridade e submissão em relação ao homem, e desafiada a desdobrar-se para intentar obter as mesmas oportunidades de entrada e ascensão neste espaço marcado pela figura masculina como sinônimo de poder e competência.

Com o objetivo de desvincular a imagem da mulher ao trabalho exclusivamente doméstico, anteriormente atrelado à escravidão e que até pouco tempo previa menos direitos trabalhistas do que para outros setores, movimentos organizados proporcionaram avanços na busca pela igualdade entre mulheres e homens nas relações de laborais. Sabe-se que a luta pela igualdade nunca deixou de existir, como o evento que deu origem ao Dia Internacional da Mulher, cujos desafios implicavam superar não apenas a diferença salarial em razão do custo para a empresa, mas também combater a situação de submissão (inclusive financeira), em uma estrutura familiar notadamente patriarcal.

Historicamente, dada a ausência de regulamentação do trabalho durante Revolução Industrial, característica marcante do período liberal vivenciado, mulheres e crianças eram submetidas a jornadas de trabalho de até dezesseis horas diárias, além de serem submetidas a condições precárias e insalubres de labor. A respeito, assevera Orlando Gomes (1976, p. 466):

o emprego de mulheres e menores na indústria nascente representava uma sensível redução do custo de produção, a absorção de mão-de-obra barata, em suma, um meio eficiente e simples para enfrentar a concorrência. Nenhum preceito moral ou jurídico impedia o patrão de empregar em larga escala a mão-de-obra feminina e infantil. Os princípios invioláveis do liberalismo econômico e do individualismo jurídico davam-lhe a base ética e jurídica para contratar livremente, no mercado, esta espécie de mercadoria. Os abusos desse liberalismo cedo se fizeram patentes aos olhos de todos, suscitando súplicas, protestos e relatórios em prol de uma intervenção estatal em matéria de trabalho de mulheres e menores.

Da perspectiva formal, o Estado cumpre o papel de regulamentar normas de proteção à não-discriminação de gênero e punir a sua ocorrência, bem como promover a igualdade nas relações havidas no âmbito profissional. Todavia, a presente abordagem visa transcender esta primeira análise e traz, ao longo desta pesquisa, discussões acerca dos avanços já alcançados e desafios a serem enfrentados na busca pela equidade e cumprimento dos direitos das mulheres neste meio.

Normas brasileiras

O Direito do Trabalho, concebido na ordem constitucional pátria como direito fundamental social no art. 6º da Carta Magna, tem por dever garantir assegurar o equilíbrio entre homens e mulheres nas relações laborais, através da intervenção do Estado como meio efetivador da igualdade material de gênero.

Com a promulgação da Constituição, deu-se início ao processo de incorporação de novos princípios ao ordeamento, como o da proibição de discriminação em razão do sexo (art. 3º, IV e art. 5º, I) e da igualdade de direitos no âmbito conjugal (Art. 226, §5º), até então chefiado pelo homem.

Como consequência da constitucionalização do direito do trabalho, o ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal), veda em seu art. 10, II, a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante até cinco meses após o parto.¹

A CLT, por sua vez, traz um capítulo específico de proteção ao trabalho da mulher e da maternidade, do qual destaca-se a vedação, em regra, do anúncio de vagas (art. 373, I), a recusa de emprego, a promoção ou motivação de dispensa em razão do gênero ou estado de gravidez (art. 373, II); proíbe considerar o gênero como variante para fins de remuneração e exigir atestado ou teste de gravidez na admissão ou para permanência no emprego (art. 373, III)²; garante a licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo de salário (art. 392, *caput*), a alteração de função durante a gestação (art. 392, §4º, I) e prevê dois intervalos diários para amamentação (art. 396).

Acerca da não-discriminação, escreveu Comparato apud NOVAIS, 2005, p. 28:

A diferença é uma realidade imposta pela natureza. Cada ser humano possui suas próprias características físicas e psicológicas, suas habilidades e aptidões. Mas diferença não significa desigualdade: “as diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são cria-

1 Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

2 Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

ções arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros”.

Em 1995 foi promulgada a Lei n.º 9.029, que aumentou o rigor contra práticas discriminatórias relacionadas à maternidade, proibindo a exigência de atestado de gravidez em processos seletivos, tipificando inclusive como crime.³ Já em 2006, a Lei n.º 11.324, estendeu às empregadas domésticas o direito à estabilidade provisória e à licença-maternidade, até então garantidas explicitamente somente às trabalhadoras não-domésticas.

Ainda no rol de normas que representam conquistas à trabalhadora e à maternidade, a Lei n.º 11770/2008 instituiu o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar em sessenta dias a duração da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII da Constituição Federal.

Na contramão dos avanços citados, com o advento da Lei 13.467/2017, o art. 394-A, da CLT, passou a prever o afastamento da empregada gestante de trabalhos insalubridades apenas em grau máximo, sendo que até então era o proibido o labor em condições insalubres em qualquer grau durante toda a gestação e lactação.

Nota-se, portanto, que o ordenamento justabalhista traz diversos dispositivos que visam garantir a não-discriminação de gênero no mercado de trabalho, cuja efetividade será objeto de análise a partir dos dados levantados neste estudo e trazidos abaixo.

Da ocupação, dos cargos e do rendimento financeiro

Para obtenção dos dados estatísticos brasileiros que mostram o cenário da mulher trabalhadora, a busca foi feita pelo levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE⁴, sendo eles recolhidos da pesquisa de 2019, com atualização em 2021.

3 Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

4 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE – Síntese de Indicadores. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=resultados>>. Acesso em 01/01/2021 às 16h37.

Da análise deles, foi identificado que são 53.306.019 pessoas do gênero masculino, a partir de 14 anos, ocupados no Brasil. Quando ao gênero feminino, o número de ocupação é de 41.336.307.

Torna-se possível concluir, assim, que o gênero feminino representa 43% da força ocupacional do país, ou seja, as mulheres são quase a metade da força laboral no mercado de trabalho brasileiro.

Apesar disso, quando a apuração é avançada para o sentido de análise de cargos gerenciais (de maior remuneração, por exemplo), a representação numérica indica que as mulheres ocupam apenas 37,38% dessas cadeiras, o que significa que o gênero feminino ainda está sub-representado naquelas posições, sendo este o primeiro dado, então, que confirma a desigualdade existente entre os gêneros binários.

Por reflexão direta, tem-se que a identificação acima justifica a discrepância de rendimento anual, na medida em que restou identificado que as mulheres receberam, quando do censo demográfico, o equivalente a 77,7% do rendimento masculino.

Nesse sentido, o que mostra o estudo, sob o prisma econômico-financeiro, é que enquanto o rendimento médio mensal dos homens é de R\$2.555, a apuração mensal das mulheres é de R\$1.985.

Da dupla jornada

É costumeiro e cultural, além de reconhecimento notório, que, na maioria dos lares brasileiros, não obstante a desigualdade no mercado de trabalho feminino, as mulheres precisam trabalhar em casa, de forma não remunerada, quando elas terão que cumprir todas as atividades do cuidar do lar (casa e família), antes de poder descansar para o dia seguinte. Este cenário, então, torna nítida a primeira conclusão que se chega, pela realidade feminina, de que ter um emprego não a liberta do trabalho doméstico.

Tal fenômeno de acúmulo de atividades empregatícias com atividades do lar é nomeado como “Dupla Jornada”.

Da análise dos dados obtidos pelo IBGE, resta revelado que as mulheres dedicam quase o dobro de tempo semanal para a criação de filhos, o que faz recair sobre elas, por conclusão, pelo menos de forma mais intensa, a necessidade de conciliar trabalho remunerado com os afazeres domésticos, isto é, a imposição da dupla jornada.

Quanto a isso, foi possível constatar, durante o estudo, que enquanto os homens dedicam aproximadamente de 11 horas por semana para os filhos, as mulheres, por sua vez, têm a dedicação de aproximadamente 21,4 horas da sua semana. Evidentemente, tal discrepância reflete diretamente na vida profissional feminina.

Tanto assim o é, que foi demonstrado que, em muitos casos, percebe-se a necessidade de sujeição feminina às ocupações com carga horária reduzida para que, assim, seja possível a união de tarefas - profissional e pessoal. Nesse

sentido, foi identificado que cerca de 29,6% das mulheres estavam ocupadas em tempo parcial; quanto aos homens, para a conciliação das atividades profissionais e do lar, o índice é de apenas 15,6%.

Esse índice confirma, portanto, o primeiro efeito da dupla jornada que sobrecarrega a vida da mulher trabalhadora.

Voltando a pesquisa ao motivo de as pessoas não tomarem providências para conseguir emprego e tornarem-se profissionalmente ocupadas, a assimetria se mostra alarmante ao estudo, visto que as mulheres mostraram-se dez vezes mais impedidas de fazê-lo, em razão de cuidados domésticos - o número é de 2,09% para homens e 20,4% para mulheres.

Ademais, outro número que confirma o apurado, é o fato de que o nível de ocupação entre as mulheres que têm filhos com até 3 anos de idade é de 54,6%, enquanto, entre os homens, o índice é de 89,2%.

Efeitos da gestação

Para aprofundamento nos dados estatísticos, o estudo também foi voltado à vida da trabalhadora gestante e os efeitos do seu quadro gestacional, durante ele e para além dele, posto que também foram verificados os reflexos pós parto.

Para este contexto, foi apurado que, apesar da legislação esboçar uma garantia mínima à nova mãe trabalhadora, conforme traçado anteriormente neste estudo, pelo menos 48% das mulheres são demitidas do trabalho em até doze meses após o retorno do afastamento maternidade.

Após vinte e quatro meses, o índice aumenta, de tal sorte que quase metade das mulheres fica fora do mercado de trabalho, sendo este um padrão que se verifica, inclusive, quarenta e sete meses após a licença. Ou seja, a mulher encontra dificuldades no mercado de trabalho, até os quatro primeiros anos do nascimento de seu filho, pelo simples fato de ter tido filho e ser recaído (mais intensamente) sobre ela, como apontam os índices anteriores, o cuidado com os filhos.

Observa-se, assim, que mulher, se tornando mãe, se torna, para a sociedade e vida trabalhista, praticamente incapacitada, podendo ficar desocupada por pelo menos mais de um ano e meio, o que corrobora com todos os números apontados alhures.

Princípios de empoderamento das mulheres

Enxergando esses conflitos e confirmando que o empoderamento feminino é necessário pra que realmente haja uma verdadeira emancipação da mulher em relação à figura do homem pela equidade de gênero e pela paridade de condições de trabalho e até mesmo de vida, a Organização das Nações Unidas Mulheres⁵ elaborou uma cartilha de princípios para, principalmente,

5 ONU MULHERES. Princípios de Empoderamento das Mulheres. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/cartilha_ONU_Mulhe-

empresas incorporarem na sua estrutura.

A plataforma dos Princípios de Empoderamento das Mulheres (“*Women’s Empowerment Principles*” - WEPs, na sigla em inglês) tem o intuito de orientar as empresas a empoderar as mulheres e promover a equidade de gênero em todas as instâncias do negócio, incluindo a cadeia de valores e as comunidades onde atuam.

Tais princípios têm como objetivo a orientação às empresas ao empoderamento das mulheres e promover a equidade de gênero em todas as instâncias do negócio, incluindo a cadeia de valores e as comunidades onde atuam.

Os princípios ajudam as empresas a adaptar as políticas e práticas já existentes, além de a estabelecer novas, para concretizar o empoderamento feminino, baseados em condutas empresariais reais. Consideram, ainda, os interesses governamentais e sociais, apoiando as interações com as partes interessadas, buscando efetivar a participação de todos para que haja verdadeiro empoderamento feminino.

Entre outros, estão os princípios:

A) A liderança promove a igualdade de gênero, que reconhece que a igualdade de gênero é um comprometimento da alta direção ou “*tone at the top*”, precisando criar as estruturas institucionais e culturais para que a igualdade de gênero se torne um valor compartilhado por todos, permeando as diversas esferas que interagem na empresa.

Neste sentido:

Algumas práticas precisam ser inseridas na rotina da alta liderança para a promoção de uma mudança cultural em relação à importância da igualdade de gênero para o negócio: (...)

Mudança cultural, com a visão da liderança de que esse é um compromisso de longo prazo e é necessário criar estruturas para que a pauta seja institucionalizada;

Garantir orçamento para o tema;

Publicar o compromisso exposto de promover a igualdade e a não discriminação no site da empresa, nos materiais de recrutamento e relatórios de responsabilidade corporativa⁶.

B) Igualdade de oportunidades, inclusão e não discriminação, baseada na promoção de um ambiente não-discriminatório, sendo que o primeiro passo para é compreender que existem desafios que exigem medidas específicas. É a forma de aplicação sugerida:

Os projetos (...) precisam atacar problemas específicos, como iniciativas de recrutamento que busquem mais mulheres; plano de flexibilidade de modelos de trabalho e suporte ao cuidado com a família; revisão do modelo de liderança praticado na empresa ou do sistema de avaliações de desempenho utilizado; e procedimentos que coíbam

res_Nov2017_digital.pdf> Acesso em 01/01/2021 às 16h17.

6 Idem.

assédio moral e sexual. Por último, é importante institucionalizar a visão de não-discriminação por meio da publicação de uma declaração empresarial explícita proibindo discriminação baseada em gênero em contratação, políticas de retenção, promoção, salários e benefícios⁷.

C) Educação e formação, voltado à adoção da educação como recurso na remoção de obstáculos à igualdade de gênero, podendo ser criadas linhas de atuação direta com as mulheres e outros esforços na melhoria do ambiente de trabalho. Como modelo, indica-se:

Desenvolver programas de capacitação das mulheres nas habilidades e comportamentos para eliminar os obstáculos que impedem o avanço profissional. Podem ser cursos tradicionais como MBAs e certificações, cursos voltados a desafios específicos vivenciados pelas mulheres profissionais ou programas de orientação e suporte por meio de profissionais mais experientes, como mentoria;

Implementar programas que atuem nos desafios indiretos enfrentados pelas mulheres, como menor acesso ao *networking* (redes de relacionamento) e disponibilidade de tempo fora do escritório. Exemplos disso são grupos de afinidade em torno de temas específicos que possam promover uma maior integração com profissionais de outras áreas no próprio local de trabalho e programas de *sponsorship* (patrocínio), que facilitem sua exposição e criação de vínculos com a alta liderança;

Capacitar gestores e gestoras da empresa para lidar com os desafios enfrentados pelas mulheres e superar vieses inconscientes que se imponham como barreiras adicionais. Difundir em todos os níveis da organização a conscientização sobre os impactos positivos que o empoderamento das mulheres poderá trazer para a empresa, tornando esse um tema de interesse a todos os funcionários e funcionárias;

Trazar para a área de recursos humanos capacitação sobre igualdade de gênero e benchmarks (procura de modelos) de boas práticas de outras organizações que têm sido capazes de atrair, reter e desenvolver mais mulheres. A educação da equipe que desenvolve a estratégia de recursos humanos da empresa pode gerar melhores políticas e novos programas⁸.

Notório se mostra, assim, que o empoderamento feminino, como objetivo dos princípios, significa uma ampliação da liberdade de escolher e agir, ou seja, o aumento da autoridade e do poder das mulheres sobre os recursos e decisões, tornando a mulher empoderada para definir os seus objetivos, adquirir competências (ou ter as suas próprias competências e conhecimentos reconhecidos), resolver problemas e desenvolver seu próprio sustento.

Conclusão

O que se conclui, por fim, é que a existência da legislação não é o sufi-

7 Idem.

8 Idem.

ciente pra que a mulher goze das mesmas oportunidades que os homens, já que os números mostram, de forma clara, que a equidade não está sendo observada, pelo contrário, muito em decorrência da cultura patriarcal que ainda responsabiliza a mulher, exclusivamente, por questões de domicílio e criação ativa de filhos.

Restou identificada, portanto, é a necessidade da implementação de princípios, como os elencados pela ONU, para que ocorra mudanças dentro do corporativismo que valorizem a força de trabalho feminina, valorizando-a e empoderando-a, para que, assim, seja também possível os mesmos efeitos extra-trabalho.

Nesse sentido, o empoderamento feminino não se restringindo à sua entrada no mercado de trabalho, mas sim a sua manutenção com qualidade e reais possibilidades de crescimento e emancipação, não podendo se confundir uma necessidade econômica com uma estratégia política por meio da qual, por si só, o trabalho se tornaria um caminho para a libertação.

Referências

BRASIL. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao>. Acesso em 11/08/2021.

_____. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT). Decreto nº. 5.452, de 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 13/08/2021.

GOMES, Orlando. Curso de direito do trabalho. 6ªed. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 466.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE – Síntese de Indicadores. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=resultados>>. Acesso em 01/01/2021 às 16h37.

NOVAIS, Denise Pasello Valente. Discriminação da Mulher e Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2005.

ONU Mulheres. Princípios de Empoderamento das Mulheres. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/cartilha_ONU_Mulheres_Nov2017_digital.pdf> Acesso em 01/01/2021 às 16h17.

DESIGUALDADE DE GÊNERO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A INOBSERVÂNCIA DO DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Jaqueline Gachet de Oliveira

Advogada, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela EPD – Escola Paulista de Direito e em Direito das Famílias e das Sucessões pela Damásio Educacional. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB Campinas. jaqueline@gachetelance.com.br

Patrícia Rodrigues Silva Paes

Advogada, Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões, com Capacitação para Infância e Juventude e Docência do Ensino Superior pela Escola Superior da Advocacia de Campinas São Paulo; Conselheira do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente de Campinas/SP. paes_patricia@yahoo.com.br

Resumo:

Foram anos de lutas na conquista de direitos sociais: Revolução Francesa, Revolução Americana Revolução Industrial, a título de exemplo. E, nessa busca pelo exercício da cidadania, a mulher, teve participação fundamental na evolução dos direitos trabalhistas, ressalta-se, ainda que de forma “acanhada” diante de uma sociedade patriarcal em que a voz do homem é que se sobrepunha. A Atriz francesa Olympe de Gouges, já dizia naquela época, na Declaração dos direitos da mulher e da cidadã - 1791: “...a mulher nasce livre e mantém-se livre igual ao homem no direito... A mulher tem o direito de subir ao patíbulo, deve ter também o de subir ao pódio desde que as suas manifestações não perturbem a ordem pública estabelecida pela lei.¹”. Observa-se, portanto, que em muitos dos momentos históricos, além de sonegar às mulheres os direitos políticos e civis, o direito à educação da mulher também não era permitido. Hoje, mormente nas relações de trabalho, apesar da ampliação dos direitos (artigo 5º, I, 7º, XXX, da Constituição Federal do Brasil e Convenção da Organização Internacional do Trabalho 171), é perceptível a discriminação em face das mulheres no contexto laboral, não podendo esquecer, é claro, das mulheres transgêneros, que vêm enfrentando verdadeira guerra para alcançar direitos básicos, como por

¹ Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne. Olympe de Gouges, Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne, 1791. Disponível em : <https://gallica.bnf.fr/essentiels/anthologie/declaration-droits-femme-citoyenne-0>. Acesso em: 20 agosto 2021.

exemplo o de usar vestiários e sanitários adequados ao seu gênero.

Palavras-chave: Desigualdade; Gênero, Direitos Humanos; Trabalho.

Introdução

A pedra de toque quanto a garantia dos direitos humanos no Brasil decorre do Artigo 1º, inciso, III da Constituição Federal do Brasil de 1988, isso porque, é ela a orientadora de todo sistema constitucional no combate a precarização dos direitos dos trabalhadores (Piovesan, 2012).

E, nesse contexto, a ampliação dos direitos sociais, vem ganhando força a cada dia, o que se percebe, por exemplo, com a redação do Artigo 6º, que fora implementado pelas Emendas Constitucionais n. 26/2000, 64/2010 e 90/2015, para incluir respectivamente como direitos sociais, o direito à moradia, à alimentação e direito ao transporte.

Nesse viés, a incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, seja pelo art. 5º, parágrafo 2º, seja pelo parágrafo 3º, da Carta Constitucional, oferece um rico panorama normativo para o aperfeiçoamento do conjunto dos direitos sociais fundamentais.

A declaração de 1993 da Organização das Nações Unidas – ONU, sobre a violência Contra Mulheres e a Convenção Interamericana de Belém do Pará, de 1995, refletem a importância do reconhecimento, juridicamente, das mulheres enquanto seres humanos completos e iguais. E, pensar que no Brasil, a mulher conquistou o direito ao voto na década de 1930.

Com efeito, a ampliação dos direitos das mulheres, mais precisamente, na igualdade de gênero, tem como escopo os artigos 5º, I e 7º, XXX, da Constituição Federal do Brasil, que preveem a dignidade da pessoa humana, a proibição de diferença de salários no exercício de funções e de critérios para admissão por motivo de sexo, e, com tais dispositivos, o arcabouço legal brasileiro se expandiu, tendo hoje, como exemplos, a lei 9.029/1995, que veda exigência de atestado de gravidez esterilização e outras formas discriminatórias, o Decreto 4.377/2002, que promulga todas as formas de discriminação contra a mulher, e, ainda, temos como base a Convenção da Organização Internacional do Trabalho 171, que trata da proteção da maternidade.

Mas, aquém da história mundial da inserção das mulheres no ambiente laborativo e educacional, o Brasil indicava, desde o seu chamado descobrimento – que se prefere denominar de conhecimento por parte dos Europeus -, que seria o lugar onde a discriminação da mulher, em diversas áreas, se perpetuaria e caminhará, ora de forma escancarada, ora de forma camuflada, lado a lado com a evolução dos direitos sociais.

Os primeiros brasileiros, aqueles que aqui residiam de forma livre antes da chegada dos nossos colonizadores, já dividiam o trabalho de forma que as mulheres fossem responsáveis pelo trabalho doméstico, mesmo que, depois

de uma certa idade, pudessem assumir papéis que desenvolviam junto à coletividade, como aqueles relacionados aos rituais.

Nos primórdios desta terra, portanto, ainda sem legislação escrita e organizada, os costumes impunham às mulheres, primordialmente, o trabalho realizado no ambiente privado. O que não as excluía de determinadas tarefas no ambiente público que, uma vez realizadas, as colocariam numa posição de julgamento e de análises pejorativas e desqualificadoras.

Para fins de contextualização, é possível narrar um episódio da história brasileira, no qual, por volta de 1550, alguns franceses levaram índios brasileiros para uma viagem até a França, onde, após descobrirem que os nativos do Brasil se comunicavam através da fala, e não por sons comuns aos animais irracionais, e com a intenção de convencer o rei da França a aumentar as frota que navegavam em direção ao novo mundo, organizou-se uma festa para demonstrar o que tinha no Brasil.

A encenação contou com os indígenas brasileiros, mas também com mais de 2 centenas de franceses que, representavam, também índios. E, o que causa espanto – mas não naquela época – é que todos os homens que encenavam, além dos nativos do Brasil, eram considerados pessoas da sociedade. E, além das índias brasileiras que representavam a si mesmas, as únicas mulheres francesas que participaram da encenação, eram as prostitutas.

Tal fato decorria da afirmação cultural de que as mulheres consideradas honestas, corretas e de família deveriam permanecer “guardadas” no espaço privado, restando àquelas consideradas o oposto disso tudo, as funções e atividades que lhes causariam exposição.

E tal divisão do trabalho decorrente da exposição do espaço público e do dever de se guardar a “mulher direita” no espaço privado, perdurou por muitos anos no Brasil. Isso se não for possível afirmar que, em grande parte desse país continental, e, mesmo que forma obscura, algumas mulheres ainda estão trancafiadas em suas cozinhas de casa.

No entanto, não podemos afirmar que a totalidade das mulheres brasileiras, ao longo da história, foram excluía integralmente do trabalho público, isso porque, outros recortes, que não o de gênero, devem ser utilizados para que compreendamos como chegamos até aqui, dentre eles o da raça e da classe social.

As escravas brasileiras, por exemplo, na mesma época em que as mulheres mais abastadas eram proibidas de exercer atividades fora do ambiente privado, cumulavam o trabalho no campo e nas casas-grandes com as tarefas como mucamas, cozinheiras, amas de leite, e, ainda, eram colocadas para trabalhar na prostituição por seus donos, mesmo sendo apenas crianças de 10, 11 anos.

A luta, portanto, pelo trabalho em atividades que não as domésticas, nunca foi das mulheres negras ou pobres, porque a essas, não eram aplicadas as vedações legais ou culturais que serviam às mulheres brancas e de alta classe social. A essas, ao longo da história do trabalho da mulher, cabe, ainda, a

luta por espaço em atividades profissionais que não aquelas relacionadas diretamente às funções de serviços doméstico, limpeza e outras deste gênero.

E o que falar, então, das mulheres transgênero? Apesar de o debate sobre a identidade de gênero se tornar maior e mais frequente nos últimos anos, as mulheres transgênero sempre existiram. E, talvez ainda antes delas, as travestis já ocupavam as ruas exercendo uma das poucas atividades profissionais que lhes restava: a prostituição.

Dando um salto pelos séculos e gerações, chegamos à discussão sobre a legislação brasileira e aos impedimentos que, por muito tempo, estiveram presentes na vida das mulheres.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 ampliar os direitos fundamentais e sociais, especialmente, nas relações de trabalho, com o advento dos artigos 5º, I, e 7º, XXX, é perceptível a discriminação em face das mulheres no contexto laboral. Não podemos esquecer, é claro, das mulheres transgêneros, que vêm enfrentando verdadeira guerra para alcançar direitos básicos.

Ressalta-se que, até o ano de 2002, tínhamos em vigência no Brasil o Código Civil de 1916, que, em seu texto original previa que, o marido tinha como direito autorizar ou não que sua esposa trabalhasse.

Mais recentemente, quando os debates sobre a reforma trabalhista surgiram, diversas polêmicas com relação ao trabalho da mulher os acompanharam.

A Lei 13.467/17 tinha em seu texto a autorização para que as mulheres gestantes e lactantes trabalhassem em locais insalubres de graus médios e baixos, sem qualquer restrição, e, para evitar que a reforma caminhasse em sentido contrário ao de todos os tratados internacionais que tratam do tema, foi preciso que uma Medida Provisória alterasse a redação, a de número 808/17.

No entanto, somente após a ADI 5938, foi possível garantir a proteção à maternidade, o direito à vida e à saúde da criança que estaria sendo gestada e a garantia contra a exposição de gestantes e lactantes a atividades insalubres.

A inobservância dos direitos humanos e a constante discriminação da mulher no mercado de trabalho, vão além de claros retrocessos legislativos que vem sendo tentados constantemente.

Elas aparecem nos números.

Segundo pesquisa do IBGE realizada de 2009 a 2011, as mulheres recebem apenas cerca de 72,7% dos salários pagos aos homens, mesmo exercendo as mesmas funções.

Oral Se as atividades são as mesmas, qual será a justificativa para tal disparidade?

Fica evidenciado que os critérios estão baseados em algo além do legislado, e, esse algo, é a nossa formação histórico-cultural machista e patriarcal.

Percebe-se, portanto, que os costumes ultrapassam as leis no que tange aos direitos da mulher relacionados ao trabalho, e, cabe, infelizmente, aos juristas judicializar tais questões, até que ações afirmativas sejam tomadas com o objetivo de educar, esclarecer e alterar a realidade da nossa sociedade.

Violação dos direitos das mulheres transgênero

Ao falar de identidade de gênero, não podemos deixar de citar as obras de Judith Butler e sua teoria crítica contemporânea, e, na obra “Problemas de Gênero” a autora busca compreender as características do sexo, gênero e do desejo e seus efeitos na formação do poder, questionando o sujeito “mulher” como gênero preexistente.²

De acordo, pois, com os estudos desenvolvidos por Butler, a possibilidade de alguém nascer com órgãos sexuais masculinos e, se entender como homem, passou a ser admitida.

Apesar disso, ainda não é possível encontrar grandes debates na doutrina brasileira sobre a discriminação em decorrência do gênero das pessoas trans. Mas ela existe. E existe no ambiente corporativo.

E, o fato de não existir um debate mais aprofundado sobre o tema, acaba por permitir a perpetuação das condutas excludentes, discriminatórias e violentas praticadas contra pessoas trans, o que, como já narrado, coloca as mulheres transgênero à margem da sociedade, e lhes dando como única opção de trabalho aquelas funções relacionadas à beleza, como cabeleireiras, ou ainda, a prostituição.

Parece difícil imaginar situações em que a discriminação no ambiente de trabalho seja verificada, mas para a população trans, elas estão nas pequenas coisas do cotidiano, como decidir qual sanitário usar sem que isso se torne um evento ou motivo de agressões, já que o costume da sociedade é utilizar o binarismo como regra.

Ou ainda, na opção pela utilização do nome social, antes mesmo de que se promova a alteração no registro civil. O simples pedido para que se respeite a vontade da pessoa, gera grandes discussões e embaraços.

Embaraços esses, presentes em outras situações do dia a dia, como o uso de um crachá da empresa com um nome que pode ser considerado masculino e que está pendurado no pescoço de uma mulher.

Considerações finais

Pondere-se que, para a defesa efetiva dos direitos das mulheres e a eficácia de todo o arcabouço jurídico – interno e externo – de proteção dos direitos sociais das trabalhadoras, (Arts. 1º, III, 5º, § 2º e 3º, da CF/88, art. 8ª, da CLT), são necessárias ações afirmativas, especialmente, relacionadas ao direito à educação, pois como já dito por Moreira Vital e, Carla de Marcelino Gomes, em sua obra o Manual de Educação para Compreender os Direitos Humanos:

A negação, assim como as violações do direito à educação, prejudica a capacidade das pessoas de desenvolverem as suas próprias personalidades, de sustentar e de se protegerem a si próprias bem como às

2 BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 9

suas famílias e de participar adequadamente da vida social, política e econômica. Na sociedade em geral, a negação da educação fere a causa da democracia e do progresso social e, por extensão, a paz internacional e a segurança humana. A falta de segurança humana impede as crianças de irem à escola. Isso é óbvio relativamente à crianças em conflito armado, e, em particular, para as crianças-soldados. Mas a pobreza, como uma das ameaças à segurança humana, pode conduzir, também, à negação do direito à educação. O direito de reconhecer os direitos de cada um, através da educação e da aprendizagem para os direitos humanos e o direito humanitário, podem ser prevenidas as violações dos direitos humanos nos conflitos armados e ser facilitada a reconstrução da sociedade depois dos conflitos.

Não obstante tais argumentos, a base constitucional do direito à educação está inserida no art. 205 e seguintes da Constituição Federal e, respeitando o sistema de equilíbrio federativo, cabe à União, à coordenação geral da política de ensino, legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV) e a todos os entes a responsabilidade (art. 23, CF) de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das Instituições democráticas.

No mesmo sentido, vem o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, adotado pela XXI Assembleia das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, promulgado pelo Decreto n. 591 de 06 de julho de 1992, entrando em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992, cujo seu artigo 13 guarda semelhança com Protocolo San Salvador e reza:

[...]Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz [...].

Nessa diretriz, asseveram a Desembargadora Tereza Aparecida Asta Gemignani e o Dr. Daniel Gemignani, citando Norberto Bobbio, em seu artigo *A Educação para a Cidadania, a Capacitação para o Trabalho e os Direitos Fundamentais: Uma Leitura Constitucional*: “o grande desafio do direito contemporâneo é conferir funcionalidade à estrutura existente, de forma a possibilitar a atuação promocional do direito, voltada ao incentivo do comportamento necessário para garantir a dignidade da pessoa, a vida em sociedade e o desenvolvimento sustentável de uma nação”.

Portanto, nessa ordem de compreensão, por meio de desenvolvimento de política de atendimento integrada entre os entes públicos com a participação da família, da comunidade e das organizações da sociedade civil, o direito à educação é o caminho para promoção do respeito ao próximo e a garantia

de que, de fato teremos o princípio da dignidade da pessoa humana respeitado em toda a sua completude.

Com efeito, a desigualdade de gênero nas relações de trabalho, enquanto reflexo de um sistema jurídico e de Estado que traz vestígios alarmantes do machismo e do patriarcado, podendo, até, ser nomeado de sistema cisheteronormativo, com operadores, em sua grande maioria, homens, brancos, heterossexuais e de classe social mais abastada, não é capaz de abraçar e observar a pluralidade da sociedade brasileira.

A falta de representatividade da maioria da população brasileira nos 3 Poderes que são base do nosso sistema democrático, impede que os recortes de gênero, raciais e de classe sejam utilizados para a aplicação das normas jurídicas internas e externas de modo a alcançar a igualdade e a isonomia nas relações de trabalho.

A análise interseccional do problema é medida que se impõe, conjuntamente com a aplicação de ações afirmativas e políticas públicas voltadas à educação, especialmente de meninas e mulheres, que viabilizem o seu ingresso e manutenção no mercado de trabalho.

Somente dessa forma, a violência e a desigualdade de gênero nas relações de trabalho serão combatidos eficazmente no Brasil e os Direitos Humanos, enfim, integralmente observados, respeitados e aplicados.

Referências

ANTUNES, Ricardo. **O Privilégio da Servidão: O Novo Proletariado de Serviços na Era Digital**. 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARAÚJO, Adriana Reis de. **Direitos Humanos no Trabalho pela Perspectiva da Mulher**. Belo Horizonte: Editora RTM, 2019.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 novembro. 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 novembro. 2019.

BRASIL. **Consolidação Das Leis Do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 24 novembro. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 20 novembro. 2019.

BRASIL. Organização Internacional do trabalho: **Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_626908/lang--pt/index.htm. Acesso em: 05 abril. 2019.

BRASIL. **RECOMENDAÇÃO 198 DA OIT**. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LAN-G,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument. Acesso em: 21 novembro. 2019.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

FRANÇA. Déclaration Des Droits De La Femme Et De Da Citoyenne. **Disponível em:** <https://gallica.bnf.fr/essentiels/anthologie/declaration-droits-femme-citoyenne-0>. **Acesso em: 20 agosto 2021.**

LEME, Ana Carolina Paes. **Da Máquina à Nuvem: Caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da Uber.** São Paulo: LTr, 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; e SEVERO, Valdete Souto. **Resistência: Aportes Teóricos Contra o Retrocesso Trabalhista.** 1ª edição. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

_____. **Resistência III: O Direito do Trabalho Diz à Terceirização.** 1ª edição. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

_____. **Resistência II: Defesa e Crítica da Justiça do Trabalho.** 1ª edição. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

MARQUES, Natália; e BRASIL, Abramides. **Relações de Trabalho em Plataformas Digitais: Desafios ao Modelo Tradicional do Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MOREIRA, Vital; e GOMES, Carla de Marcelino. **Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos** (versão original editada por Wolfgang Benedek). 1ª edição. Coimbra Editora. Coimbra/PT. 2014

OLIVEIRA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael. **Manual de Direitos Humanos.** Vol. Único.. 4ª ed. ver., atual e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador.** 6ª edição, LTr 75. São Paulo: 2011.

_____. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional.** 11ª Edição. LTR75. São Paulo: 2019.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso: 10 outubro. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana - conteúdo, trajetórias e metodologia.** Rio de Janeiro: Ed. Fórum, 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho, de acordo com o novo CPC, Reforma Trabalhista e a MP N. 808/2017.** 13ª edição. São Paulo: LTr., 2018.

PREVALÊNCIA DE DOENÇAS OCUPACIONAIS EM MULHERES NAS UNIVERSIDADES: ARTIGO DE REVISÃO

Maria Inez Santos

Graduada em Serviço Social pela Universidade Federal de Alagoas. Brasil. Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Pernambuco. Brasil. Doutoranda em Segurança e Saúde Ocupacionais na Universidade do Porto. Portugal

Resumo:

Objetivo: identificar a prevalência de doenças ocupacionais em mulheres nas universidades. **Método:** Este artigo de revisão sistemática foi realizado com base na metodologia da declaração do *PRISMA Statement, 2009* com a de artigos levantados em bases de dados: *scopus e web of science* que associaram a prevalência de doenças ocupacionais em mulheres nas universidades. Esses dados poderão ser analisados a partir dados oficiais da Organização Internacional do Trabalho-OIT, assim como da organização Mundial de Saúde -OMS. **Conclusão:** Os resultados demonstram a importância de perceber o adoecimento em determinadas categorias profissionais, aqui representadas pelos profissionais de saúde, docentes, assim como técnicos administrativos. O artigo trouxe a contribuição de estudos que trazem a importância de perceber o perfil da trabalhadora, considerando além da idade, doenças associadas, assim como doenças que não foram declaradas como doença ocupacional, mas que permeiam o ambiente de trabalho e carecem de aprofundamento como tal. E, fundamentalmente a necessidade de ampliar as pesquisas na direção de perceber os fatores que apontaram o maior percentual de adoecimento em mulheres, a partir dos artigos estudados.

Palavras-chave: Prevalência; Doenças ocupacionais; Mulheres; Universidades

1. Introdução

A relevância teórica desta pesquisa consiste em uma contínua reflexão sobre o processo de adoecimento da mulher trabalhadora, também pensada a partir da construção histórico-social do/a trabalhador/a. Quando falamos em trabalhadores, especial aqui as mulheres, vários fatores influenciaram para a sua entrada no mercado de trabalho. Pode-se perceber que a divisão do tra-

balho por gênero contribui para as desigualdades entre mulheres e homens de várias maneiras, particularmente quando se trata de saúde. Ao não se tratar as diferenças existente entre as condições sociais de gênero, elas podem afetar na compreensão do trabalho das mulheres. Além do que a falta de dados relevantes para desmistificar condições de trabalho entre homens e mulheres, podem colocar as trabalhadoras em desvantagem em termos de prevenção da saúde no local de trabalho.

Segundo o relatório da organização Internacional do Trabalho aponta que mulheres tendem a ter mais responsabilidades (Bureau Internacional do Trabalho – Genebra: OIT, 2019). O cuidado com a casa e com a família, ainda recaem sobre a mulher. Como pode se observar as formas de inserção dessas no mercado de trabalho e demais aspectos das suas condições de vida e trabalho, a conciliação com as atividades de reprodução de si e de sua família geram implicações na atenção à saúde. As mulheres, portanto, são desfavorecidas nas relações de gênero, a sua sobrecarregada, como tarefas domésticas e redução de tempo para as atividades de lazer. São aspectos que sem o devido repouso e recuperação do organismo no que se refere às exigências do trabalho poderá a levar uma maior manifestação dos sintomas musculoesqueléticos (Assunção, 2011). Portanto, há diferentes efeitos dos riscos e adoecimentos entre homens e mulheres, seja nas possíveis maiores taxas de adoecimentos, o que pode impactar em riscos na saúde reprodutiva, às exigências físicas do trabalho pesado, no design ergonômico dos locais de trabalho, na duração do dia de trabalho e nas tarefas domésticas. Essas questões impõe-se uma abordagem à investigação e à prevenção mais direcionada para as questões de gênero e mais sensível a estas, pois tem contribuído para formas de adoecimento e tem prejudicado às mulheres e deixando um vácuo nas políticas e legislação específicas. Diante do fato, definiu-se que a referida temática teria *Prioridades da investigação no domínio da segurança e saúde no trabalho na Europa: 2013–2020* (Sas & Suarez, 2014). Mesmo estando diante de mudanças ao longo do tempo, quanto a inserção da mulher no mercado de trabalho, a igualdade de gênero está aquém de ser solucionada.

A análise crítica da maioria dos autores trouxe contribuições que apontam percentuais de adoecimentos maiores em mulheres, porém trazem lacunas, citadas em cada trabalho, que demonstram a necessidade de aprofundar as pesquisas citadas, seja no sentido de identificar, avaliar o que for relevante para garantir que as mulheres possam desenvolver seu trabalho com qualidade e com igualdade de condições com os homens.

2 Materiais

Considerando que o estudo é sobre a prevalência de doenças ocupacionais em mulheres nas universidades. A relevância teórica desta pesquisa consistiu em uma contínua reflexão sobre a temática, avançando no conhecimento sobre a prevalência de adoecimento da mulher trabalhadora em universida-

des. Levantamos pesquisamos artigos e outras publicações que trouxeram a temática, com os resultados a que chegaram. Alguns conceitos foram utilizados para auxiliar na questão do adoecimento dentro do contexto das relações de trabalho, questões de gênero, questões psicossociais, legislação.

Para esse conteúdo foram analisadas fontes de evidências ou indícios, em publicações científicas a partir de estudos primários de pesquisas, as quais foram avaliados os vieses, considerando estudos de caráter transversal, descritivo, prospectivo, observacional com no intuito de evidenciar a prevalência de doenças ocupacionais nas mulheres trabalhadoras das universidades. Considerando abordagens que relacionem adoecimento físicos, psicossociais ou outros para as mulheres que possam enfatizar prejuízos econômicos, sociais e/psicossociais desde que considerando pesquisas fomentadas e voltadas para o contexto da saúde do trabalhador. Foi realizada a revisão de literatura sobre o assunto, utilizando as seguintes palavras-chave: *prevalence, disease occupational, women, university*; que o intuito de conduzir à publicações que investigaram e/ou investigam o assunto a fim de auxiliar em respostas que possam contribuir para o objetivo do trabalho.

Foram utilizadas as bases de dados: *Scopus e web of Science*. o que permitiu uma abrangência de artigos científicos publicados. Conforme leitura das referências bibliográficas de artigos incluídos, as pesquisas foram refinadas e acrescentadas a busca de leituras de documentos oficiais, que estarão devidamente registradas ao final da revisão sistemática.

Utilizamos como critério os artigos que relatem pesquisas que tragam dados sobre a prevalência de doenças ocupacionais em mulheres, basicamente no trabalho das universidades, por meio de publicações de relevância científica.

O estudo inicial realizou restrições de artigos que não especificaram a questão das doenças ocupacionais em mulheres nas universidades. O intervalo de tempo foi de 2015 e 2019. A pesquisa nas bases de dados *Scopus e Web of Science* se deu no período de 3 e 4 de janeiro de 2019.

Na escolha da pesquisa priorizou o idioma em inglês, considerando que há uma maior abrangência de pesquisas aceitas em revistas indexadas e maior conceito no âmbito da academia. Contudo, vimos a necessidade de ampliar a pesquisa ou o número de achados não foi suficiente para uma análise, consideramos também o idioma em francês.

Utilizamos a busca nas bases de dados Scopus e Web of Science, considerando uma combinação de palavras chave, advindas do objetivo do estudo. A expressão geral de busca foi: *prevalence + disease + occupational in woman; prevalence + disease + occupational + woman + university*.

A busca pelas leituras foi de forma manual, nos documentos oficiais do Ministério da previdência social do Brasil, na Organização Internacional do Trabalho-OIT, na Organização Mundial de Saúde; e de forma eletrônica, na base de dados já descritas.

Foram lidos todos os títulos, porém, os resumos que foram lidos havia

alguma palavra que levasse a alguma referência sobre prevalência de doenças ocupacionais em mulheres nas universidades.

Os artigos incluídos foram os que relacionaram, mesmo que de forma genérica ou especificamente a prevalência de doenças ocupacionais em mulheres nas universidades. Foram excluídos os artigos que não citarem doenças ocupacionais em mulheres nas universidades, também aqueles que citaram as doenças ocupacionais, mas, de forma genérica; bem como aqueles que foram realizados a partir de sessões de treinamento em serviço.

Seleção e catalogação preliminar das publicações. Os artigos lidos, que foram organizados com as seguintes descrições: autores, data e país da publicação, título, fonte, base de dados, objetivos, metodologia e resultados.

Os critérios de Inclusão: Os artigos lidos e escolhidos que trouxeram contribuição sobre o objetivo do trabalho e demonstraram a prevalência de doenças ocupacionais em mulheres nas universidades; que estivessem em forma de artigo e completo, que enfatizasse as doenças ocupacionais em mulheres nas universidades, hospitais de treinamento de pessoal de forma relevante para uma discussão posterior.

Critérios de Exclusão: os artigos lidos e que não trazem relevância para a pesquisa e nem contribuição para o objetivo do trabalho. Foram excluídos os trabalhos que trouxeram apenas o resumo, sem detalhes da pesquisa. Foram selecionados, para leitura, dados relevantes como: pesquisas que trouxeram prevalências de doenças ocupacionais em relação as mulheres, os que pudessem trazer relação de adoecimento entre homens e mulheres e os fatores psicossociais, se citados.

Os artigos selecionados estão numa pasta específica com o nome da pesquisa. Fizemos tabelas com colunas trazendo dados os mais relevantes possíveis. Na leitura geral dos artigos selecionados foi feito um quadro inicial com título, ano e país de publicação, fonte, resumo, objetivo, metodologia, resultados e observações, os quais serviram de avaliação de cada artigo lido e selecionado.

Para realizar a inclusão e a exclusão dos artigos, considerando a pergunta da pesquisa, a análise dos dados se voltou a responder quais resultados, dos artigos selecionados, foram relevantes para o objetivo do estudo e se havia indicação para novos estudos. Incluiu a totalização dos fatores citados como relevantes para o objetivo do estudo e questões de pesquisa. Priorizados da seguinte forma: pesquisa primária e quantitativa; avaliação de prevalência de doenças ocupacionais na amostra estudada; participantes do estudos serem trabalhadoras de universidades e/ou centros de formação, que pudessem acrescentar à comparação com os trabalhadores masculinos, se houvesse a informação; as amostras não terem sido tratadas para detectar doenças ocupacionais com o objetivo de prevenção; não incluímos trabalhadoras exclusivamente diagnosticadas com determinadas doenças crônicas.

A seguir expomos como se deu o estudo primário, no qual foram colocadas as possibilidades de palavras-chave como teste de busca de artigos.

Ao perceber que havia uma quantidade razoável de artigos sobre a temática, partiu-se para a busca de forma organizada e sistemática. As Palavras-chave foram: *prevalence + disease + occupational + women/prevalence + disease + occupational + women + university*

A busca de literatura a respeito da temática também foi realizada, de forma manual, aconteceu nos sítios de buscas online da Organização Internacional do Trabalho-OIT, Organização Mundial de Saúde-OMS, que possibilitem acesso a temáticas sobre adoecimento das trabalhadoras em universidades e/ou serviços públicos ou privados de saúde. Verificou-se estudos publicados no período de 2015-2018.

Abaixo a tabela 1 traz as palavras-chave utilizadas e a quantidade de artigos encontrados.

Tabela 1. Base de dados: Scopus e Web of Science*

Palavras-Chave *Scopus	Total	2015 a 2018	Após Leitura do Resumo
Prevalence and disease occupational and women and university	124	31	7
Disease occupational and women and worker universities	162	39	7
Palavras-chave *Web of science	Total	2015 a 2018	Após leitura do resumo
Prevalence and disease occupational and women and university	40	13	5
<i>Disease occupational and women and worker universities</i>	34	07	6
Total geral	25		
Total em duplicata	09		
Estudos lidos:	16		
Estudos incluídos no artigo de revisão	06		

*Data da busca: 3.1.2019

Considerando o resultado do estudo percebemos que os dados trouxeram significativos resultados sobre prevalência em doenças ocupacionais nas mulheres em universidades e outras instituições e ainda considerando as sugestões para novas pesquisas a fim de trazer resultados que acrescentem aos estudos realizados. Para a condução do estudo foi utilizada como ferramenta para exportação dos artigos, o aplicativo do Mendeley; além da construção de tabelas. A tabela 2 traz a relação dos artigos incluídos para responder à pergunta. A Figura 1. Traz o diagrama Prisma 2009 (adaptado) com o mapeamento de toda a pesquisa realizada, resultando nos artigos incluídos para a referida revisão.

Tabela 2. Artigos incluídos para a revisão sistemática.

1º Autor	Ano País	Título (original)	Tipo de Estudo
Nazmiye Koyuncu, Özgür Karcioğlu	2018 EUA	Queixas Musculoesqueléticas no Pessoal de Saúde do Hospital. Uma Comparação Interdepartamental, transversal	Estudo Transversal Prospectivo
Flavia D'agostin & Corrado Negro	2017 Itália	Sintomas e Doenças Musculoesqueléticas em Enfermeiras Hospitalares e em um Grupo de Funcionários de uma Universidade: Um Estudo Transversal.	Estudo Transversal
Malin Lohe-la-Karlsson Et Al	2018 Suécia	Problemas Percebidos de Saúde e Trabalho -Ambiente Relacionados e Perda de Produção Subjetiva Associada em uma População Acadêmica.	Estudo Transversal
Arvidsson I, Et Al.	2016 Suécia	Associações Transversais entre Fatores Ocupacionais e Dor Musculoesquelética em Mulheres Professoras, Enfermeiras e Ultrasonografistas.	Estudo de Coorte Prospectivo Planejado.
Yun, Myeong-Ja Et Al. 2018	República da Coreia do Sul	O estudo aponta a baixa idade média da população da amostra e o curto período de serviço não foram levados em consideração no plano de estudo.	Estudo transversal
Leão, Sylvia H. De S. Et, al	2015 Nova Zelândia	Problemas de Voz em Professores da Nova Zelândia: Uma Pesquisa Nacional	Estudo Transversal

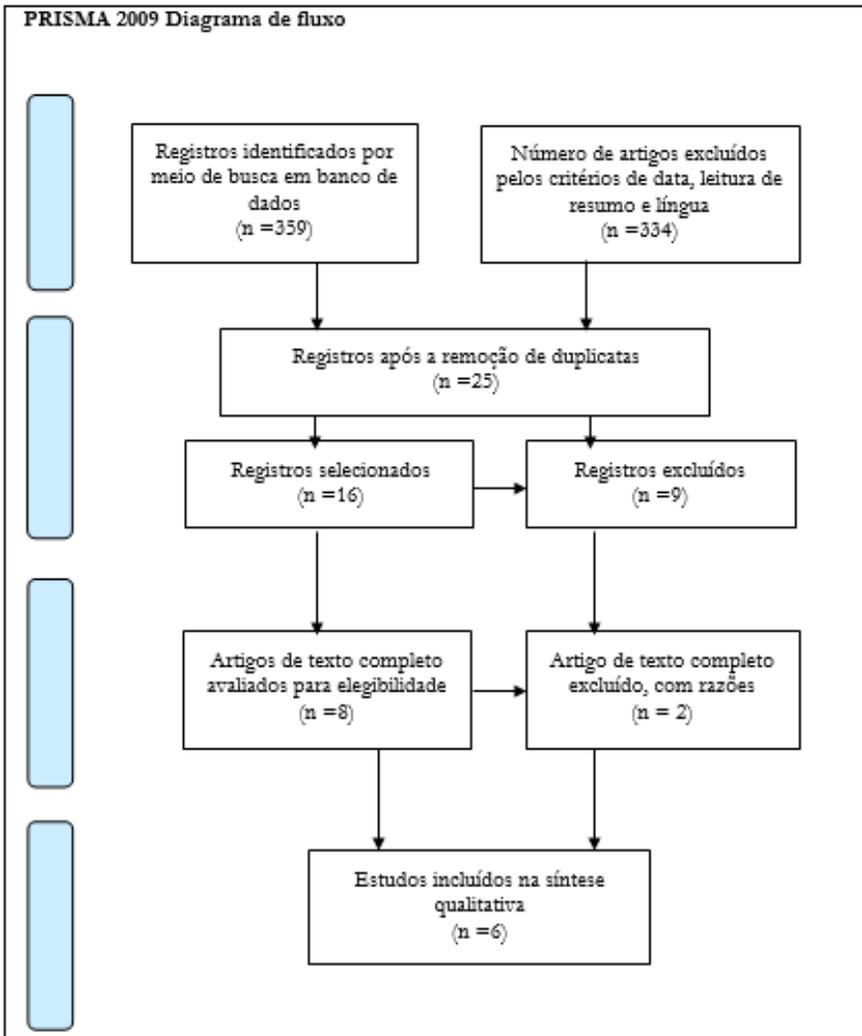


Figura 1. Diagrama Prisma 2009 (adaptado)

3. Os vieses e limitações dos estudos foram

No quadro abaixo trazemos os possíveis vieses e limitações dos estudos da revisão, sem a pretensão de esgotar a sua representação, contudo trouxemos os sete artigos que foram incluídos na nesta revisão sistemática com algumas considerações a respeito.

Quadro 5 – Vieses e limitações dos estudos

Estudo	Viés	Limitação
Yun, Myeong-Ja Et Al. 2018	Não identificado	O estudo aponta a baixa idade média da população da amostra e o curto período de serviço não foram levados em consideração no plano de estudo.
Nazmiye Koyuncu, Özgür Karcioğlu, 2018	Não identificado	O estudo reduziu a pesquisa a apenas um setor de saúde na Turquia
Flavia D’agostin & Corrado Negro 2017	Dados subjetivos de questionários	Análise limitada aos sujeitos atualmente em atividade, podendo ter excluído os trabalhadores que haviam deixado o trabalho por causa dos MSDs
Malin Lohela-Karlsson Et Al. 2018	Discrepâncias que poderiam ser de gênero enviesadas	Limitações do estudo, a utilização de dados autorreferidos
Arvidsson I, et al. 2016	Não identificado	O estudo utilizou exposições físicas autorreferidas. Com um número limitado de indivíduos em cada ocupação. A medida não incluiu modelos multivariáveis.
Leão, Sylvia H. de S., et. al., 2015	Risco de viés de auto seleção	Questionário online de auto seleção

4 Discussão

Para uma melhor compreensão, os artigos foram agrupados considerando o tipo de tratamento no estudo sobre adoecimento e a situação das mulheres, apontando situações que possam ser revistas e possivelmente solucionadas a partir de ações concretas para prevenção e de promoção à saúde, bem como a possibilidade de aprofundar as questões com novas pesquisas.

As pesquisas trazem dados sobre evidências sobre tecnologias, benefícios, e ainda discussões a respeito de como as condições de trabalho afetam em especial as mulheres, as quais apresentam potenciais, motivos de, adoecimentos que podem resultar negativamente na qualidade de vida no trabalho, e portanto necessita que haja um aprofundamento nos dados colhidos com o objetivo de mudar essa realidade. Nos estudos que realizamos trazemos as reflexões iniciais, que podem fomentar novas pesquisas a partir das indagações que houver. No primeiro dos estudos o adoecimento aponta para alta renda, graduação universitária, trabalho de enfermeiro ou médico e idade avançada, que podem demonstrar maior prevalência de queixas musculoesqueléticas nos profissionais de saúde do hospital (Koyuncu, et, al, 2018). Ainda sobre os sintomas musculoesquelético, além da condição do gênero feminino, a questão do envelhecimento na prevalência de Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho-DORT, o estudo de D’ Agostin & Corrado Negro, 2017, confirma fatores, além dos psicossociais, a questão do sexo feminino, idade avançada, nessa prevalência de doenças.

A pesquisa de Arvidsson I, et al, 2016, afirma que fatores físicos e psi-

cossociais estão associados à dor. Mesmo que os grupos por eles estudados, apresentem situações de maneira diferente. Em relação aos professores, eles apontam que houve uma menor carga de trabalho físico e que deveria acontecer a melhoria do ambiente de trabalho no aspecto psicossocial, enquanto que, nos hospitais a equipe cirúrgica e os ultrassonografistas podem se beneficiar de medidas preventivas que abordem a carga de trabalho físico, considerando a redução das demandas da força de mão entre as enfermeiras. Em relação aos estudos de Malin Lohela-Karlsson et al, 2018 que traz dados que mostram os trabalhadores acadêmicos do sexo feminino no relato de prevalência de problemas de saúde e uma combinação de ambiente de trabalho e problemas de saúde maior que os homens. No trabalho Leão, Sylvia H de S, et al 2015, as mulheres com carreira docente podem ter mais problemas de voz que seus colegas professores do sexo masculino.

Os autores não trazem a discussão sobre causas, porém citam que na próxima fase da pesquisa objetiva investigar os fatores potenciais que contribuem para problemas de voz em professores em condições de campo. O trabalho de Yun, et al (2018) traz sobre varicosas em enfermeiros em um Hospital Universitário, este estudo foi realizado para determinar os fatores de risco ocupacionais para VVs e sua prevalência na força de trabalho de enfermagem, num grupo ocupacional de alto risco. O autor afirma a que embora a pesquisa tenha acontecido em mais de 90% mulheres e não houve condições de fazer um comparativo com o sexo masculino, mesmo assim há indicativos de pesquisas anteriores, referenciadas no artigo citado, que indicam o maior risco em mulheres. Nessa pesquisa ele utilizou, além de questionário, exame de ultrassonografia, com esse fator o resultado propõe que a ocorrência de VVs possa estabelecer o reconhecimento de VVs de membros inferiores, como uma doença ocupacional na República da Coreia.

5 Conclusão

Os artigos lidos e analisados não pretenderam esgotar nessa revisão sistemática, porém, os dados podem apontar no caminho de estudos que ampliem a discussão em relação a maior prevalência de adoecimento em mulheres nas universidades. Os resultados demonstram a importância de perceber o adoecimento em determinadas categorias profissionais, aqui representadas pelos profissionais de saúde, docentes, assim como técnicos administrativos e ainda trouxe contribuição para se perceber o perfil da mulher trabalhadora em universidades, considerando além da idade, doenças associadas, assim como as não declaradas como doença ocupacional, entre outras, mas que permeiam o ambiente de trabalho e carecem de aprofundamento como tal.

Esse estudo é o primeiro de alguns estudos que pretendem trazer contribuições para novos estudos e consequentemente, propostas que apontem para a melhoria das condições de trabalho de mulheres em universidades.

Referências

- ARVIDSSON, Inger, et al. **Cross-sectional associations between occupational factors and musculoskeletal pain in women teachers, nurses and sonographers.** BMC Musculoskeletal Disorders BMC series – open, inclusive and trusted201617:35. <https://doi.org/10.1186/s12891-016-0883-4>. Published: 18 January 2016.
- ASSUNÇÃO, A. Á. **Condições de Trabalho e Saúde dos Trabalhadores da Saúde.** In: Gomez, C.M., Machado, J.M.H., and Pena, P.G.L.,. *Editora FIOCRUZ, IV*, 453-478. (2011) <https://doi.org/10.7476/9788575413654.0023>
- BUREAU INTERNACIONAL DO TRABALHO – Genebra: OIT, 2019. **Preservação de cuidados: trabalho e profissões para o futuro do trabalho digno.** (2019). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_767811.pdf
- D'AGOSTIN, F & NEGRO, C. **Symptoms and musculoskeletal diseases in hospital nurses and in a group of university employees: a cross-sectional study.** (2017) International Journal of Occupational Safety and Ergonomics, 23 (2), p. 274-284. <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84978127831&doi=10.1080%2f10803548.2016.1198092&partnerID=40&DOI=10.1080/10803548.2016.1198092>
- KOYUNCU, N & KARCIOGLU, Ö. **Musculoskeletal complaints in health-care personnel in hospital: An interdepartmental, cross-sectional comparison.** (2018). Medicine, 97 (40), p. e12597 <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85054459703&doi=10.1097%2fMD.0000000000012597&partnerID=40&mDOI=10.1097/MD.0000000000012597>
- LOHELA-KARLSSONHOR M., et al. **Perceived health and work-environment related problems and associated subjective production loss in an academic population.** BMC Public HealthBMC series – open, inclusive and trusted201818:257. <https://doi.org/10.1186/s12889-018-5154-x>. Published: 14 February 2018.
- SAS, K., & SUAREZ, A. **Prioridades da investigação no domínio da segurança e saúde no trabalho na Europa: 2013–2020.** Agência Europeia Para a Segurança e Saúde No Trabalho, 24. (2014). <https://doi.org/10.2802/92348>
- LEÃO, H. de S., et al. **Voice Problems in New Zealand Teachers: A National Survey.** Journal of Voice. Volume 29, Issue 5, September 2015, Pages 645.e1-645.e13. <https://doi.org/10.1016/j.jvoice.2014.11.004>.
- YUN, Myeong-Ja, et al. **A Study on Prevalence and Risk Factors for Varicose Veins in Nurses at a University Hospital.** Safety And Health At Work. Volume: 9 Edição: 1 Páginas: 79-83 Publicado: MAR 2018. DOI: 10.1016/j.shaw.2017.08.005

FAKE NEWS E A MENTIRA ORGANIZADA CONTRA O AVANÇO DOS DIREITOS POLÍTICOS E SOCIAIS DAS MULHERES: UMA REFLEXÃO SOBRE A PL 6764/02 E A LUTA FEMININA NO CONGRESSO CONTRA A VIOLÊNCIA POLÍTICA DE GÊNERO

Vanessa Marie Lima de Sena

Advogada, pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado pela Escola de Extensão da Unicamp, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Associada do Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos e voluntária do Instituto Viva Direitos.

Lauren Caroline Rodrigues Zanuto

Advogada, pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado pela Escola de Extensão da Unicamp, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Associada do Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos e voluntária do Instituto Viva Direitos.

Resumo:

As mulheres enfrentam inúmeros obstáculos para exercer seus Direitos Fundamentais e a violência Política de gênero se apresenta como um grande limitador e até impedor do avanço de direitos e da representatividade feminina na política que é tão essencial a democracia. As violências vividas cotidianamente pelas mulheres no âmbito privado se estendem ao público principalmente pelos meios virtuais, onde são ameaçadas, xingadas e subjugadas por seus corpos. A internet revolucionou os meios de comunicação e permitiu que a informação circulasse de maneira rápida e eficiente, porém também consentiu com o avanço da desinformação e das Fake News pelo mesmo espaço, o que facilitou a perpetuação dos ataques sistemáticos vivenciados pelas mulheres que buscam representatividade na política e nos espaços públicos. O presente artigo analisará as leis que tentam barrar essas agressões, além dos danos causados à democracia advindos das Fake News que impedem o avanço dos Direitos das Mulheres.

Palavras-chave: Fake News; Violência política; Gênero; Participação política

Introdução

As mulheres são as principais vítimas de ameaças e de conteúdos violentos no espaço digital, essa foi uma constatação de Patrícia Blanco, presidente do Instituto Palavra Aberta e integrante do Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional. A internet de forma positiva criou um espaço democrático para o debate público e para a circulação rápida de informações, porém de forma negativa permitiu que a mentira organizada e a desinformação ganhassem espaço e fossem usadas de maneira estratégica pela política para atacar grupos minoritários no congresso e impedir o debate plural de ideias tão necessário para a democracia.

O disparo em massa de notícias falsas contra mulheres no congresso e contra projetos de avanço para a garantia de Direitos Fundamentais, como a saúde sexual e reprodutiva da mulher, interfere diretamente nos resultados de eleições e incentiva a violência política de gênero fazendo com que muitas mulheres se afastem do meio político. A PL 6764/02, projeto que pretende revogar a Lei de Segurança Nacional traz uma forma de criminalizar os disparos em massa de notícias inverídicas que tendem a polarizar a opinião pública e criar um ambiente tão hostil às mulheres na política.

As Fake News que são espalhadas antes de votações importantes no congresso para projetos que avançam em direitos para as mulheres criam um movimento contrário dentro e fora do congresso em combate a representatividade feminina de tal forma que mesmo após a aprovação dos projetos, continuam a circular na internet informações falsas que desmerecem e atacam tanto os projetos quanto as mulheres.

Durante as eleições municipais de 2020, a violência contra as mulheres foi marcada por um cenário de discursos de ódio, ameaças, incitação à violência e desmerecimento intelectual além de críticas aos seus corpos e idade. Essas violências foram identificadas pelo MonitorA, uma parceria da Revista Az-Mina e do InternetLab, que acompanhou, de setembro a novembro de 2020, as redes sociais (Twitter, Instagram e YouTube) de 175 candidaturas, homens e mulheres, para cargos de vereança, vice prefeituras e prefeituras. Através desse acompanhamento conclui-se que as mulheres eram atacadas por aquilo que são, enquanto candidatos homens eram atacados por suas atuações profissionais.

Diante desses fatos, analisaremos a questão das Fake News e a mentira organizada contra o avanço dos Direitos Políticos e Sociais das mulheres e faremos uma reflexão sobre a PL 6764/02 e a luta feminina na atuação política. O objetivo da pesquisa é demonstrar se estes mecanismos de criação de mentiras atuam como fator determinante para a presença de menos mulheres em cargos políticos, bem como verificar se o Projeto de Lei 6764/02 tem algo a contribuir para que a inserção das mulheres nesses espaços seja viabilizada. Para tanto, nos utilizaremos da análise de discurso de materiais veiculadores de notícias falsas, bem como análise de dados quantitativos quanto à parti-

cipação política feminina, além da análise crítica de conteúdo bibliográfico, jornalístico e legislativo sobre o tema.

1- **Violência política simbólica contra a mulher**

A representação Democrática é um direito feminino e um valor crucial ao Estado Democrático de direito em todo o mundo. As mulheres representam um grupo forte e influente e são parte fundamental para o funcionamento de uma democracia. É imprescindível a participação das mulheres em todas as áreas da esfera pública para a criação de um sistema político democrático forte. Em outras palavras, é possível afirmar que justiça de gênero e a igualdade são indicadores de um Estado democrático robusto.

Contudo a ausência feminina nos espaços estatais, como é o caso brasileiro, que infelizmente apresenta uma das piores taxas de representação de mulheres no mundo e nas Américas, ocupando a 134ª posição de acordo com o Mapa das Mulheres na Política em um relatório publicado pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela União Interparlamentar (UIP)¹, é um dos principais anunciadores, de acordo com Marlise Matos, da presença de padrões coloniais, patriarcais machistas que impedem o avanço do debate plural e de Direitos Fundamentais das mulheres e das minorias sub representadas no Congresso.

Desse modo, a violência vivida pelas mulheres cotidianamente dentro de um sistema que ainda é colonial e patriarcal também ganha contornos políticos dentro dessas estruturas sociais machistas que culminam em uma Violência Política de Gênero. O principal efeito ou motivação por trás desse tipo de violência é dificultar ou até mesmo impedir a candidatura de mulheres e intervir no exercício de mandatos femininos com o objetivo final de abreviar e diminuir carreiras políticas. De acordo com Anielle Franco: “é uma violência exercida antes, no início, durante e no fim de um mandato, a influir no ingresso na política, na permanência e na saída/ desistência dela.” (FRANCO,2021)

Pensando em dar uma definição para a violência política de gênero, o NEPEM, que é vinculado à faculdade de filosofia e ciências humanas da Universidade de Minas Gerais realizou uma cartilha para explicar essa violência de uma forma didática para que mais mulheres consigam constatar se sofreram ou sofrem esse tipo de violência:

“Assim como outras formas de violência de gênero, é definido por violência de cunho físico, psicológico, moral e sexual que tem o intuito de limitar ou até impedir a participação da mulher na vida política e partidária. Essas violências não são atos isolados ou eventuais, mas sim ações contínuas. Na maioria dos casos, as mulheres sofrem ao mesmo tempo várias violências que se comunicam e se reforçam.”(-NEPEM, 2020)

1 Disponível em <<https://data.ipu.org/women-ranking?month=9&year=2019>>

A deputada Jandira Feghali também conceituou a Violência Política de gênero como:

“Velada, sutil, simbólica (Fake News), intimidadora, legalista e explícita, desqualificada, sexual, física, humilhante e bastante agressiva. Com diversas roupagens vem crescendo continuamente, pois à medida que as mulheres avançam no espaço público, que tradicionalmente “não pertence a elas” mais evidente se torna a violência política.” (FEGHALI, 2021)

A esfera pública, especialmente política na América Latina tem sido um espaço praticamente masculino, ou nas palavras de Marlise Matos “reservado para homens”. Esse espaço é conduzido por normas patriarcais, brancas e coloniais masculinas e desta forma, desembocamos em rotinas parlamentares e dinâmicas políticas baseada em relações desiguais de gênero. Assim sendo, o espaço político sustenta e reproduz e intensifica padrões sociais de subordinação das mulheres.

O principal impedimento para o empoderamento das mulheres na esfera política de acordo com Matos são esses ataques recorrentes de violência e assédio políticos. Matos também apresenta o trabalho realizado pela campanha #NotTheCost- impedindo a violência contra as mulheres na política, o qual apresenta três características desse tipo de violência. A primeira característica é o alvo dessa agressão que são as mulheres por conta de seu gênero, a segunda trata-se da ameaça e violência contra o gênero feminino. A terceira e última diz respeito ao objetivo principal desses ataques que é o desencorajamento as mulheres para a política em especial as negras e indígenas.

Contudo, é crescente o avanço da violência simbólica pelas Fake News, mentiras organizadas propositalmente para difamar candidatas ou parlamentares e principalmente projetos de lei que requerem o avanço de direitos políticos, sociais e sexuais das mulheres.

Com a criação de um novo espaço público, amplo e democrático, que é o meio virtual, as relações sociais e de poder se modificaram, pois o que era antes apenas produzido pela grande mídia passou a ser gerado por qualquer usuário que tenha acesso a internet. Essa grande inovação no primeiro momento foi vista com grandes expectativas para a consolidação do Estado Democrático brasileiro, porém, de forma negativa permitiu que a mentira organizada e a desinformação ganhassem espaço e fossem usadas de maneira estratégica pela política para impedir o avanço de Direitos para os grupos sub representados no congresso, o que inviabiliza o debate plural e abala a democracia.

O termo Fake News diz respeito a informações falsas intencionalmente fabricadas sobre conteúdos e notícias publicadas na internet que tem como objetivo a manipulação de fatos políticos e históricos, além de documentos e dados. Essa manipulação atinge principalmente grupos vulneráveis socialmente, que são pegos pelo emocional ao ver a falsa informação. Esses textos

ou vídeos, normalmente são revestidos por um padrão verdadeiro, o que facilita a viralização nas redes sociais, como por exemplo utilizando uma formatação de pesquisa científica.

A violência simbólica que é representada pelas Fake News, caracteriza uma agressão no mundo virtual que transpassa para o mundo real e é capaz de humilhar e amedrontar mulheres que buscam as redes sociais para se engajar politicamente. Esse tipo de violência é uma violação direta aos Direitos Fundamentais e um atentado à democracia, que pode ser entendida também como uma forma de aversão as políticas públicas implementadas para a promoção dos Direitos das Mulheres e de segmentos LGBTQIA+, o que impede e dificulta o avanço de novas políticas que favoreça esses grupos.

Existem alguns pontos de divergências sobre como lidar com as Fake News, esses pontos estão nas múltiplas relações entre o valor da liberdade de expressão e a democracia. A proibição desse tipo de desinformação está em um debate em torno do mal que esses discursos causam à democracia, contudo existem pontos hesitantes justamente quanto a proibição e a punição, utilizando-se desse argumento, pois limitar a liberdade de expressão também poderia abalar à democracia.

O disparo em massa de notícias falsas contra mulheres no congresso e contra projetos de avanço para a garantia de Direitos Fundamentais, como a saúde sexual e reprodutiva da mulher, interfere diretamente nos resultados de eleições e incentiva a violência política de gênero fazendo com que muitas mulheres se afastem do meio político.

A liberdade de expressão e a igualdade são valores conflitantes principalmente no mundo virtual, porém ambos se reforçam mutuamente no mundo real. Enquanto a liberdade de expressão se apresenta como um alicerce a democracia, a igualdade se ocupa com a forma em que se dá os tratamentos de todos os indivíduos da vida pública. (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

O conflito que se instaura quanto a liberdade de expressão advém principalmente da falta de informação e da disparidade do acesso à informação pela população, o que dificulta ou muitas vezes impede a participação do debate público. Desse modo, não é assegurado o pleno direito à liberdade de expressão, uma vez que não existe a igualdade no acesso à informação. (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

A falta desse direito fundamental enseja inúmeros problemas, principalmente com o avanço da tecnologia e do meio virtual. O direito à liberdade de expressão em uma perspectiva de gênero deve partir do princípio da igualdade para garantir a participação igualitária das mulheres na política, na busca de uma sociedade mais justa e igual conforme a resolução 23/2 do Conselho de Direitos Humanos. (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

Frank La Rue em seu relatório para Assembleia Geral das Nações Unidas em 2011, quando era Relator Especial para o direito de liberdade de opinião e expressão, disse que a internet se tornou uma ferramenta importante

para o exercício da liberdade de expressão, porém o discurso de ódio e as Fake News impulsionadas pelo sexismo e misoginia destroem o pleno exercício desse direito, e isso impede e afasta as mulheres do debate público. (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

O Direito a liberdade de expressão em uma perspectiva feminista é um direito essencial para que as mulheres tenham o seu espaço e possam usar dele para manifestar sua visão de mundo, revelando sua opinião e identidade. Essa visão também abrange os demais grupos marginalizados socialmente que muitas vezes são excluídos dos debates públicos.

Um outro exemplo de violência simbólica, só que dessa vez contra projetos de lei que busca a promoção de garantias e direitos das mulheres é o caso do projeto de lei 1444/2020 que trata dos direitos das mulheres vítimas de violência na pandemia. A matéria realizada por Bárbara Libório no site AZminas que apresentou o trecho do projeto de autoria da relatora Natália Bonavides, que garantia a não interrupção de serviços de saúde para meninas e mulheres, incluindo serviços de saúde sexual. Porém, a bancada evangélica, também composta majoritariamente por homens, começou a disseminar notícias falsas para colocar entraves para a tramitação e aprovação do projeto.

Desse modo, iniciou-se uma campanha de desinformação nas redes sociais e no próprio Congresso que conceituava o projeto como “abortista”, mesmo que ele não se referisse a nada relacionado em seu texto. O que acabou gerando uma modificação no projeto em que foi retirado a parte final o trecho sobre saúde sexual e reprodutiva.

2- Violência política de gênero- uma amostra nas eleições de 2020.

Como forma de mensurar a violência política e sua ação inviabilizadora da participação feminina na política, a Organização AZMina, em conjunto com a Internetlab realizaram uma pesquisa que originou no “Relatório Sobre Violência Política Online em Páginas e Perfis De Candidatas(os) nas Eleições Municipais de 2020”. Do relatório notamos que a violência nas redes sociais se diferencia em sua forma de expressão conforme o gênero da pessoa alvo da ofensa (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

A partir desta análise realizada, notou-se que, a partir do ano de 2018, a internet e as redes sociais ganharam uma nova e enorme dimensão no âmbito político e eleitoral, sobretudo nas campanhas eleitorais de 2020, tendo como fator decisivo a pandemia de COVID-19 (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

O relatório analisou, principalmente, o “twitter”, rede social que se mostrou a mais suscetível à veiculação de mensagens violentas. No primeiro turno das eleições de 2020, foi feita a análise de 93.335 (noventa e três mil trezentos e trinta e cinco) tuítes, que mencionavam 123 candidatas; destes, 11% vinham com conteúdo agressivo e, ainda, os termos mais utilizados para

ofender as candidatas foram: “comunista, peppa, porca, burra, ridícula, falsa, louca, vagabunda, idiota, hipócrita, maconheira, amante, mentirosa, imbecil, jumenta” (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021, p. 29). No segundo turno, a pesquisa colheu dados das redes sociais de 20 candidatas a prefeitas e 15 candidatas a vice-prefeitas, assim como de 23 candidatos opositores; o resultado foi a coleta de 347,4 mil tuítes, e destes, 31% foram direcionados às candidatas femininas e 8 mil deles continham pelo menos algum termo ofensivo. Quando feita uma comparação entre 6 perfis de candidaturas masculinas e 6 perfis de candidaturas femininas, notou-se que as mulheres foram atacadas com o objetivo de desestabilizá-las e constrangê-las (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

Assim, ficou demonstrado que a violência política se dirige, majoritariamente, a perfis femininos, sendo que as ofensas, em sua maioria, são direcionadas a aspectos morais e à intelectualidade das candidatas, com ofensas morais, gordofobia, racismo, etc. Enquanto que, para os perfis de candidatos masculinos, as ofensas, quando ocorriam, diziam respeito à sua atuação profissional (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

Como forma de combater e minimizar essa violência, o relatório traz algumas recomendações voltadas para o executivo, para o judiciário, para o legislativo e também para a sociedade civil. Neste artigo analisaremos as ações tomadas pelo judiciário, por isso, importante mencionar que as recomendações à este poder incluem o aperfeiçoamento e adequação da legislação para o enfrentamento da violência política (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

3- Legislação de combate à violência política de gênero

Passaremos, então, à análise de alguns Projetos de Lei ou Leis já sancionadas, que contém dispositivos direcionados ao combate à violência política de gênero, de modo a verificar se e quanto estes projetos têm a contribuir para a promoção do direito à participação política feminina de forma livre e ampla.

O Projeto de Lei que consta do título deste artigo, PL 6764 DE 2002, é de uma das análises mais relevantes. Constatamos que o referido projeto foi apensado ao Projeto de Lei 2462 de 1991 e que este último foi transformado na Lei Ordinária 14.197 de 2021. A mencionada Lei, sancionada em setembro de 2021,

Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) (BRASIL, 2021).

No Projeto que a antecedeu, havia a proposta da criminalização, em um artigo específico, da “comunicação enganosa em massa”, forma de violência política simbólica. Vejamos o dispositivo proposto:

Comunicação enganosa em massa

Art. 359-O. Promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privada, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos, e que sejam capazes de comprometer a higidez do processo eleitoral:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa (BRASIL, 1991).

No entanto, o artigo mencionado da proposta foi vetado pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, que, nas razões do veto, alegou que a redação era genérica e que poderia afastar o eleitor do debate político, “inibindo o debate de ideias, limitando a concorrência de opiniões, indo de encontro ao contexto do Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2021).

Apesar do veto, a Lei 14.197 de 2021 teve sancionado seu artigo que prevê a criminalização da violência política:

Violência política

Art. 359-P. Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência (BRASIL, 2021).

Verificamos também a existência do Projeto de Lei nº 5613, de 2020, que traz em sua proposta a modificação de partes do Código Eleitoral, inclusive no que diz respeito aos crimes eleitorais, sendo que consta de sua explicação da ementa:

Veda a propaganda eleitoral que deprecie a condição da mulher ou estimule sua discriminação. Torna crime a produção ou oferecimento de vídeo com conteúdo inverídico sobre partidos e candidatos, assim como divulgar esse tipo de conteúdo durante período eleitoral. Aumenta a pena se envolver discriminação à mulher. Prevê o crime de assédio a candidata, mediante discriminação. Determina a proporção entre homens e mulheres nos debates entre os candidatos nas eleições proporcionais (BRASIL, 2020).

Entendemos que, assim como a recomendação feita pelo relatório elaborado pela REVISTA AZMINA com a INTERNETLAB, é de extrema importância que a legislação acompanhe a demanda social por proteção, sobretudo das mulheres e outros grupos minoritários, no que diz respeito à garantia de uma livre participação política, visando a uma maior igualdade e avanço

social para todos os setores, que devem sim ter seus interesses representados nos cargos políticos (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

No entanto, o relatório também traz recomendações aos outros dois poderes (executivo e judiciário) e à sociedade civil. Assim, sem um esforço conjunto de todos os setores da sociedade, dificilmente alcançaremos mudanças significativas. Aqui, importante mencionar as recomendações feitas pelo relatório: ao poder judiciário, recomenda-se que seja aplicada a legislação de proteção contra a violência política, bem como aprimorem-se os canais de denúncia e fiscalização; ao executivo, é importante incluir representantes da sociedade civil, do setor privado, do legislativo e do executivo em um debate mais amplo sobre a violência política; e para a sociedade civil, recomendou-se que se ampliem as pesquisas interdisciplinares sobre violência política, bem como sejam criadas redes sobre violência e eleições (REVISTA AZMINA; INTERNETLAB, 2021).

Conclusão

Diante de toda a pesquisa, concluímos que a violência política, especialmente a violência política de gênero simbólica que é manifestada através da disseminação e disparo em massa de notícias falsas, afeta de forma muito mais relevante as candidaturas de mulheres, e que é utilizada como artifício para amedrontá-las e afastá-las da atuação política, sendo que, mesmo quando elas conseguem um cargo, os projetos de lei que dizem respeito a avanços são sabotados.

Com os dados levantados nas campanhas eleitorais do ano de 2020 ficou demonstrado que os maiores alvos de violência política são, se fato, as candidatas mulheres, fator que dificulta, em enorme grau, sua participação e efetiva eleição; fatos que enfraquecem nossa democracia, pois a mesma somente será existente de fato quando houver participação igualitária de todos os grupos menos privilegiados da sociedade.

Para combater tão grave problema, verificamos que é preciso uma ação conjunta de toda a sociedade e dos três poderes de Estado. O papel do legislativo é fundamental na elaboração e aprovação de leis que possibilitem um respaldo e proteção à promoção de uma maior igualdade na política.

No entanto, não bastam as leis, é preciso um esforço conjunto com o Poder Judiciário, o Poder Executivo e a sociedade civil para que somente assim possamos vislumbrar algum avanço concreto.

Referências

BIROLI, Flávia *et al* (org.). **Mulher, Poder e Ciência Política**. Campinas: Editora Unicamp, 2020

BRASIL. **LEI Nº 14.197, DE 1º DE SETEMBRO DE 2021**. Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito; e revoga a Lei

nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília-DF, setembro de 2021. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14197.htm. Acesso em: 22 de novembro de 2021.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5613, de 2020**. Estabelece normas para prevenir, sancionar e combater a violência política contra a mulher; e altera as Leis nºs 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997. Brasília, Câmara dos Deputados: 2020. Disponível em: www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146095. Acesso em: 22 de novembro de 2021.

D'AVILA, Manuela. **Sempre foi Sobre nós**. 1ª Ed. Instituto E Se Fosse Você, 2021.

GROSS, Clarissa Piterman. **Fake news e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão**. In: **FAKE news: a conexão entre a desinformação e o direito**. Coordenação de Diogo RAIS. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

LIBÓRIO, Bárbara. **Fake news contra os direitos das mulheres**. Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/fake-news-contra-os-direitos-das-mulheres/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

PARIINE, Ipu. **Monthly ranking of women in national parliaments**. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-ranking?month=9&year=2019>. Acesso em: 10 out. 2021.

NEPEM. **Violência Política contra as mulheres**. 1ª Edição. Belo Horizonte: UFMG, 2020.

REVISTA AZMINA; INTERNETLAB. **MonitorA: relatório sobre violência política online em páginas e perfis de candidatas(os) nas eleições municipais de 2020**. São Paulo, 2021.

NECROPOLÍTICA DO ENCARCERAMENTO: O TRATAMENTO DAS MULHERES TRANSGÊNERO NEGRAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Murilo Henrique de Miranda Maia

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

As mulheres negras transgênero que são inseridas no sistema prisional, cujo já não tem seus direitos respeitados por serem negras, são submetidas a tratamentos desumanos. Ocorre a inserção das transgênero em estabelecimentos masculinos, e o encarceramento em massa das mulheres demonstra que o Estado escolhe seus inimigos e a eles impõe sua força, não importando se tal movimento gerará ou não mortes. O Brasil é o terceiro país que mais prende, e que teve um aumento de 675% de mulheres encarceradas e dessa estatística 63,55% são negras. O necropoder é uma política da morte institucionalizada, que direciona o poder de matar, por ação ou omissão, a determinado grupo, escolhendo se serão adotadas ou não políticas públicas. Portanto, o problema de pesquisa terá foco em demonstrar a necropolítica brasileira no tratamento do Estado com o encarceramento das mulheres transgênero negras. Por conta da necropolítica se estabelece um enviesamento nas políticas estatais para favorecer o grupo atual no poder. Esse trabalho terá recorte interseccional a partir daquelas que sofrem uma dupla estigmatização, tanto por serem mulheres transgênero, quanto por serem negras. A pesquisa tem como objetivo investigar e analisar a atuação do Estado contra as mulheres negras transgênero, com uma epistemologia construtivista. E por fim esse trabalho utilizará o método dedutivo, e fará uso do método auxiliar observacional. E terá levantamento qualitativo uma vez que propõe a exploração do tema a partir de referencial documental e bibliográfico.

Palavras-chave: Necropolítica; Tortura; Violência; Mulheres transgênero negras; Sistema prisional;

1. Introdução

Sob uma ótica da perspectiva da obra de Achille Mbembe: Necropolí-

tica, onde se demonstra o expor a morte e o poder da morte e a política da morte, de modo em que o grupo seletos protegidos pelo Estado Soberano, daqueles que estão no poder usam de ações ou omissões para aniquilar “sub-grupos” pré-selecionados por critérios definidos por esse Estado Soberano.

O recorte desta pesquisa, envolve a interseccionalidade entre as mulheres transgênero e negras no sistema penitenciário brasileiro e a dupla estigmatização por serem transgênero e negras, e estarem encarceradas, e como o Estado, as trata a partir de sua necropolítica, com a intenção de exterminar esse grupo que é considerado, pelo mesmo Estado, como “desviantes” dos propósitos conservadores, de uma perspectiva hetero-binária, do Estado Soberano.

As mulheres transgênero são colocadas em estabelecimentos prisionais masculinos, para o cumprimento de suas penas, fazendo com que elas sejam submetidas a tratamentos vexatórios e desumanos e ilegais dentro dos presídios.

Por isso, a presente pesquisa tem como objetivo, investigar e analisar de maneira crítica a atuação do Estado contra as mulheres negras transgênero, conceituando os entendimentos de cárcere baseado nas diversas realidades sociais, desenvolvida de uma epistemologia construtivista. O que fica envolto do problema pesquisado é o foco em demonstrar a necropolítica brasileira no tratamento do Estado com o encarceramento das mulheres transgênero negras.

A pesquisa, utilizará o método dedutivo, utilizando o raciocínio lógico para chegar à conclusão a partir de princípios e preposições, com método auxiliar observacional para uma profunda qualificação dos conceitos. E terá levantamento qualitativo no qual será feita uma análise de interpretação de conteúdo, relacionando com as ideias dos autores, uma vez que propõe a exploração do tema a partir de referencial documental e bibliográfico.

Destarte, é feito uma análise do conceito de necropolítica de Achille Mbembe, e como o conceito tem envolve o Estado Soberano, e como isso se aplica aos presídios, e ao grupo de mulheres transgênero negras no sistema carcerário brasileiro. Em um outro momento é feito a correlação direta de necropolítica e transgenidade tendo em vista, a visão da necropolítica para a sexualidade, e por isso, nesse momento se desenvolve o conceito de transgenidade para entender o foco do recorte da pesquisa.

Após isso, será juntado os conceitos para tecer os argumentos do tratamento do grupo de mulheres transgênero negras encarceradas, e como o Estado Soberano, com seus aparatos, opera para invisibilizar e se omitir acerca desse tratamento degradante e desumano. Demonstrando que o expor esses indivíduos a tortura, expõe eles à morte, do qual é um aparato da necropolítica. O Estado deixa de ter a governamentalidade dos corpos devido ao “boom” no encarceramento, e tem agora, uma administração da morte por critérios por eles escolhidos.

Por fim, é uma pesquisa de cunho jurídico-crítico, que se desenvolve a partir de uma construção e configuração de uma realidade, com uma perspec-

tiva interseccional do livro do Achille Mbembe: necropolítica, por conta de uma dupla estigmatização das mulheres transgênero e negras e o tratamento que elas recebem no sistema penitenciário brasileiro.

2. Necropolítica de Achille Mbembe

O conceito desenvolvido por Michel Foucault de biopoder¹, foi o conceito base para o determinismo da necropolítica. Essa articulação com a política da morte, está ligada ao dispositivo de “estados de exceção e de sítio”, quando se configura essa situação é marcado, um alvo, um inimigo, esse do qual será fictício, do qual vão combater. Fica entendível que necropolítica é uma forma de política da morte institucionalizada, ou seja, será escolhido um grupo para matar, para aplicar o direito de matar, negligenciando a existência por meio da omissão das políticas públicas, naquele determinado grupo, isso é o poder da morte (MBEMBE, 2018, p. 5).

Fica demonstrado que há medidas institucionais de soberania, pelo Estado. A soberania, para a necropolítica, consiste na vontade e capacidade de matar para possibilitar viver, justificada na forma de que a racionalidade da vida de alguém passa pela morte do outro (MBEMBE, 2018, p. 20). Permite a eliminação física, de seus adversários políticos, e, também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político (AGAMBEN, 2004, p. 13). Esse desenvolvimento de soberania se demonstrava na construção e molde do espaço de um povo, em que o próprio povo são as engrenagens da definição do local, o autor diz que “a soberania é a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é “descartável” e quem não é.” (MBEMBE, 2018, p. 38-39).

Esse poder institucionalizado de comandar a vida do outro pode se configurar uma forma comercial, a humanidade é dissolvida ao ponto em que a própria pessoa deixa de ser dono de sua própria vida, e o proprietário é o soberano dominador (MBEMBE, 2018, p. 29). O que fica demonstrado na necropolítica é que a vida é uma eventualidade da morte, o autor leciona que “a vida do escravo, em muitos aspectos, é uma morte em vida” (MBEMBE, 2018, p. 29), demonstrando que nesse necropoder (o poder da morte) a vida é somente uma eventualidade.

Como são construídos critérios de qual pessoa é a selecionada para morrer, e que será construído uma forma de hierarquizar as pessoas por meio da biopolítica, que só desenvolvem políticas para grupos específicos, tais es-

1 Fica demonstrado que o Biopoder é o domínio da vida, a governamentalidade da vida, da forma que o poder é o controle da vida. Porém, o referido conceito precisa de uma conceituação profunda, por conta disso como leciona Michel Foucault (1999, p. 294): “aquém, portanto, do grande poder absoluto, dramático, sombrio que era o poder da soberania, e que consistia em poder fazer morrer, eis que aparece agora, com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a “população” enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de “fazer viver””.

ses grupos que tem o mesmo interesse do grupo que está no poder, e invisibilizam outros grupos, deixando-os sem investimentos públicos, negando seus direitos e garantias constitucionais que deveriam ser “para todos sem distinção” e , portanto, negam direitos sociais, deixando-os à mercê da morte (MBEMBE, 2018, p. 29-30).

Em momentos de troca do líder de Estado e de seus governadores e deputados etc., ocorre, portanto, a eleição do grupo que serão os privilegiados, fazendo prevalecer seus interesses somente, e tratando o outro lado como subgrupo, ficando demarcado como racismo de Estado, de maneira que os eleitos que escolhem qual pessoa ou grupo, irá ser exercido o poder da morte, o direito de matar (MBEMBE, 2018, p. 29-30). Como mencionado, esse racismo de Estado está totalmente ligado com a maneira que os Estados estão construídos e configurados, de forma que se demonstra um exercício de poder sobre um grupo de pessoas, de forma que exerce uma separação compulsória entre os indivíduos (BOMFIM et al, 2019, p. 157).

Se constrói dentro da formação do arquétipo do Estado Soberano, mecanismos de biopolítica, para que os líderes (ou seja, os soberanos) consigam ter a política da morte e com isso efetivem o poder de matar, da qual seja notório a institucionalização, como ocorreu no Estado nazista, identificando que o racismo é como um mecanismo de poder, do qual escolhe o inimigo que o Estado vai perseguir utilizando do seu poder de matar (MBEMBE, 2018, p. 17).

2.1 A transgenidade na necropolítica

Georges Bataille (1985, p. 94-95) estabelece uma correlação entre morte, soberania e sexualidade. A sexualidade tem relação com violência e à quebra dos limites de si e do corpo por conta de impulsos sexuais. A sexualidade, para Georges Bataille (1985, p. 94-95), diz sobre impulsos respeito a impulsos humanos, bem como a construção sociológica acerca dele.

Quando se fala de violência na perspectiva de necropolítica, falamos das mortes em vida. Bataille (1985, p. 94-95) leciona que, morte está na vida, sua forma define esse mundo de violência, porém, enquanto a morte está presente, está sempre lá apenas para ser contrariada, nada além disso. De maneira que o domínio natural de proibições propõe a morte, exemplo, a violência, sexualidade etc., a soberania exige que “a força para violar a proibição de matar, embora verdadeira, estará sob condições que o costume define” Bataille (1985, p. 94-95), sendo o Soberano o ditador desses limites.

E quando se fala dessa violência no recorte transgênero, se demonstra o conceito de transfeminicídio. A morte de pessoas transgêneros, segundo Benice Bento (2014, p. 2) diz que o transfeminicídio é como “uma política disseminada, intencional e sistemática de eliminação da população trans no Brasil, motivada pelo ódio e nojo”.

Portanto, quando se trata do termo transgênero, é importante definir a

palavra pelo recorte da pesquisa, transgênero é aquela pessoa que se identifica do gênero diferente daquele que lhe foi atribuído ao nascimento, independente do sexo biológico, e que não importa os procedimentos feitos através da medicina, pois, é uma percepção particular do indivíduo (CORRÊA, 2017, p. 10). O gênero é uma construção social, sendo uma forma de etiquetar o indivíduo, conforme as configurações da cultura que se vive, pelo meio que se encontra, não sendo possível negar que há diversas configurações de gênero (CARVALHO, 2000, p. 6).

Portanto, gênero, configura-se a partir de uma percepção pessoal de si mesmo, da qual não seria um único ponto categórico da sociedade. É importante replicar a ilustre frase de Simone de Beauvoir (1980, p. 9) “*Ninguém nasce mulher: torna-se mulher*”. A pessoa “cisgênera”, é aquela pessoa que se encaixa no gênero que foi alocado, a partir do sexo biológico reconhecido quando nasceu, dentro de uma perspectiva hetero-binária (JESUS, 2012, p. 25).

A diferenciação entre transgêneros e cisgênero, decorre de uma visão cultural, por conta de uma ótima hetero-binária, que define a configuração da heterossexualidade como correto, considerando-a como normal, e quando algumas pessoas fogem desse “normal”, são etiquetados como desviantes, demarcado como “anormal”, que estariam com alguma “falha” entre mente e corpo (VALLE, 2017, p. 3). É conclusivo, portanto, como o gênero é uma construção social, não é possível concluir que há um gênero “correto”, para cada pessoa, pois trata-se de um dos diversos modelos de gênero existentes e, que deve, o próprio indivíduo entender em qual gênero é o seu ideal (LANZ, 2014, p. 52).

Na situação que tange as mulheres transgênero negras, essas estigmatizações, se demonstram na medida em que são invisibilizadas e excluídas, de maneira prejudicial em que nem a mortalidade dessas mulheres são oficialmente contabilizadas pelo governo.

Por conta dessa mortalidade omitida dos números oficiais, que o governo deveria divulgar, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA) e o Instituto Brasileiro Trans de Educação (IBTE), por meio das pesquisadoras Bruna G. Benevides e Sayonara Naider Bonfim Nogueira, construíram um mapa dos assassinatos de pessoas transgênero no Brasil. Com esse “dossiê dos assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020”, a média de pessoas transgêneros assassinadas entre o período de 2008 a 2020 são 122,5 assassinatos por ano. No ano de 2020 foram 175 transgêneros assassinadas. Nos anos supracitados, de 2008 a 2020, mostra o aumento de 201% dos assassinatos de pessoas transgênero (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, p. 48).

Desses assassinatos em 2020, foi identificado que 78% das vítimas eram transgêneros pretas ou pardas, demonstrando ainda mais os fatores da desigualdade racial, a mulher transgênero tem nove vezes mais chance de ser assassinada do que uma pessoa cisgênera, principalmente contra as mulheres transgênero e negras (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, p. 48). Dos sus-

peitos ainda, 18% eram pessoas que tinham algum vínculo com as vítimas, e 72% dos suspeitos não tinham vínculo nenhum com as vítimas (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, p. 61).

3. Encarceramento e o tratamento violento

A prisão foi criada como uma forma de privação de liberdade da qual tinha objetivo de corrigir o indivíduo, ou seja, trata-se de uma instituição que devia punir aquela pessoa presa de maneira que o levasse a correção e ressocialização, portanto, é o sistema legal, legitimado, para seus fins, Michel Foucault leciona que “em suma, o encarceramento penal desde o início do século XIX, recobriu o mesmo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos.” (FOUCAULT, 2009, p. 219).

Na totalidade, de encarcerados, tanto o encarceramento masculino quanto ao feminino, o índice de pessoas negras supera as demais. Podendo ser feita uma ligação com o que Mbembe (2018, p. 17) argumenta, no sentido do uso de uma emergência para criação de um inimigo fictício que deve ser eliminado, justificando o controle e extermínio de um grupo determinado.

É importante destacar, da população carcerária com os dados de infopen de 2017² completo, temos de população carcerária o total de 726.354 pessoas, dessa quantidade, 37.828 são mulheres e 685.929 são homens. Desse número 64% são negros.

O que tange a necropolítica aplicada ao presídio entende-se que o encarceramento em massa é uma forma de demonstrar essa necropolítica. No Brasil, por ser o terceiro país que mais prende no mundo, conseguimos observar entre o período de 2000 a 2017 o encarceramento feminino teve um aumento de 675%.³ Vale ressaltar também que do número de detentas mulheres, do infopen de 2017, de 37.828 detentas 63,55% são mulheres pretas/pardas⁴.

Como o recorte da pesquisa a população transgênero e com isso parte da população LGBTQIA+ encarcerado, é de grande importância inserir os dados acerca da população LGBTQIA+ na pesquisa.

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, fez uma pesquisa, em que 1499 estabelecimentos prisionais, 508 unidades responderam à pesquisa.⁵

Nessas 508 unidades prisionais respondentes, 106 unidades, todas masculinas, indicaram que dispõem de um espaço designado para realizar a custódia de homens cisgênero homossexuais, bissexuais, mulheres transgênero e,

2 BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias, atualização junho de 2017**. Org. Marcos Vinicius Moura. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

3 Ibidem.

4 Ibidem.

5 BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Brasília: Secretaria Nacional de Proteção Global, 2020. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1216>>. Acesso em: 04 jul. 2021

em muitos casos, homens cisgênero heterossexuais que mantém relações afetivo-sexuais com essa população. Portanto, da população LGBTQIA+ que respondeu a pesquisa, há em unidades prisionais masculinas 2523 pessoas, e desse número são 618 mulheres transgênero. E em unidades prisionais femininas são 2225 pessoas, sendo desse número, somente 3 transgêneros.⁶

Por conta da origem dos dados há dificuldade em garantir a homogeneidade da padronização do procedimento de coleta de dados, os dados quantitativos de pessoas LGBTQIA+ nos presídios brasileiros, não pode ser utilizado como instrumento oficial e único. Não há como garantir que todas as pessoas LGBTQIA+ nas unidades prisionais respondentes foram efetivamente consultadas. Nem sequer é possível dizer que os responderam a pesquisa tinham efetiva liberdade para declarar sua sexualidade e sua identidade de gênero sem risco de sanções.⁷

Outro ponto de necropolítica no que tange o encarceramento é o tratamento violento de tortura que é vivido nos presídios.

[...] Viver sob a ocupação contemporânea é experimentar uma condição permanente de “viver na dor”: estruturas fortificadas, postos militares e bloqueios de estradas em todo lugar; construções que trazem à tona memórias dolorosas de humilhação, interrogatórios e espancamentos; toques de recolher que aprisionam centenas de milhares de pessoas em suas casas apertadas todas as noites do anoitecer ao amanhecer; soldados patrulhando as ruas escuras, assustados pelas próprias sombras; [...] (MBEMBE, 2018, p. 68-69).

Quando se fala de violência Achille Mbembe (2018, p. 28-29) diz que o sentido violento se manifesta pela disposição de seu supervisor, contra o dominado, em se comportar de forma cruel e descontrolada, e no espetáculo de dor imposto ao corpo daquela pessoa. Violência, se torna um elemento inserido na etiqueta social, como chicotadas ou tirar a própria vida, um ato de capricho e pura destruição visando incutir o terror.

Por isso é importante demonstrar os terrores que a população transgênero vive nos presídios. Foi denunciado pela organização Human Rights Watch registros de 64 casos de tortura, dos quais teve como sujeitos ativos os agentes penitenciários no Brasil. No rol das denúncias traz que houve violência sexual, violência psicológica, agressões físicas, choques elétricos no corpo, sufocamento com sacos plásticos, afogamentos em privadas, ingestão de medicamentos perigosos e etc.

Nos exames de corpo de delito dos detentos foi demonstrado que acontecia de forma tardia, ou era feita superficialmente, ou na presença dos próprios torturadores (ALVES, 2017, p. 106). Os exames coletados pela organização não há fotografias das lesões, e informações essenciais diversas. A Organização das Nações Unidas denunciou diversos casos de violência nas

6 Ibidem.

7 Ibidem.

prisões brasileiras, como: superlotação nas unidades, diversos casos de tortura, tanto no presídio quanto no interrogatório, condições subumanas dentro das instalações, que tem relevância negativa na vida dos presos, no que tange os cuidados com a saúde, os cuidados psicológicos, a oportunidades de trabalho e estudo, e, também, no acesso à assistência jurídica. Fica demonstrado que há usos frequentes de spray de pimenta, gás lacrimogêneo, bomba de ruído e bala de borracha. (ONU, 2016).

Fica demonstrando, também, no relatório que negros enfrentam perigo significativamente maior de encarceramento em massa, abuso policial, tortura e maus-tratos, negligência médica e recebem sentenças maiores que os brancos pelo mesmo crime e a discriminação na prisão, ficando demonstrado o racismo institucional (ONU, 2016).

Fora toda a decadência dos presídios brasileiro, que tem como problema a superlotação, sem estrutura, ausência de trabalho e de correção, falha no acompanhamento jurídico dos encarcerados. Ocorre dentro dos presídios a negação dos Direitos Humanos contra as mulheres transgêneros, que estão alocadas em presídios masculinos, e além disso, enfrentam humilhações, violências, estupro, tem sua intimidade exposta por conta de estar em um presídio diferente de seu gênero, tem como exemplo, a imprescritibilidade de a presa transgênero se expor ao sol sem camisa, expondo seus seios, e elas devem cortar obrigatório os cabelos femininos nos presídios masculinos, e tem seus tratamentos hormonais proibidos, e fora a revista íntima totalmente humilhante (ROSA, 2016, p. 14).

As transgênero que são jogadas no cárcere divergente de seu gênero, em um momento anterior, nessa pesquisa, foi demonstrado que as transgênero tem maior concentração nas penitenciárias masculinas, o que faz com que sofram violências diversas dentro do presídio. Com uma visão binária e heterocisgênera, o preconceito começa na própria linguagem do próprio legislador, quando observado o art. 5º inciso XLVIII que diz “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, fica demonstrado a utilização do termo “sexo” de maneira errônea pelo legislador, quando na verdade, o ideal que se referia o legislador era o termo “gênero” da pessoa.

Essas mulheres transgêneros, que estão inseridas nas prisões reflete as desvantagens que são expostas fora das prisões, mas a prisão, em si, particulariza e especializa essas vantagens. A privação de liberdade é configurada tendo por referência a dominação do patriarcado como estrutura, ou seja, todas as pessoas consideradas femininas por esse sistema vão encontrar mais dificuldades para cumprir a pena (NECCHI, 2017, p. 1).

E colocar essas mulheres transgênero no cárcere masculino, leva a diversas violências que são pouco narradas. A Vitória R. Fontes⁸, que cumpria

8 KIEFER, Sandra. Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação. O Estado de Minas, 25 nov. 2014. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml>.

pena em penitenciária masculina, mesmo sendo mulher transgênero, relatou o que acontecia com ela dentro do presídio masculino:

[...] era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me “vendeu” em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. [...] Fiquei calada até o dia em que não aguentei mais. Cheguei a sofrer 21 estupros em um dia. Peguei hepatite e sífilis. Achei que iria morrer. Sem falar que eu tinha de fazer faxina na cela e lavar a roupa de todos. Era a primeira a acordar e a última a dormir (KIEFER, 2014, p. 1).

Presidiárias que eram prostitutas, eram levadas para o cárcere, dessas quais, não se sabia se eram julgadas e condenadas ou se havia uma vontade preconceituosa de prender, por conta dessas mulheres não seguirem o enquadramento que a sociedade machista com sua ótima hetero-cisgenera tinha sobre essas situações (HELPS, 2013, p. 170).

O próprio Conselho Penitenciário etiquetava essas mulheres, dizendo que eram as “mais sujas” da sociedade (HELPS, 2013, p. 170). Essas são as mulheres, que para o Estado, não cumprem o papel de mulher, a sexualidade delas não é, objetivamente, para que o marido se satisfaça e para criação dos filhos. Em outrora as prostitutas eram grandes criminosas na perspectiva da antiga sociedade, isso sem terem cometido algum crime (HELPS, 2013, p. 170).

O próprio Estado reconhece que seu sistema prisional é ilegal e tem todo um arcabouço de falhas. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 reconheceu um flagrante Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. Nela, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o país está na marca de terceiro país no mundo com maior população carcerária do mundo (na população do infopen de 2019⁹ consta 748.009 pessoas encarceradas, porém só há 442.349 vagas) que demonstra as seguintes situações no sistema penitenciário reconhecido pelo STF¹⁰:

[...] torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do con-

Acesso em: 12 abr. 2021.

9 BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: INFOPEN. Departamento penitenciário nacional. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

10 STF, 2ª T, **ADPF 347 MC/DF**, julg. 09/09/2015, DJe 25/11/2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

trole quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual (AURÉLIO, 2015, p. 23).

Se até para definir quantas pessoas LGBTQIA+ temos nos presídios é de imensa dificuldade, há maior dificuldade ainda em classificar a mortalidade dessa população dentro e fora do cárcere. Novamente o governo não traz dados oficiais acerca disso.

É fato que o Estado estaria incumbido por meio de suas instituições de punição carcerária de uma readequação, ressocialização daquelas mulheres que tiver seus caminhos considerados desviantes do correto, no segmento do patriarcalismo e machista da heteronormatividade. E esse mesmo Estado, do qual divide em sua premissa a prisão por gênero, demonstra o apoio ao conservadorismo da hetero-bináriedade (LIMA, 2014, p. 81).

O Estado penal tenta trazer em seu núcleo aquela sociedade da qual é livre, porém o que fica demonstrado é sua concepção binária de heteronormatividade, da qual abarca o machismo, falocentrismo, e com isso uma subjugação da mulher. Há, portanto, uma dupla estigmatização, enquanto mulher, ela é duplamente punível nesse Estado, primeiramente por entrar no mundo criminal, do qual é maciçamente machista e masculino, e dentro disso agindo de maneira diferente do que o Estado tem de expectativa de uma atitude de mulher, e secundamente, por conta da ação delituosa que praticou (CARVALHO, 2007, p. 155).

Demonstrando que, as mulheres transgênero que estão dentro das prisões sofrem do mesmo contexto fora dos presídios. O motivo disso é que todos, os detentos, os agentes penitenciários, e os administradores, possuem a mesma visão da construção do cárcere, aquela visão binária heteronormativa. Para todas essas pessoas, a população transgênero não atenderam as expectativas sociais, tendo que viver um sofrimento de dupla estigmatização para essas mulheres (LIMA, 2014, p. 81).

4. Considerações finais

A presente pesquisa propõe entender, investigar e analisar a atuação do Estado contra as mulheres negras transgênero, conceituando os entendimentos de cárcere baseado nas diversas realidades sociais, desenvolvida de uma epistemologia construtivista. O que fica envolto do problema pesquisado é o foco em demonstrar a necropolítica brasileira no tratamento do Estado com o encarceramento das mulheres transgênero negras.

É notório considerar que os transfeminicídios não são eventos isolados, mas parte de uma complexa e substantiva lógica de controle social das mulheres transgênero, em particular das mais vulneráveis, numa configuração de autoritarismo e conservadorismo grupos favorecidos e protegidos pelo Estado. A lógica de biopoder configura uma ordem hierárquica de gênero, de classe, de raça, da qual os corpos mortos e violentados das mulheres transgênero são

um reflexo, e na qual a necropolítica de gênero, se demonstra como um instrumento fundamental do fascismo social que exhibe seu poder de controle e capacidade de eliminar corpos indesejáveis e insubmissos.

O *boom* nos números de encarceramento é uma forma de necropolítica institucionalizada, a necropolítica ela atua de diversas formas, da quais o grupo que está no comando do Estado soberano dita as regras dessa necropolítica por terem o poder da morte. Portanto, esse *boom* no encarceramento é um aumento tão grande das pessoas presas da qual o foco não é mais a governamentalidade dos corpos, e sim, um local de extermínio e tortura. Essa tortura e violência são maneiras de expor a indivíduo a morte, um aparato da necropolítica. O próprio Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 assume que a posição dos presídios é ilegal e desumano.

As mulheres transgênero sofrem de inúmeras maneiras nos presídios, seja por não serem levados no estabelecimento ideal de seu gênero, seja pelo tratamento degradante de dupla estigmatização por estarem nesses estabelecimentos masculinos, e serem mulheres e encarceradas. Com os diversos relatos e denúncias dos transfeminicídios que ocorrem nos presídios.

O país, não concebe para a população transgênero a dignidade e o respeito como pessoa, ficando em pauta a dúvida se o Estado realmente quer conceder essa dignidade. Essas mulheres transgêneros não conseguem ser elas mesmas, pois faz com que elas vão contra o que o Estado propõe para elas, esse Estado conservador com uma ótica hetero-binária. E tendo em vista que além dessas pessoas transgênero um número considerável são negras/pardas, o que evidencia ainda mais o racismo de Estado e a necropolítica contra essa população.

O Estado as pune dentro dos presídios, ignorando a demanda de adequação do presídio ideal para elas terem o cumprimento de pena, ficando omissos em relação da classificação da mortalidade dessas pessoas no presídio, o Estado ignora classificar essas pessoas no presídio, de como que não torna público para saber quantas transgênero há nos presídios, sem falar das torturas dos agentes penitenciários e dos outros detentos. E esse mesmo Estado que as pune, também, aqui fora, por tornar essa situação invisível, sem dados, sem políticas públicas. O grupo detentor da necropolítica, os Soberanos, não querem a defesa dessa população, sendo evidente a necropolítica, na maneira que em síntese, ela se manifesta como uma engrenagem institucionalizada (seja por ações comissivas ou omissivas), de extermínio em massa de pessoas transgênero e especialmente as negras.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES, D. (2017). Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. **Revista**

CS, 21, p. 97-120. Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**, v.I, II. Tradução Sérgio Millet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BENTO, Berenice. Brasil: **O país do transfeminicídio**. CLAM, Rio de Janeiro, 2014.

BOMFIM, Rainer; SALLES, Victória Taglialegra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Necropolítica trans: o gênero, cor e raça das LGBTI que morrem no Brasil são definidos pelo racismo de Estado. **Argumenta Journal Law**, Jacarézinho, n. 31, p. 153-170, jul./dez. 2019. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1727>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. **Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: INFOPEN mulheres – junho de 2017. Departamento penitenciário nacional. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Brasília: Secretaria Nacional de Proteção Global, 2020. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1216>>. Acesso em: 04 jul. 2021.

CARVALHO, Marília Pinto de. **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Cad. Pesqui., São Paulo, n. 109, p. 240-242, Mar. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-1574200000100012>. Acesso em: 15 jul. 2021.

CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORRÊA, S. O. E MUNTARBHORN, V. (orgs.). **Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021.

Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020 / Bruna G. Benevides, Sayonara Naider Bonfim Nogueira (Orgs). – São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhe. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

Georges Bataille. **Visions of excess**: selected writings, 1927-1939, tradução de A. Stoekl. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1985.

HELPS, Sintia Soares. Mulheres na prisão: Uma reflexão sobre a relação do Estado brasileiro com a criminalidade feminina. **Revista Cadernos de Estudos Sociais e Políticos**, v.2, n.3, jan-jul/2013. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/CESP/article/view/19015>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos.** Brasília, 2012.

KIEFER, Sandra. **Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação.** O Estado de Minas, 25 nov. 2014. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml>. Acesso em: 12 abr. 2021.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa.** 2014. 342f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2014. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

LIMA, H. B.; RODRIGUES DO NASCIMENTO, R. V. Transgêneridade E Cárcere: Diálogos Sobre Uma Criminologia Transfeminista. **Revista Transgressões**, v. 2, n. 2, p. 75-89, 10 dez. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6444>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopolítica, soberania, estado de exceção, política de morte.** 4. reimp. São Paulo: n-1 Edições, 2018.

NECCHI, Vitor. Violência nas prisões. Mulheres, travestis, pessoas trans e gays são as maiores vítimas. Entrevista especial com Guilherme Gomes. **Instituto Humanitas Unisinos**, junho, 2017. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/568746-mulheres-travestispessoas-trans-e-gays-encarcerados-enfrentam-maisviolencias-que-os-demais-detentos-entrevista-especial-comguilherme-omes>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

ONU. (2016). **Relatório mundial 2015: Brasil.** Condições das prisões, torturas e maus-tratos a detentos. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2015/country-chapters/268103#3ea-6cd>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

ROSA, Vanessa de Castro. Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, 280, março 2016. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistemapenitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos> Acesso em: 24 mai. 2021.

STF, 2ª T, **ADPF 347 MC/DF**, julg. 09/09/2015, DJe 25/11/2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

VALLE, Shaiani Aragão. **Transexualidade e os paradigmas heteronormativos no ambiente escolar.** Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress. Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499480721_ARQUIVO_FA-ZENDOGENER0.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.

A NECROPOLÍTICA DE ACHILLE MBEMBE E A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS BRASILEIRAS

Maria Eduarda Brasileiro Lopes

Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas e em Ciências Sociais na Universidade Estadual de Campinas

Resumo:

O artigo busca, através de um estudo bibliográfico e da utilização do método hipotético-dedutivo, estruturar uma relação entre o conceito de necropolítica, desenvolvido por Achille Mbembe, e a violência institucional dentro das penitências femininas brasileiras, objetivando expor como nesses espaços a soberania estatal atua como o poder de decidir sobre a vida e a morte. Serão analisadas as “sobrecargas punitivas” as quais a mulher encarcerada encontra-se submetida, que atuam como um instrumento de punição específico institucionalizado pelo Estado. Infere-se então como a violência institucional nas penitenciárias femininas brasileiras relaciona-se com a necropolítica, ou seja, com a política da morte que os estados contemporâneos desenvolvem dentro de suas instituições. Desse modo, expõe-se como esses ambientes difundem um verdadeiro “estado de exceção”, onde as garantias constitucionais estão suspensas, fomentando o Estado uma política da morte em detrimento dessas mulheres.

Palavras-chave: Violência carcerária; Encarceramento feminino; Necropolítica.

Introdução

Dentro das sociedades neoliberais globalizadas, nas quais o controle repressivo do Estado ganha cada vez mais força, e conseqüentemente o discurso penal ganha mais legitimidade (EMMERICK, 2007), a problemática do controle dos corpos femininos ganhou novas e mais amplas dimensões. Tal processo de repressão institucional guarda profundas relações com o conceito de biopoder, desenvolvido por Michel Foucault (1987), segundo o qual o Estado, através de suas instituições e técnicas punitivas, cria categorias capazes de perpetuar um tipo de controle social consistente em “fazer viver e deixar morrer”. Ou seja, trata-se de um instrumento que reflete a fragmentação da

população em grupos, funcionando “mediante a divisão entre as pessoas que devem viver e as que devem morrer” (MBEMBE, 2020, p. 17).

O conceito de biopoder, entretanto, ainda que essencial para o entendimento das formas de controle dos corpos e das massas populacionais, mostra-se “insuficiente para dar conta das formas contemporâneas de submissão da vida ao poder da morte” (MBEMBE, 2020, p. 71). Nesse contexto, surge o conceito de necropolítica (MBEMBE, 2020), o qual irá relacionar conceitos do biopoder, da soberania e do estado de exceção para disciplinar como os estados contemporâneos desenvolvem uma verdadeira política da morte dentro de suas instituições.

Nesse cenário, observa-se o enraizamento da prática da necropolítica dentro do Estado contemporâneo brasileiro, podendo este ser observado nas constantes violações aos direitos humanos e perpetração de violências dentro do ambiente carcerário brasileiro, o qual encontra-se em um estado de falência anunciada (SANTANA, SANTOS, 2018), traduzindo uma indiscutível questão de violação aos Direitos Humanos pelo Estado. Em 2015, foi declarado pelo próprio Supremo Tribunal Federal o seu “estado de coisas inconstitucional”, representado por uma contínua violação aos direitos fundamentais, seguida de uma nociva omissão estatal. Paralelamente a isso, o complexo industrial-prisional¹ constitui-se como o núcleo do atual sistema penal em vigor no país, se ampliando cada vez mais e tomando proporções de cada vez maior rigor (KARAM, 2020).

Partindo para a análise específica do encarceramento feminino, observa-se que o conceito do biopoder, e conseqüentemente da necropolítica, exprime uma profunda proximidade com a noção do controle dos corpos femininos pelo Estado, processo que denota uma construção histórica que se faz presente desde a antiguidade (EMMERICK, 2007). O controle do sexo, e, conseqüentemente, do feminino, é apresentado então como um dos principais exemplos do “poder sobre a vida” (FOUCAULT, 1987) exercido pelo Estado, sujeitando os corpos femininos a novas técnicas de controle. Desse modo, corpo e sexualidade passam a ser constituídos como “objetos de disciplina, de regulamentação, de controle social e de disputa política nas relações de poder” (EMMERICK, 2007, p. 61), estruturando um processo de dominação e submissão dos corpos femininos expostos a essas técnicas.

Ainda no que diz respeito ao encarceramento feminino, a análise fática e

1 Termo adotado por ativistas anti-prisionais, e primeiramente utilizado pelo historiador social Mike Davis, de forma a representar como a expansão do sistema prisional, e o conseqüente aumento da população carcerária, não possuía uma relação direta com o aumento no número de crimes praticados, mas sim como tal sistema estava relacionado com a perpetuação de ideais racistas e com a busca capitalista por lucro (DAVIS, 2020). Desse modo, o surgimento do complexo industrial-prisional e sua constituição enquanto instituição se deu por meio de uma série de relações ligadas a “corporações, governo, comunidades correcionais e mídia” (DAVIS, 2020, p. 91). Trata-se então de uma instituição estruturada a partir de um processo de punição baseado não apenas em condutas individuais ou no discurso de combate à criminalidade, mas sim na análise de estruturas e ideologias econômicas e políticas.

estatística da realidade brasileira torna possível a constatação de um fenômeno sociopolítico através do qual a sociedade encara os indivíduos destinados ao cárcere como desprovidos de humanidade, sendo assim, as prisões passam a ser consideradas um “destino reservado a outros” (DAVIS, 2020, p. 16). As violações produzidas dentro do cárcere compreendem ainda as marcas de uma cultura patriarcal que se difunde no instrumento de punição Estatal, fomentando um sistema de controle dos corpos femininos que reproduz violências de gênero e, concomitantemente, desconsidera necessidades específicas das mulheres dentro dele (PIMENTEL, 2016).

Esse fenômeno da “punição em duplicidade” (PIMENTEL, 2018, p. 58) a qual a mulher está submetida dentro do cárcere justifica-se de um lado pela transgressão às normas jurídicas, e do outro pela infringência às normas de gênero, de feminilidade e do dever de cuidado estabelecidos na sociedade (PIMENTEL, 2018). Historicamente, o infringimento de dor à mulher encarcerada foi visto então como necessário para que esta seja reintegrada ao seu papel social doméstico e maternal (DAVIS, 2020).

Esse sistema de “re” domesticação feminina, entretanto, desprezava, e ainda despreza, a influência de fatores como a raça e a classe no processo de reintegração da mulher presa, visto que, enquanto a mulher branca era disciplina para retomar ao papel de esposa e mãe, a mulher pobre, em sua maioria mulheres negras, estavam destinadas a ocupar espaços de labor de serviços domésticos (DAVIS, 2020).

Essa convergência de fatores de raça e classe ainda hoje se manifesta de forma ampla no campo do encarceramento feminino, estando o estudo das violações produzidas dentro do cárcere diretamente subordinado ao conceito de interseccionalidade, ou seja, a captação de convergências entre duas ou mais formas de subordinação (CRENSHAW, 2002). Traçando um paralelo entre o conceito de interseccionalidade e o encarceramento feminino o que se tem é que, não obstante todo o grupo de mulheres encarceradas esteja submetido a formas de violências, determinados subgrupos dessas mulheres encontram vulnerabilidades e espécies de subordinação particulares, que convergem com a discriminação de gênero.

A violência carcerária nos presídios femininos brasileiros e sua institucionalização como forma de controle estatal

Como brevemente demonstrado acima, ao tratarmos do processo de infringimento de dor dentro do cárcere nos deparamos com a noção, perpetuada em nossa sociedade, na qual os indivíduos submetidos ao cárcere deixam de ser considerados humanos, não sendo dignos de serem tratados como tal, tampouco de serem vistos como detentores de direitos (PIMENTEL, 2018). Tal fenômeno gera um processo de naturalização e indiferença às violações produzidas dentro desses ambientes e, assim sendo, as inúmeras violações a direitos humanos produzidas dentro do cárcere passam desprezadas pela so-

cidade, tornando invisível a realidade de constante violência das mulheres privadas de liberdade.

Nesse contexto de silenciamento histórico, o desenvolvimento das ciências criminais e políticas, especialmente no que diz respeito ao estudo das prisões, ignorou as experiências femininas dentro desses ambientes, sendo o cárcere pensado apenas por meio da perspectiva masculina (PIMENTEL, 2018). Tal processo de apagamento sociopolítico das experiências femininas faz com que as necessidades específicas das mulheres encarceradas sejam também negligenciadas no campo da formulação de políticas públicas dentro do sistema prisional (PIMENTEL, 2018), ampliando assim as possibilidades de violações a direitos fundamentais nesses ambientes.

Desse modo, a política de encarceramento feminino passou a atuar por meio de um processo de duplicação da pena atribuída à mulher, a qual, além de ter privada sua liberdade, tem afetada ainda sua vida privada (ARGÜELLO; MURARO, 2015; PIMENTEL, 2018). Ao terem sua liberdade privada e, concomitantemente, estarem subordinadas a essas outras espécies de violência, as mulheres encarceradas são então submetidas às chamadas “sobrecargas punitivas” (CHIES, 2008), sendo assim duplamente punidas dentro do sistema carcerário.

Seja nas violações a direitos básicos de saúde, na limitação material enfrentada, no brusco rompimento de seus vínculos e relações socioafetivas, fator que gera um alto número de casos de depressão entre as presas (VARELLA, 2017), ou nos episódios de abusos físicos e sexuais praticados nesses ambientes (CHIES, 2008), a realidade do cárcere feminino no Brasil é uma realidade de violência de gênero, a qual, por sua vez, é profundamente ampliada pelo ambiente prisional (NASCIMENTO, 2014).

Dentro desse amplo escopo de violências, a violência física é um fator de punição que está presente não apenas no ambiente do cárcere, mas que muitas vezes se inicia no momento da abordagem policial, através de abusos e excessos praticados por agentes de segurança pública, não sendo raras as denúncias de violência e brutalidade policial no uso da força “legítima”, especialmente quando da abordagem de mulheres pretas e pobres. Essas mulheres estão suscetíveis ainda a violações após a abordagem policial, exemplo disso é a alocação de mulheres em delegacias que não são estruturadas com ambientes específicos para recebê-las, o que as torna mais vulneráveis a agressões físicas e sexuais.

Dentro do cárcere, denúncias de casos de violência física e até mesmo casos de tortura são frequentemente expostas por organizações do terceiro setor, as quais realizam a função de monitorar a situação dentro dos presídios femininos. Em 2019, a Pastoral Carcerária denunciou a situação das mulheres privadas de liberdade no Centro de Reeducação Feminino (CRF) em Ananindeu, sendo exposto, através de relatos das presas, como a Força Nacional utilizava da violência como forma de impor autoridade dentro da prisão, sendo as presas expostas apenas em suas roupas íntimas, além dos ataques com

spray de pimenta pelos agentes da Força Nacional.

Em 2017, foi denunciado, também pela Pastoral, abusos e violações no Presídio Regional de Pelotas (PRP). Foi observado pela equipe da entidade a reiteração da prática de revistas vexatórias, proibida por lei, tanto nos familiares quanto nas próprias presas, sendo denunciado ainda a extrema rigidez das punições aplicadas a presas que cometiam infrações disciplinares, as quais chegavam a ficar 20 dias em celas reservadas, sem luz e sem direito a visitas.

Dentro desse sistema de “solitária”, não são incomuns relatos de agressões físicas contra as detentas, além da presença de um sistema extremo de monitoramento (KRÜGER; ARRUDA; MARIANI, 2018). Esses espaços são também conhecidos como “tracas”, ou seja, cubículos nos quais mulheres acusadas de infrações disciplinares são arbitrariamente colocadas por agentes penitenciárias, e que funcionam como um verdadeiro mecanismo de tortura e controle de autoridade dentro das prisões (ARGÜELLO; MURARO, 2015).

Ainda, dentro do ambiente carcerário, uma das primeiras violações enfrentadas pelas mulheres privadas de liberdade é a privação de bens materiais básicos. Um dos exemplos mais evidentes dessa limitação encontra-se na ausência de itens sanitários para o período menstrual das mulheres presas. Em julho de 2016, foi denunciado pela Pastoral Carcerária a realidade de mulheres encarceradas em presídios brasileiros que precisavam fazer uso de miolos de pão e de toalhas como absorventes internos, devido a ausência da distribuição do item sanitário pelo Estado.

Outro ponto que afeta significativamente a vivência da mulher encarcerada é a ausência de medicamentos e assistência médica eficaz dentro dos presídios. Em sua obra, Varella (2017) expõe a limitação de medicamentos como um fator de denúncia quase universal entre as presas, especialmente no que diz respeito a necessidades específicas do corpo feminino, tais como episódios de fortes cólicas menstruais que não recebem a medicação adequada. O autor relata ainda casos frequentes de afecções ginecológicas, hipertensão arterial, e até episódios de depressão e crises de pânico desencadeados pelo cárcere.

Nesse cenário, observa-se que a violência psicológica e moral contra a mulher presa é outro ponto constante dentro das penitenciárias femininas brasileiras. Dentre as violações ao íntimo da vida da mulher, destaca-se o fenômeno do abandono materno, no qual mães são afastadas de seus filhos, muitas vezes recém-nascidos, processo retratado como “uma experiência especialmente dolorosa” (VARELLA, 2017, p. 46).

O afastamento familiar entre mães e filhos dentro do sistema prisional fomenta ainda um processo que torna essas crianças órfãos, muitas vezes sujeitas a abrigos do Conselho Tutelar, inserindo a criança em um ineficaz sistema de adoção (QUEIROZ, 2020), ou a instabilidades e abusos de casas de parentes distantes, fatores estes que convergem para a perpetuação da marginalidade dentro desses núcleos familiares (VARELLA, 2017).

O debate acerca da maternidade dentro do cárcere demonstra então um

processo pelo qual o princípio da individualização da pena é amplamente infringido, tornando-se impossível não estender a pena imposta à mãe, à criança (QUEIROZ, 2020). Esse processo tem início inclusive desde o trabalho de parto da gestante, visto que, em que pese a proibição expressa por lei, muitas vezes a mulher grávida é submetida ao uso de algemas durante o trabalho de parto, ou logo após ele, quando ainda está no estado puerperal.

Outro aspecto da violência carcerária, também de difícil constatação e enfrentamento, é a violência sexual. Chies (2008), ao tratar da questão das sobrecargas punitivas que permeiam a vivência das mulheres dentro do cárcere, irá destacar a vulnerabilidade sexual como um dos principais fatores dessas sobrecargas.

Seja por abusos praticados por presos do sexo masculino em presídios mistos, ou por parte de agentes de segurança do Estado, os quais valem-se de “dinâmicas de poder e dominação que se desencadeiam entre os grupos carcerários” (CHIES, 2008, p. 96) para perpetuar esses abusos, ou até mesmo por presas do sexo feminino, que também podem se valer de relações de poder internas entre as detentas (NASCIMENTO, 2014), a vulnerabilidade sexual dos corpos femininos é amplamente agravada pelo ambiente carcerário, estando as mulheres presas em uma posição de constante vulnerabilidade e propensão a abusos dentro das prisões.

Tal congruência entre abusos sexuais e relações de poder, atrelado ainda a repressão estatal, fomenta o fenômeno pelo qual práticas de abuso sexual se institucionalizam como um aspecto próprio da punição estatal, dinâmica observada por Angela Davis (2020), ao analisar o sistema carcerário estadunidense, indicando a revista íntima como uma das principais formas desse abuso por parte do Estado e de seus agentes. O fenômeno de institucionalização de abusos observado por Davis (2020) pode ser expandido para a realidade carcerária brasileira, que, apesar de distintas em determinados pontos, apresenta profundas semelhanças com aquela.

À medida que aumentou o nível de repressão nas prisões femininas e, paradoxalmente, conforme a influência dos regimes de prisão doméstica diminui, o abuso sexual – que, como a violência doméstica, é mais uma dimensão da punição privativa das mulheres – tornou-se um componente institucionalizado da punição por trás dos muros da prisão. (DAVIS, 2020, p. 84)

Observa-se ainda a dificuldade de denúncia dessas práticas, tendo em vista a existência de estruturas de poder e subordinação desenvolvidas entre agressor e vítima (NASCIMENTO, 2014). Nos casos nos quais os abusos são praticados por agentes estatais esta situação se agrava ainda mais, visto que os agressores ocupam posições de poder institucional sobre as vítimas, e, assim sendo, após a denúncia, estas irão continuar sob a supervisão do seu violentador (NASCIMENTO, 2014). As práticas de abusos tornam-se ainda mais negligenciadas quando observada a tolerância que a sociedade civil tem com

referida prática, entendendo tal violação como consequência da transgressão cometida por essa mulher. Tal aspecto relaciona-se diretamente ao estigma da posição que a mulher, especialmente a “mulher criminosa”, ocupa na sociedade, além da incidência de fatores de violência de gênero enraizados no escopo da cultura patriarcal. Nesse sentido:

Portanto, de dentro da sociedade que deseja e mantém o cárcere, quem irá se importar com a punição de mais um vilão? Na verdade, o estupro carcerário cumpre perfeitamente o dever para que foi designado, de forma rápida, tempestiva e imediata, satisfazendo-o desde sua simples existência, pois minimiza, coisifica, viola e, sobretudo, desumaniza; em última análise, faz reproduzir numa microescala o que os efeitos do próprio cárcere. (NASCIMENTO, 2014, p. 27)

Além da exposição desse cenário de constante violência, anota-se que a legislação penal brasileira, em que pese a previsão de determinados direitos e garantias para a mulher presa, ainda se apresenta insuficiente e falha no que diz respeito à promoção de garantias fundamentais que atendam a totalidade das necessidades e vulnerabilidades específicas do gênero feminino (ESPINOZA, 2004). Esse cenário se deve também ao fato da estruturação de um sistema penal pensado apenas a partir da perspectiva do masculino, o que ocorreu não apenas no que diz respeito à estruturação das prisões, como já demonstrado, mas também dentro do campo legislativo, deixando de lado da legislação penal as especificidades femininas e fomentando assim a impunidade para violações de direitos dentro do cárcere.

Desse modo, o atual cenário de precariedade das instalações penais brasileiras, submetidas a superlotação, limitações ao conjunto de assistências previsto em lei, e a constantes violações a direitos fundamentais, atrelado ainda a ausência de um aparato legislativo que se mostre efetivo na promoção de políticas que atendam às necessidades específicas das mulheres encarceradas, bem como a negligência e a omissão das instituições estatais em face dessas violações, faz com que seja possível indicar um processo de violência institucional para com as mulheres privadas de liberdade, processo este que impede a própria noção de (re)inserção social, inerente a lógica dogmática das prisões brasileiras (KRÜGER; ARRUDA; MARIANI, 2018).

Observa-se então que as violências perpetradas dentro dos estabelecimentos penais destinados a mulheres são, em sua própria natureza, uma espécie de violência de gênero que, por sua vez, é praticada pelo próprio Estado patriarcal (PIMENTEL, 2016). Ou seja, o Estado, através da ação de seus agentes penitenciários e da omissão de suas instituições, permite que essas violências sejam perpetuadas nos ambientes prisionais, fomentando-as como uma forma de controle e repressão estatal baseadas em fatores de gênero, fazendo com que a violência se torne um aspecto constante na realidade das mulheres privadas de liberdade (DAVIS, 2020).

Desse modo, a permanência das diversas formas de abuso e violações

dos direitos humanos dentro do ambiente carcerário feminino aponta para a institucionalização dessas práticas como uma técnica de governo, a qual, por sua vez, fomenta uma política de morte, física, política ou social, das mulheres encarceradas, reproduzindo assim a necropolítica em suas instituições.

A necropolítica

Nesse contexto de constante violência e violações aos direitos humanos perpetrados dentro das penitenciárias femininas, pelo próprio Estado e por seus agentes, observa-se então a estreita relação que a instituição do complexo industrial-prisional apresenta com o conceito da necropolítica.

Inicialmente, ao tratar do conceito de biopoder, desenvolvido por Foucault (1987) e já brevemente exposto acima, Achille Mbembe (2020) destaca o papel central que o conceito de raça irá ocupar nesse fenômeno, sendo o racismo a tecnologia que irá permitir o exercício do biopoder. Nesse contexto de relações entre raça e biopoder, o Estado nazista aparece como aquele que consolidou o que se tem como o “direito de matar”, estruturando uma formação de poder que combina as características de um “Estado racista, Estado assassino e Estado suicidário” (MBEMBE, 2020, p. 19).

A percepção da existência do Outro como um atentado contra minha vida, como uma ameaça mortal ou perigo absoluto, cuja eliminação biofísica reforçaria meu potencial de vida e segurança, é este, penso eu, um dos muitos imaginários de soberania, característico tanto da primeira quanto da última modernidade. (MBEMBE, 2020, p. 19-20)

Ainda, historicamente, o sistema de plantation, das colônias escravistas e do regime do *apartheid*, pode também ser expostos como fenômenos que operaram como uma forma de encadeamento entre as noções de biopoder, de estado de exceção e do estado de sítio, sendo a raça o elemento central dessa junção (MBEMBE, 2020). Desse modo, fomenta-se a noção do “Outro” atrelada à ausência de garantias dentro desses sistemas, nos quais o Estado é livre para operar com violência, longe do controle judicial.

Nesse cenário, a necropolítica, ou seja, as “formas contemporâneas que subjagam a vida ao poder da morte” (MBEMBE, 2020, p. 71), irá ampliar o conceito de biopoder, levando em conta processos como a dominação colonial contemporânea e a disponibilização de armas de fogo como formas de militarização da vida cotidiana.

Ao traçar um paralelo com a atual experiência brasileira do encarceramento em massa e do atual estado falido do sistema carcerário, especialmente no que diz respeito às violações constantes dentro das penitenciárias femininas, observa-se que, dentro do conceito da necropolítica, tais instituições podem ser tidas como verdadeiros campos onde se difunde um “estado de exceção”.

Em outros termos, as penitenciárias femininas brasileiras são verdadei-

ros locais onde as garantias constitucionais estão suspensas, longe do controle judicial e alheio ao juízo da sociedade civil, a qual ainda vê as mulheres encarceradas como os “Outros”, distantes e indiferentes de sua realidade. Observa-se então a profunda proximidade entre a realidade de violência exposta acima e o conceito de necropolítica, conforme pode-se inferir pela proximidade de tal realidade com o seguinte excerto da obra de Mbembe (2020):

Em suma, as colônias são zonas em que guerra e desordem, figuras internas e externas da política, ficam lado a lado ou se alternam. Como tal, as colônias são o local por excelência em que os controles e as garantias de ordem judicial podem ser suspensos - a zona em que a violência do estado de exceção supostamente opera a serviço da “civilização”. O fato de que as colônias podem ser governadas na ausência absoluta de lei provém da negação racial de qualquer vínculo comum entre o conquistador e o nativo. (MBEMBE, 2020, p. 35)

Assim sendo, observa-se como os elementos do biopoder podem ser vistos como constitutivos dos Estados modernos e de suas instituições, e como a soberania se constitui como o poder de decidir sobre quem pode morrer, e quem pode viver, ou seja, o poder de definir sobre aqueles indivíduos “descartáveis” (MBEMBE, 2020). Fomenta-se então um Estado contemporâneo responsável por eliminar parte de sua própria população, estando as mulheres encarceradas entre os grupos mais atingidos por essa política de governo.

Isso porque esse exercício político de escolha sobre a vida e a morte, e de definição de quem é descartável e quem não é, é amplamente reproduzido dentro do sistema penal contemporâneo, especialmente no que diz respeito ao encarceramento feminino, o qual, como exposto, funciona como um local no qual está integrada a soberania do poder de decisão sobre a vida e a morte das mulheres presas, grupo este marcado por um claro recorte discriminatório de raça e classe.

Conclusão

Observa-se então, através da análise fática e estatística do encarceramento feminino realizada no presente trabalho, que o fenômeno do encarceramento feminino em massa e da ampliação do complexo industrial-prisional constitui-se como um instrumento que institui a necropolítica (MBEMBE, 2020) como uma técnica de governo do Estado brasileiro contemporâneo.

Tal processo submete a mulher encarcerada a uma morte lenta, social e invisível. Ou seja, a reprodução de diversas formas de violência dentro do ambiente prisional feminino, marcadas por aspectos específicos do patriarcalismo e da violência de gênero, seguida pela ausência de políticas e pela omissão do Estado e de suas instituições, além do profundo desinteresse e conivência da sociedade civil com essas práticas, faz com que reste ao Estado punitivista

a decisão sobre quem, em última instância, “pode viver e quem deve morrer” (TEIDER; RAMOS, 2021, apud MBEMBE, 2018).

Expõe-se então como o sistema prisional brasileiro, especialmente no que diz respeito ao encarceramento feminino, representa uma inegável ruptura com o Estado Democrático de Direito, representando uma afronta às garantias constitucionais e aos direitos humanos.

Imprescindível então se faz o exercício de se pensar e debater formas alternativas de justiça, mais democráticas e principalmente mais humanas, para além do encarceramento em massa, responsável pela ampliação de um complexo industrial-prisional perpetuador de violências de gênero, discriminações e estigmatização sociais.

Referências

ARGÜELLO, Katie; MURARO, Mariel. **Mulheres encarceradas por tráfico de drogas no Brasil**: as diversas faces da violência contra a mulher. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO, 1., 2015, São Paulo. São Paulo: Usp, 2015. p. 1-30.

CARCERÁRIA, Pastoral. **Além das Grades**: uma Leitura do Sistema Prisional Feminino no Brasil. 2017. Disponível em: <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/alem-das-grades-uma-leitura-do-sistema-prisional-feminino-no-brasil>. Acesso em: 02 set. 2021.

CARCERÁRIA, Pastoral. **Pastoral denuncia abusos a mulheres em presídios no RS**. 2017. Disponível em: <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/pastoral-denuncia-abusos-a-mulheres-em-presidios-no-rs>. Acesso em: 02 set. 2021.

CARCERÁRIA, Pastoral. **Presas denunciam tortura de agentes da força nacional no presídio de Ananindeua**. 2019. Disponível em: <https://carceraria.org.br/noticias/presas-denunciam-tortura-de-agentes-da-forca-nacional-no-presidio-de-ananindeua>. Acesso em: 02 set. 2021.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Gênero, criminalização, punição e “sistema de justiça criminal”: um olhar sobre as sobrecargas punitivas e as dominações do masculino. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 28, p. 81-105, jan. 2008.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, [S.L.], v. 10, n. 1, p. 171-188, jan. 2002. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-026x2002000100011>.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 7. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

EMMERICK, Rulian. **Corpo e Poder**: Um Olhar Sobre o Aborto à Luz dos Direitos Humanos e da Democracia. 2007. 200 f. Dissertação de Mestrado - Curso de Direito, Departamento de Direito Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

ESPINOZA MAVILA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder puniti-**

vo. São Paulo: IBCCRIM, 2004. 180p. (Monografias; 31).

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

KARAM, Maria Lucia. Abolir as prisões: por um mundo sem grades. In: PIRES, Guilherme Moreira. **Abolicionismos: vozes antipunitivistas no Brasil e contribuições libertárias**. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 117.

KRÜGER, Caroline; ARRUDA, Dyego de Oliveira; MARIANI, Milton Augusto Pasquotto. Por dentro do cárcere: Evidências de violência institucional em um presídio feminino na fronteira entre Brasil e Bolívia. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 435-452, set. 2018.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 Edições, 2020.

MENEZES NETO, Elias Jacob de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. A Prática da Mistanásia nas Prisões Femininas Brasileiras ante à Omissão do Direito à Saúde e a Negação da Dignidade Humana. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 473-493, 22 maio de 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5074>.

NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. O Estupro Carcerário e as Mulheres do Cárcere: Um Estudo Acerca da Prática Junto às Mulheres no Contexto do Sistema Carcerário. **Revista Transgressões**, v. 2, n. 2, p. 20-35, 10 dez. 2014.

PIMENTEL, Elaine. As marcas do patriarcado nas prisões femininas brasileiras. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, Pelotas**, v. 02, n. 02, p. 169-178, jul. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/11434>. Acesso em: 02 set. 2021.

PIMENTEL, Elaine. O lado oculto das prisões femininas: representações dos sentimentos em torno do crime e da pena. **Latitude**, [S. l.], v. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <https://www.seer.ufal.br/index.php/latitude/article/view/1288>. Acesso em: 9 set. 2021.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. São Paulo: Record, 2015.

SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como alternativa à expansão penal e ao encarceramento em massa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 228-242, 22 maio 2018. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5059>.

TEIDER, Lucas Hinckel; RAMOS, Wanessa Assunção. A necropolítica em face das mulheres: da marginalização social para o cárcere na pandemia da covid-19. In: MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação et al. **Calamidade Pública: Repensando o Direito em Tempos de Crise**. Rio de Janeiro: Publicar, 2021. p. 227.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiros**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO E NECROPOLÍTICA: A CONTRIBUIÇÃO DA INÉRCIA ESTATAL SOBRE A MORTE DE CORPOS FEMININOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Débora Zanchi

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

Simone de Beauvoir, feminista francesa, assegurou que “não se nasce mulher, torna-se mulher”. Dessa forma, através da assertiva de Beauvoir, torna-se explícito que o Estado, impondo seu poder sobre os cidadãos, produz formas de dominação que as sujeitam a obedecer a um padrão para que correspondam ao que se espera de determinado indivíduo. A forma como o poder estatal controla e influencia no modo de estabelecer a maior incidência de mortes em determinados grupos sociais, como as mulheres, deu origem a um termo denominado necropolítica, criado pelo filósofo camaronês Achille Mbembe. A pesquisa visa exemplificar como a situação da pandemia de COVID-19 aumentou drasticamente os índices de violência de gênero, contudo, como essas estatísticas não impulsionaram o Estado a criar novas políticas públicas. O artigo utiliza de método dedutivo, realizado por meio de pesquisa bibliográfica e análise de dados quantitativos.

Palavras-chave: Necropolítica; Violência de gênero; Covid-19; Femicídio.

Introdução

Uma das intervenções que mais se difundem atualmente são os pensamentos do movimento feminista contemporâneo. Munido à esse tipo de resistência feminina, há diversas pautas que geram a necessidade de que haja uma nova perspectiva acerca da relação entre Estado e corpo feminino e uma dessas pautas é a violência de gênero.

Advindos da violência patriarcal do lar, em que a mulher é vista como um ser objetificado e passível de ser controlado pelo indivíduo do sexo masculino, ao longo dos séculos, esse cenário passou a ser encarado, pela sociedade e, conseqüentemente pelo Estado, como o fato natural das relações entre homens e mulheres. Toda essa dinâmica hierárquica em que a mulher é vista

como ser dominável, incluiu os corpos femininos em uma gama excluída socialmente em termos de políticas públicas para sua proteção, bem como as inseriu em um contexto de que o Estado favorece para as mortes desse grupo.

Nesse sentido, o corpo feminino é considerado um dos mais afetados pela política de exclusão intitulada necropolítica. Essas chamadas políticas de morte foram definidas por Achille Mbembé, filósofo camaronês, que estipula a necropolítica não apenas como uma capacidade de estabelecer os grupos que serão submissos ao Estado, mas, igualmente quais desses grupos serão mortos. Desse modo, a necropolítica, nada mais seria do que a contribuição do Estado e toda a sua força para que certos grupos tenham seu direito à vida e liberdade privada. Através da falta de investimentos na área da saúde e nos ramos de segurança pública, todo o sistema governamental, unido à ideia patriarcal e capitalista, faz com que as mulheres estejam mais suscetíveis à morte.

Em um cenário pandêmico, unido à um Estado que incentiva a necropolítica e contribui de modo negativo para o combate da violência de gênero, o Brasil se tornou um dos países que mais matou corpos femininos durante a pandemia de COVID-19. Segundo a pesquisa jornalística intitulada “Um vírus e duas guerras”, a cada nove horas, entre março de agosto de 2020, ocorreu um feminicídio, sendo o São Paulo o estado com o maior número de mortes, contabilizando 79 casos.

Os dados, evidenciados pela pandemia, elencam a necessidade de políticas públicas eficientes para o combate da violência de gênero. Não apenas por meio da Lei 11.340/2006, mas também por todo um dever de impedir que a necropolítica continue, é dever do Estado brasileiro instituir proteção à vida feminina, bem como convidar as mulheres ao exercício de legitimação de suas subjetividades, com a garantia de que possuam condições dignas, sem violência e com a capacidade de exercer a liberdade de forma plena.

Necropolítica: origem e definição

Necropolítica é um conceito desenvolvido pelo filósofo negro, historiador, teórico político e professor universitário camaronense Achille Mbembe. Em 2003, o autor escreveu um ensaio com o intuito de entender o porquê e quais seriam os limites de soberania estatal sobre quem pode viver e quem deve morrer.

A letalidade acerca da força e soberania do Estado sobre quem deve morrer e viver no Brasil faz com que haja violações de direitos a partir dessas políticas de morte que são geradas pela falta de políticas públicas ou da presença do Estado como limitador e regulador da vida e morte.

Inspirado pela teoria da biopolítica, desenvolvida por Michel Foucault, Mbembe inicia seus estudos, primeiramente, definindo qual é o limite de atuação do governo sobre a liberdade individual e, conseqüentemente, sobre sua vida e exercício dela.

A biopolítica nasce, em um primeiro momento, em 1976, quando Foucault cria o curso “Em Defesa da Sociedade” e no primeiro volume de “História da Sexualidade”. Esse contexto apenas só foi aperfeiçoado quando o autor e filósofo lançou “Segurança, Território e População”, em 1978, unido ao “Nascimento da Biopolítica”, lançado em 1979, buscando compreender como o poder é desenvolvido, bem como a sua utilização para conduzir e controlar a vida humana.

O pensamento de Foucault se inicia a partir das diferenças entre biopolítica e biopoder. O primeiro conceito é definido como um “conjunto de técnicas e estratégias de governança para construção de poder que orienta e contra os corpos. “A saúde e a vida de uma população inteira através da regulação da reprodução, fertilidade e mortalidade” (WICHTERICH, 2015, p. 25). O biopoder, por sua vez, trata de mecanismos utilizados pelas grandes massas para que seja exercido por meio das chamadas “políticas demográficas”, que englobam saúde, educação, projetos econômicos e que são, em sua grande maioria das vezes, instrumentos utilizados pelos governos para intervirem nas práticas sociais e nas relações humanas como um todo.

Através desses dois conceitos estudados por Michel Foucault, Achille Mbembe constrói o seu próprio conceito de dominação estatal, focando, de modo explícito, nos grupos que estão nas chamadas “zonas de morte” do Estado. Buscando entender o funcionamento de países periféricos, como o Brasil, que foram criados a partir de um desenvolvimento de exploração colonial, o filósofo camaronês desenvolve os conceitos de necropolítica e necropoder, partindo do pressuposto que há uma “instrumentalização generalizada da existência humana, assim como a destruição material de corpos e populações”. (2016, p. 125).

Em seu estudo sobre mundo contemporâneo, Mbembe identifica a criação de “mundos de morte”, em que determinadas populações, por serem consideradas fracas e sem função para a perpetuação de controles sociais, como o racismo, homofobia, intolerâncias diversas e, no caso, o machismo e sexismo, são tidas como “mortos vivos”, não possuindo proteção estatal aos seus corpos.

O que é definido pelo filósofo camaronês é tido como uma junção entre biopolítica, expressa por Foucault, unida à necropolítica. Os corpos femininos se enquadram como “mortos vivos”, pois, por toda a construção patriarcal de que a mulher é símbolo de fraqueza e que deveria ser destinada apenas ao serviço doméstico, sendo objeto de poder acerca do indivíduo masculina, criou-se a ideia de “sexo frágil”. O termo é estudado por Simone de Beauvoir, que estipula a mulher como um “segundo sexo”, incapaz de ajudar o Estado a se manter como centro de controle da vida das pessoas.

Pela necropolítica, os corpos femininos são descartáveis. Primeiramente, investir em políticas públicas para proteção desse grupo não é visto como uma opção, na medida em que, são frágeis e o investimento, de certo modo, de nada adiantaria. Ademais, pela lógica capitalista do sistema atual vigente,

a luta de classes está intrinsecamente ligada ao corpo da mulher. Segundo a historiadora italiana Silva Federici, “O corpo da mulher é a última fronteira de conquista do capital”. Nesse sentido, quando tratamos de uma divisão que passa pela produção para o mercado e que torna-se trabalho assalariado e que está ligado ao corpo masculino, enquanto o trabalho não assalariado, desvalorizado, naturalizado e precário são exercidos pelas mulheres.

Nesse contexto, até o sistema econômico define a mulher como um ser subalterno. Não apenas por parte de políticas públicas do Estado, como proteção à vida, saúde, educação, liberdade e lazer, mas igualmente, o próprio capitalismo cria uma sociedade de exclusão para os corpos femininos.

Ademais, Federici, autora do livro “Calibã e a Bruxa – Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva”, estipula que o Estado contribui não só para o descaso com o corpo feminino, mas também para o seu controle, na medida em que a mulher é objeto de trabalho, visto como uma máquina de produção, não como ser humano que possui sua subjetividade. Por esse motivo, o Estado utiliza até mesmo do direito para manipular a vida feminina, criando leis e práticas que penalizam o aborto, por exemplo, na tentativa de fazer com que as mulheres não possuem controle de seus corpos.

A violência de gênero e o capitalismo: necropolítica de gênero e feminicídio

A violência contra a mulher está relacionada quanto ao capitalismo ao passo que, o sistema econômico atual faz a manutenção da necropolítica. Nesse sentido, o capitalismo contribui para que as políticas de morte continuem a influenciar negativamente acerca da proteção de corpos femininos.

A opressão feminina não reside apenas no âmbito cultural, mas está intrinsecamente ligada com as desigualdades sociais que são impostas pelo capital. Através da política de exclusão social, que também é abordada por Achille Mbembe quando tratou sobre necropolítica, as mulheres enfrentam um conjunto de desigualdades, como, por exemplo, a falta de emprego e exclusão no mercado de trabalho.

Ademais, do mesmo modo que a necropolítica é manuseada pelo Estado, a violência de gênero também é fruto de uma série de mecanismos sustentados por esse sistema. O mecanismo de múltiplas escalas de violência impostos aos corpos femininos, unidos à falta de políticas públicas referente à proteção das mulheres, evidenciou, ainda mais sobre a pandemia, a vulnerabilidade que esse grupo está sujeito.

A necropolítica de gênero é um problema social endêmico, visto que é fruto de uma sociedade desigual e que estereotipa o gênero, contribuindo para que a violência fosse entendida como uma manifestação da desigualdade perpetuada pelo próprio capitalismo.

A violência de gênero contra a mulher no contexto pandêmico

Em março de 2020 instalou-se no mundo a pandemia de COVID-19 (OMS, 2020), que foi responsável pela diminuição das relações sociais interpessoais, uma vez que o principal meio de propagação do vírus SARS-CoV-2 – responsável pela doença. Diante desse cenário, a recomendação era ficar em casa, evitando aglomerações para fins dispensáveis.

Dessa forma, a imposição de isolamento social chegou de modo homogêneo, sendo direcionada a todas as classes sociais, a todos os indivíduos, sem serem consideradas as peculiaridades inerentes a cada pessoa e a cada lar. Diante desse convívio exacerbado com a família, muitas mulheres – já vítimas de violência de gênero no âmbito doméstico – foram obrigadas a passar ainda mais tempo com seus agressores (IPEA, 2020). Além disso, com esse recolhimento social, muitas ficaram sem ter a quem recorrer nos momentos de agressão, assim, logo se pôde notar os reflexos do isolamento social em números relacionados à violência de gênero contra mulheres.

Conforme levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, entre março e abril de 2020 – os primeiros de isolamento social, foi possível observar redução no número de registros em delegacias, se compararmos com o mesmo período em 2019. A título de exemplo, os registros de lesão corporal dolosa – decorrentes de violência doméstica – tiveram um decréscimo de 25,5% (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020). Em contrapartida, a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, que objetiva o atendimento e orientação de mulheres vítimas de violência de gênero no âmbito doméstico, contou com um aumento de quase 40% de chamadas, somente em abril de 2020.

Ademais, é importante ressaltar que, ainda de acordo com a mesma pesquisa supramencionada, o número de feminicídios, entre março e abril de 2020, foi 22,2% maior do que o mesmo período no ano anterior. Esses dados vêm nos mostrar que a violência de gênero contra a mulher não foi atenuada durante a pandemia de COVID-19, havendo, na verdade, uma maior incomunicabilidade das vítimas com o Poder Público (MESQUITA et al., 2021). O que demonstra uma ausência de políticas públicas voltadas para a facilitação das denúncias, sobretudo quando nos referimos às mulheres das classes sociais mais baixas, que não têm acesso à internet e outros meios de comunicação (CAETANO; MEIRELIS, 2021).

Sobretudo nas classes sociais baixas, a instabilidade financeira sempre foi um óbice para muitas famílias. Com o isolamento social e o fechamento de vários postos de trabalho, a pandemia tornou essa questão ainda mais árdua. Em 2021, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em parceria com o Datafolha, ouviu mais de duas mil mulheres em 130 municípios brasileiros, a fim de compreender o que mudou e o que permanece igual 1 ano após o início da pandemia de COVID-19 (BUENO et al., 2021). No grupo de mulheres entrevistadas, mais de 50% relata ter observado um aumento na violência de

gênero contra a mulher durante o período de isolamento social; além disso, a ausência de autonomia financeira – em virtude da perda de emprego – foi o fator mais atrelado ao aumento desse tipo de violência. O que, mais uma vez, nos leva à deficiência de políticas estatais que garantam a independência financeira dessas mulheres.

Por óbvio, e como já dito anteriormente, o alastramento da pandemia causada pelo Coronavírus nos impôs restrições de convívio social, de modo que a recomendação era ficar em casa. Tal ideia de manter os indivíduos em casa, seguros do vírus, ignorou diversas outras facetas e individualidades dos lares brasileiros, dentre elas, a violência de gênero contra a mulher. Para 48% das mulheres entrevistadas na pesquisa de maio de 2021 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em parceria com a Datafolha, a casa não foi um lugar seguro, capaz de protegê-la do agressor (BUENO et al., 2021), haja vista que as medidas de restrição de locomoção de pessoas, foram responsáveis por manter essas mulheres ainda mais tempo no mesmo ambiente que o agressor (MARQUES et al., 2020).

Tendo em vista os dados expostos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, é notório que o Poder Público precisa modernizar e atualizar os canais de denúncia de violência de gênero contra a mulher. Uma vez que o aumento no convívio com o agressor, bem como a redução do quadro de profissionais, com competência para atuar nessas questões, durante a pandemia – a fim de evitar aglomerações – são responsáveis pela diminuição no número de registros formais em delegacias. Tal encolhimento das denúncias está intimamente relacionado, não somente com a dificuldade em realizar ligações telefônicas na presença do agressor, mas também com o medo de se infectar com o SARS-CoV-2 (UN WOMEN, 2020).

Além disso, com a migração dos canais de denúncia para a internet, é necessário pensar em como mulheres de classes baixas, sem acesso à rede mundial de computadores, poderão fazer uso desses meios de comunicação com a polícia e demais autoridades competentes. Portanto, é indispensável que o poder público repense as formas de atingir essas mulheres e as pessoas próximas a elas.

Conclusão

A pandemia de COVID-19 invisibilizou muitas dores, muitas lutas e muitas vozes, fazendo com que a sociedade, como um todo, esquecesse ou seguisse no desconhecimento dessas questões. Além disso, o recrudescimento da miséria, e seus reflexos, tomou conta do mundo pandêmico, o que acentuou, de modo que a necropolítica estatal ficou ainda mais escancarada.

Restringindo-nos à questão da violência de gênero contra a mulher, é notório que o isolamento social desempenha um importante papel no aumento desse tipo de violência. Contudo, é necessário reconhecer que o Estado brasileiro caminha em uma direção que perpetua essa chaga social, haja vista

a morosidade com que age diante de uma situação que requer urgência, uma vez que estamos falando da dignidade humana dessas mulheres.

Nesses dias difíceis e incertos causados pela pandemia, o acolhimento e a segurança são imprescindíveis na vida dos cidadãos do mundo inteiro. Portanto, o Estado deve criar medidas e soluções que busquem atenuar a violência de gênero contra a mulher nos mais diversos ambientes, sobretudo no lar, que figura como o principal local de violência.

Por óbvio, é impossível olhar para cada lar brasileiro e observar suas particularidades, mas é possível criar uma rede de apoio para as mulheres vítimas de violência de gênero. É necessário, ainda, que as políticas desenvolvidas para coibir tal questão sejam acessíveis e estejam próximas das mulheres de todas as classes sociais.

Referências

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo – a experiência vivida**; tradução de Sérgio Millet. 4 ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. 2020.

BUENO, Samira; MARTINS, Juliana; PIMENTEL, Amanda Visível e Invisível: **A Vitimização de Mulheres no Brasil** - 3ª edição - 2021.

CAETANO, Isabelle; MEIRELIS, Gennisis. **A ineficácia do atendimento especializado da lei maria da penha no contexto de mulheres na linha de pobreza**. Anais do EVINCI - UniBrasil, 2021;

CIDH -COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Comunicado de Imprensa 24/2019**. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/024.asp>. Acesso em: 25 out 2021.

FEDERICI, Sílvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, MICHEL. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 38ª ed. 2010.

HEILBORN, Maria Luiza; SORJ, Bila. **Estudos de gênero no Brasil**. In: MICE-LLI, Sérgio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)* São Paulo; Brasília: Sumaré; Anpocs, 1999.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica. Arte e Ensaios**. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>> Acesso em: 30 out. 2021.

MESQUITA, Aline Martins. **AGRAVAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA Covid-19**. Revista de Políticas Públicas. São Luís, 2021.

PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luís Carlos R. **Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial em DHNet**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes>> Acessado em 3 nov. 2021.

ROMEIRO, Julieta. **A Lei Maria da Penha e os desafios da institucionalização da “violência conjugal” no Brasil**. In: MORAES, Aparecida F.; SORJ, Bila. Os paradoxos da expansão dos direitos das mulheres no Brasil. In: MORAES, Aparecida F.; SORJ, Bila (Orgs.). *Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira* Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009.

UN Women, **COVID-19 and Ending Violence Against Women and Girls**. Disponível em: <[issue-brief-covid-19-and-ending-violence-against-women-and-girls-en.pdf](#) (unwomen.org)>. Acesso em 3 nov. 2021.

WICHTERICH, Christa. **Direitos Sexuais e Reprodutivos**. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2015.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Marina Zago Cabrera

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, campus
Campinas/SP

Resumo:

O artigo é baseado na iniciação científica realizada durante a graduação, sendo o principal objetivo da respectiva pesquisa, a análise a respeito da ilegitimidade do atual sistema penal em conjunto com os conflitos acerca da violência de gênero, isto é, compreender se as respectivas demandas são atendidas de modo eficaz à vítima e tratar a Justiça Restaurativa como um novo meio para solucionar esses litígios. Acerca do respectivo método, este trata-se de um mecanismo alternativo para solucionar conflitos, que contraria a ideia do atual sistema misto ou de prevenção, que possui o objetivo de retribuir o mal causado pelo delinquente por meio da pena imposta pelo Estado, sendo este mecanismo de prevenção geral e especial. Neste novo método, o foco não é apenas na aplicação da pena em razão do ato passado, mas sim, pensar no futuro, para que os danos ocorridos sejam sanados de modo benéfico para todos. Conclui-se que este método procura encontrar um equilíbrio entre as necessidades da comunidade, da vítima e a reintegração do agressor à sociedade, já que o discurso de reintegração, após todo o processo acusatório, pautado no atual sistema, é insustentável. Desse modo, através da análise de artigos e livros que estudam acerca do assunto, a finalidade foi compreender se a aplicação desse método seria eficaz nos casos que envolvem violência de gênero, pois, em que pese haja uma lei específica (11.340/2006) para resguardar os direitos das mulheres em situação de violência doméstica, é importante explorar e questionar se o meio legislativo tem sido suficiente para sanar o conflito social pautado em machismo, patriarcalismo e misoginia.

Palavras-chave: Violência de gênero; Justiça restaurativa; Ilegitimidade penal.

A sociedade patriarcal e conseqüente desigualdade de gênero

A relação de poder entre homens e mulheres é existente há décadas gerando desigualdade de gênero que se perpetua até os dias atuais. O gênero em si é uma forma de dar significado às relações de poder (SCOTT,1990),

visto que, nesta espécie de relação, há um lado dominador e um dominado, sendo este lado, o feminino. A desigualdade de gênero apresenta origem desde a Grécia Antiga, onde o direito à vida pública era destinado somente aos homens, e as mulheres eram destinadas aos deveres vinculados a criação dos filhos e ao lar, sendo tratadas apenas como um objeto.

Em que pese, a evolução dos direitos das mulheres tenha evoluído, por exemplo, o direito ao voto, ainda há uma forte discussão no meio social e jurídico a respeito da importante igualdade entre os gêneros. Entretanto, na realidade, esta pauta ainda não se tornou totalmente efetiva e subsiste apenas em um plano formal.

A exemplo disso, se tem o artigo 5º da Constituição Federal que aborda os direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo e no inciso I, está expresso “*I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”. O Art. 226 § 5º, também da Constituição Federal trata acerca dos direitos e deveres iguais perante a sociedade conjugal. No plano internacional, pode-se citar o artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que diz “*Todos são iguais perante a lei, e, sem distinção, têm direito à igual proteção da lei. Todos têm direito à proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação*”. (SENADO FEDERAL, *online*). Entretanto, apesar de haver esses dispositivos que tratam os homens e mulheres como iguais, essa paridade não foi ainda efetivada.

Não obstante, a Constituição Federal ainda em algumas matérias, como, a licença-maternidade, fomenta a desigualdade de gênero. O Art. 7º, inciso XVIII, define que a mulher tem o direito a 120 dias de licença maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário. Em contrapartida, o homem, integrante da família e que, em tese, deve ter as mesmas responsabilidades nos cuidados do filho, tem direito apenas a 5 dias a licença-paternidade, conforme previsto no inciso XIX deste mesmo artigo, em complemento com o artigo 10º, § 1º do ADCT. Ou seja, o capítulo que aborda as garantias fundamentais do indivíduo, assegura a igualdade entre homens e mulheres, entretanto, em situações práticas, o sistema legislativo se contradiz e estimula a desigualdade.

A partir desse cenário em específico, compreende-se que não há evolução nesse aspecto em pleno século XXI, fomentando a sociedade patriarcal existente desde décadas passadas, isto é, a mulher em muitos casos ainda é vista como a integrante da família que deve se abster de sua vida pública para cuidar do lar, enquanto o homem, deve trabalhar e sustentar a prole, deve ser o provedor. Consequentemente, a mulher não cria sua independência para ter uma vida de livre escolha e de responsabilidades iguais perante assuntos vinculados à família e sociais, ou quando a cria, demanda esforços redobrados. De acordo com Ana Alice, o patriarcado consiste em uma

Organização sexual hierárquica da sociedade tão necessária ao domínio político. Alimenta-se do domínio masculino na estrutura familiar (esfera privada) e na lógica organizacional das instituições políticas

(esfera pública) construída a partir de um modelo masculino de dominação (arquétipo viril)” (COSTA, 2008).

Por meio desse pensamento patriarcal presente na sociedade, muitos homens são cobrados a manterem seu papel como dominador na relação desigual entre homens e mulheres. Através dessa cobrança, entende-se que o patriarcado além de afetar as mulheres (principais vítimas), afetam também os homens. Estes, são ensinados desde pequenos que são superiores às mulheres e em uma relação entre os dois sexos, o homem deve sempre ser a “autoridade”. Em razão desse pensamento machista perpetuado, uma grande parcela dos homens compreende que a mulher é sua propriedade e por isso, teriam o direito de fazer o que quiserem com ela, gerando assim, muitos relacionamentos abusivos que acarretam à violência contra a mulher.

Desse modo, por haver esse pensamento enraizado na sociedade e as situações frequentes de violência contra a mulher, a justiça brasileira criou meios pelos quais as mulheres, em tese, são protegidas pelo Estado contra os seus agressores. A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) foi um desses meios para a proteção da mulher. Há também a alteração do Código Penal com a inclusão do Femicídio pela Lei 13.104/2015, numa tentativa de coibir a violência capital contra as mulheres, além de outras reformas pontuais específicas para violência contra o gênero feminino.

A criação de meios para proteção da mulher através do Estado e a (i)legitimidade penal

Ao analisar todo contexto histórico em relação a luta das mulheres frente a desigualdade de gênero, nos deparamos com acontecimentos marcantes na história mundial em que as mulheres batalharam para conseguir um tratamento igualitário em diferentes esferas. As ondas feministas trouxeram diferentes pautas a respeito da igualdade de gênero e vale ressaltar que através da primeira onda, que ocorreu por volta do século XIX, o direito das mulheres ao voto foi concretizado, dado que, o objetivo dessa onda era discutir acerca das liberdades vinculadas ao trabalho, direitos políticos da mesma forma que o homem, direito à propriedade e herança.

A segunda onda tem início no final dos anos 60, buscava respeito as peculiaridades das mulheres, isto é, era reivindicado o fim pela violência sexual e familiar contra a mulher com a finalidade de gerar essa discussão pública, dado que, na época, o corpo da mulher era visto como propriedade do homem e o que ocorria no contexto familiar vinculado à agressão, na visão masculina, não deveria se tornar público e em razão disso, muitas mulheres sofriam diariamente sem poder se contrariar ao que acontecia.

Por último, a terceira onda trouxe uma pauta importante, dado que, abordou a diferença das mulheres no contexto social, isto é, expôs a existência das mulheres de diferentes classes e orientações sexuais. Nas primei-

ras ondas, as mulheres que lideraram as reivindicações, pertenciam na grande maioria à classe média. Entretanto, não havia apenas essas mulheres, era importante destacar mulheres da zona rural, negras, lésbicas e que por mais que não estavam em grande maioria na liderança desses movimentos, existiam e sofriam da mesma forma. (BEDIN; CITTADINO; ARAÚJO; 2015)

Conclui-se que as ondas feministas foram episódios importantes para a aquisição de direitos que as mulheres possuem hoje e ainda há muito a reivindicar, pois, não podemos afirmar que a desigualdade de gênero cessou, sendo que, é fato notório que houve uma evolução neste âmbito, mas, ainda vivemos em uma sociedade pautada em valores machistas e que geram circunstâncias infelizes às mulheres. Frente a todo o contexto social exposto acima, foram criados mecanismos para a proteção das mulheres, como já mencionada, a “Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra mulher”, regulada por meio do decreto nº 4.377 de 2002, estabelece que os Estados Partes devem tomar medidas destinadas a eliminar a discriminação contra a mulher, como descrito no Art. 2º.

No Brasil, existem também outros projetos destinados a igualdade de gênero, como exemplo o Plano Nacional de políticas para as mulheres, criado em julho de 2004 e no próprio documento que regula este plano, está descrito que o objetivo é criar políticas públicas e ações que combatem as desigualdades de gênero. Há também a Convenção de Belém do Pará”, sendo esta, uma convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. No aspecto legislativo, há a vigência da lei Maria da Penha (11.340/2006), porém, vale destacar que, no livro “Violência contra a mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica” anterior a 2006, em casos de violência doméstica, aplicava-se a lei 9.099/95, que trata de infrações de menor potencial ofensivo, e, portanto, aplicar a respectiva lei nos casos de violência doméstica, resultava em impunidade e reafirmava como a mulher estava sempre em um patamar de vulnerabilidade frente a sociedade, mesmo diante de anos de luta em busca da igualdade de gênero e o fim da violência (LIMA, 2009 apud TAWIL, 2018).

Além da Lei Maria da Penha, há também a lei 13.718/18 que incluiu no Código Penal o artigo 215-A que tipifica o delito de importunação sexual, e alterou o artigo 225, tornando os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulnerável em ações públicas incondicionadas.

A lei 11.106/2005 revoga o artigo 217 do CP, onde constava o delito de sedução. O texto legal consistia: “*Seduzir mulher virgem, menor de deztoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança*”. O termo “mulher virgem”, de caráter extremamente machista, denotava que as mulheres que não eram virgens, poderiam, em tese, ser seduzidas. Esta lei também revoga o artigo 219, “Rapto violento ou mediante fraude”, no texto legal anterior constava “*Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso.*”, novamente, era usado um termo machista: “mulher honesta.”.

A lei 12.015/2009 que revogou o dispositivo 216 do Código Penal: o atentado fraudulento ao pudor, onde era usado o mesmo termo dos artigos mencionados acima, *“Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal”*. A mesma lei, alterou o artigo 215, que assegura o dispositivo *“Violação sexual mediante fraude”*. Por último, a lei nº 13.104 de 2015 incluiu no Código Penal Brasileiro, especificamente no artigo 121 (que regula o crime contra a vida: homicídio), § 2º, inciso VI, o feminicídio, sendo este, um homicídio qualificado em razão da condição do sexo feminino, visto que, esse tipo de crime tem sido recorrente na sociedade. Portanto, a criação desse dispositivo, tem o intuito de gerar uma proteção maior às mulheres vítimas da violência física que gera a infeliz morte.

Em face as mudanças sociais e legislativas que envolvem a diferença de gênero e as situações de violência contra as mulheres, a lei 11.340/2006 surgiu contra a sistemática convivência com crimes de violência doméstica e devido à falta de instrumentos legais para a punição desses crimes, bem como a necessidade de proteção imediata das vítimas (BLUME, 2015). Por meio desta lei, houve a criação de programas e serviços de proteção e assistência social, para auxiliar as vítimas. Há também, a determinação de medidas protetivas de urgência, dispostas nos artigos 22, 23 e 24 da lei, gerando uma proteção maior em razão do afastamento do agressor. Entretanto, por mais que a intenção foi positiva, esse método de coibição à violência, na realidade, é paliativo e isso será demonstrado nos próximos itens do artigo.

A criação destes mecanismos legislativos que apresentam como objetivo a proteção da mulher, fomenta o sistema atual conhecido como misto ou eclético, tem o objetivo de aplicar a pena para que haja uma retribuição do Estado ao mal causado pelo crime e a chance de com isso alcançar a reintegração social. Entretanto, no momento que há a aplicação da pena privativa de liberdade com o intuito de repreender uma atitude delituosa, se utiliza de uma pena repressiva, que priva a liberdade do agressor em estabelecimentos prisionais superlotados, que ferem a dignidade humana já amplamente estudado e decidido pelos Tribunais Superiores¹. Portanto, por mais que o propósito do sistema seja repreender e prevenir que uma atitude contrária a lei volte a acontecer, a consequência é pior que a própria atitude, reverberando ainda mais a violência e não tendo o resultado esperado: a diminuição das taxas de criminalidade e a reintegração do agente à sociedade de forma educativa.

ZAFFARONI (1991), afirma que o sistema penal se constitui e se orienta por uma utópica legitimidade. Visto que, não há coerência no discurso do direito penal com a realidade. De forma prática, esta incoerência está presente na lei de execução (7.210/1984), pois, em que pese, a lei assegure o respeito da dignidade da pessoa humana com o intuito de garantir o bem-estar do preso, isto na realidade não ocorre. No artigo 40 da respectiva lei está descrito “

1 Julgamento mais emblemático sobre o sistema prisional brasileiro é a ADPF 347 sobre o estado de coisas inconstitucional no sistema penal nacional.

impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.” Após ler este dispositivo e compará-lo com o cenário dos presídios, conclui-se que este é um dos pontos da incoerência e consequente ilegitimidade do sistema.

Além disso, logo no artigo 1º da lei, a ideia de posterior reinserção do preso na sociedade também está presente: *“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*. Este artigo transparece claramente o objetivo do sistema mista, que é exatamente fazer com o que indivíduo retribua por meio da sua privação de liberdade o delito realizado e que, posteriormente, volte a conviver na sociedade sem mais realizar qualquer ato delituoso.

Frente a toda essa discussão da ilegitimidade do atual sistema, é importante refletir a respeito da necessidade de outros meios de solucionar os conflitos para que os objetivos da pena sejam realmente atendidos. Ou seja, para que haja a redução de atos delituosos e que os indivíduos (em uma escala menor no futuro) sejam tratados de forma mais humanizada, idealizando presídios não superlotados e que poderão dar uma assistência maior aos presos em muitos aspectos, como, psicológico, educativo, profissional, isto é, dar condições ao preso para que ele possa se reestruturar e assim ter uma esperança de retorno na sociedade de uma forma mais positiva.

A Justiça restaurativa como um método alternativo na solução de litígios penais

A Justiça Restaurativa tem sido alvo de debates para que haja a aplicabilidade como meio alternativo de solução de conflito, visto que, há uma necessidade de buscar novos métodos a fim de atender a demanda pública de forma mais eficaz. Nas palavras de Mylène Jaccoud, a Justiça Restaurativa consiste em *“Uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”*. (JACCOUD, 2005, p. 169). Este método se desenvolveu em razão do pensamento negativo que se tem a respeito do atual sistema punitivo, tendo como um dos seus principais objetivos a vítima, pois, não é de ampla opinião social que o processo penal padrão traz alguma satisfação para a vítima em relação a ofensa causada.

Em contrapartida ao sistema atual, a Justiça Restaurativa, é um meio pautado no consenso entre a vítima, o delinquente (e em muitas situações também a comunidade), estes são considerados os indivíduos principais do conflito e irão participar de forma ativa no desenvolvimento de uma solução para o que o delito causou à vítima. Através desse método alternativo, haverá logicamente a responsabilização do autor do crime, mas não apenas focando na aplicação de uma pena em relação ao que fez no passado, mas, o foco será no futuro com o intuito de viabilizar a paz social. No artigo *“A possível so-*

lução dos conflitos penais pela Justiça Restaurativa como direito humano ao acesso à Justiça Restaurativa”, é feita a menção:

A justiça restaurativa procura equilibrar o atendimento às necessidades das vítimas e da comunidade com a necessidade de reintegração do agressor à sociedade. Procura dar assistência à recuperação da vítima e permitir que todas as partes participem do processo de justiça de maneira produtiva. (FILHO; ANDRADE, apud United Kingdom – Restorative Justice Consortium, 1998, p. 13).

Após o envolvimento ativo do autor do delito com a vítima em todo o processo da Justiça Restaurativa, a ideia é que ele compreenda sua responsabilização em razão dos danos causados e em complementação, seja aplicada as penas restritivas de direito, como por exemplo, a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, assegurada no artigo 43 do Código Penal.

Em que pese a Justiça Restaurativa seja um assunto mais recente e tenha poucos projetos no Brasil, a respectiva denominação foi concebida em 1977 por Albert Eglash, um psicólogo que trabalhava com detentos, em um artigo *“Beyond Restitution: Creative Restitution”* e este, foi publicado por meio do artigo de Joe Hudson e Burt Gallaway: *“Restitution in Criminal Justice”* (FABRIS; PERLIN, 2015).

De acordo com PALLAMOLLA (2009), entre os anos 70 e 80, no âmbito norte-americano, a Justiça Restaurativa era vinculada a uma reconciliação entre a vítima e o ofensor, iniciando-se os experimentos para ver como seria aplicada na prática. Na década de 1980, esses experimentos foram colocados efetivamente em prática e nos anos de 1990, a Justiça Restaurativa se expandiu.

A Justiça Restaurativa apresenta como seu objetivo central o consenso entre o autor e a vítima e um processo a fim de promover uma solução. Entretanto, ainda está em vias de construção, visto que, em cada país existe uma aplicabilidade diferente de acordo com a realidade vivenciada no respectivo lugar. Desse modo, existem diferentes concepções acerca: do encontro, da reparação e da transformação. (PALLAMOLLA, 2009).

A concepção do encontro é a mais comum e aceita pelos adeptos a este método, sendo considerada uma experiência democrática, visto que, as partes irão se encontrar em uma discussão com o intuito de encontrar uma saída para o que foi causado pelo delito e assim, a vítima irá expressar seu sentimento ao que ocorreu, e o autor do crime se conscientiza acerca de sua responsabilidade perante a vítima.

A respeito da reparação, compreende-se que o autor deve reparar o que causou à vítima e essa atitude seria o suficiente para afirmar que a justiça foi feita, ou seja, a ideia central se vincula à reparação e apenas posteriormente se pensa em haver a reconciliação entre as partes, pois, a reparação resultaria em uma recuperação do que foi perdido em razão do delito e um reconhecimento e arrependimento por parte do autor.

Por último, a concepção da transformação, esta por sua vez, é a que mais se afasta das mencionadas acima, visto que, possui o intuito de mudar o pensamento da sociedade em relação como elas se compreendem e como se relacionam com os demais indivíduos, gerando assim, uma abolição de hierarquia entre os seres humanos. A respeito das três concepções se conclui:

Por fim, é importante pontuar que as três concepções de justiça restaurativa analisadas, apesar de conterem significativas diferenças entre si, encontram-se inseridas no movimento restaurativo e possuem pontos em comum. Ademais, na prática, nem sempre é possível delimitar em qual das concepções se encaixa determinada prática restaurativa, pois esta pode estar permeada por características das três concepções. Nesse sentido, “as três concepções envolvem encontro, reparação e transformação. A diferença entre elas é onde a ênfase é colocada” (PALLAMOLLA, 2009, p. 60)

Portanto, a Justiça Restaurativa possui suas ideias centrais, isto é, ser um método diferente que possa atender as vítimas, infratores e comunidades a fim de gerar uma solução eficaz ao conflito. Entretanto, em cada país, Estado, são abordados de modos diferentes, mas, mantendo os valores restaurativos, como será discutido adiante.

A justiça restaurativa no âmbito da violência de gênero

Como mencionado no capítulo anterior, a Justiça Restaurativa e sua aplicabilidade tem sido estudada a fim de se tornar uma possível solução para um problema social visível: a ilegitimidade do atual sistema penal. Nessa linha de pensamento, pode-se pensar na aplicabilidade desse meio alternativo nos casos de violência de gênero, pois, apesar de haver a Lei Maria da Penha, as qualificadoras descritas no Código Penal, como por exemplo o feminicídio e outros tipos específicos de violência contra o gênero feminino, a análise central é compreender que o intuito do legislador em tornar a violência de gênero em crime pode ter sido em tese, positivo, entretanto, é questionável se é realmente eficaz. Acerca da violência de gênero nesse aspecto, Andressa Loli Bazo e Alexandre Ribas de Paulo aborda com base em Vera Regina Pereira de Andrade:

Violência de gênero se trata, primeiramente, de um problema de saúde pública, não cabendo ao Estado o qual reproduz a violência estrutural das relações sociais patriarcais (sistema de violência institucional) substituir a opressão historicamente reputada ao homem. Portanto, “ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social [...] o sistema penal duplica ao invés de proteger a vitimização feminina.” (BAZO; PAULO, 2015, p. 6)

Compreende-se que responsabilizar o Estado na solução dos conflitos que envolvem a violência de gênero é, de certo modo, fomentar o poder que

promoveu a discriminação. Ou seja, não gera resultados positivos ao conflito, não reduz de forma significativa os casos de violência doméstica e desse modo, o questionamento a respeito da aplicabilidade do sistema atual (misto/eclético) se torna cada vez mais presente.

Muitas mulheres diante de situações de violência não se satisfazem com o funcionamento do sistema de justiça criminal, sendo as principais críticas a revitimização da vítima e conseqüentemente, a erradicação da violência não ocorre, sendo este o principal fator desejado. Em razão disso, as mulheres vítimas de violência, tendem a deixar de buscar o sistema judicial, visto que, entendem que em muitos casos não é dado o ideal amparo à vítima.

A Justiça Restaurativa no âmbito da violência doméstica garante à mulher um espaço de fala, visto que, no sistema judicial padrão isso não ocorre. A vítima pode expressar ao ofensor como se sente em razão do dano causado, dialogando sobre aquela situação em si e outras que estão contidas em seu contexto de vida com o agressor. Entende-se que a partir desse cenário de diálogo, poderia haver um real confronto com a situação em discussão e a própria vítima decide a respeito do que passou. Corrobora com esse entendimento as palavras de SANTOS e AZEVEDO (2018, p. 5):

O empoderamento da vítima garante que ela opine sobre o destino do seu próprio caso e, do mesmo modo, os agressores também devem ser empoderados para assumir sua conduta violadora, e enfrentar as conseqüências, reparando os danos e aproveitando a oportunidade para se reintegrar na comunidade.

No âmbito do agressor pode-se afirmar que a criação desse cenário, onde ele irá ouvir a vítima se expressar a respeito do que ele causou, de certa forma, faz com que ele reconheça sua responsabilidade diante do ocorrido e entenda o que fez e a conseqüência disso para a mulher, gerando consciência e o mais esperado: que não ocorra novamente. Um ponto importante constatado por meio empírico é que as mulheres vítimas de agressão não desejam a punição do seu agressor através do sistema judicial padrão, pois, o fato de haver uma punição não significa que no momento que ele tiver algum contato com a vítima, ele não irá incorrer na mesma atitude, portanto, o que se espera é a mudança de comportamento (SANTOS; AZEVEDO, 2018).

Desse modo, o uso da Justiça Restaurativa para solucionar situações de violência doméstica é um importante meio para se investir, visto que, a mulher irá se empoderar ao participar de forma ativa na resolução do conflito, não sendo apenas telespectadora da sua própria vida. O cenário de diálogo entre a vítima, ofensor e comunidade é de suma importância para a vítima impor como se sente a fim de gerar uma alteração de atitude do agressor, pois, apenas puni-lo não anula o medo de reincidência.

Projetos pilotos de justiça restaurativa no Brasil

Os projetos pilotos vinculados à aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil surgiram em torno de 2005, em Brasília/DF, Porto Alegre/RS e São Caetano do Sul/SP. Pautados de modo geral nos princípios abordados pela ONU através da resolução 2002/12 “Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”. Sendo eles: a imparcialidade do facilitador, confidencialidade, voluntariedade das partes, presunção de inocência, razoabilidade e proporcionalidade (SANTOS; AZEVEDO, 2018). Posteriormente, houve uma nova regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a resolução 225/2016. Entende-se que com o passar do tempo, a aplicação da Justiça Restaurativa tem sido frequente e os projetos estão se desenvolvendo, isto demonstra que há eficácia e resultado no uso desse método.

No âmbito dos crimes de violência doméstica, no relatório analítico propositivo do Conselho Nacional de Justiça, está demonstrado no quadro exposto, que há projetos de Justiça Restaurativa no Juizado de Violência Doméstica da Comarca de Santana Amapá, na 3º Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da comarca de Belém/Pará, no 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Porto Alegre/RS, no Juizado de Violência Doméstica contra Mulheres da Comarca de Novo Hamburgo/RS e na Vara da Paz Doméstica da Comarca de Santa Maria/RS. (Relatório Analítico Propositivo: Justiça Pesquisa, 2018, p. 42-49).

Um dos projetos pilotos é de São Caetano do Sul, começou a se desenvolver em 2005 e se tornou um projeto mais concreto em torno de 2008. O início desse projeto se deu através da Vara da Infância e da Juventude, com o Juiz Eduardo Rezende Melo como líder. É descrito a respeito do projeto:

Pautado por uma busca de promoção de responsabilidade ativa e cidadã das comunidades e escolas em que se insere, o Projeto baseou-se na parceria primeira entre justiça e educação para construção de espaços de resolução de conflito e de sinergias de ação, em âmbito escolar, comunitário e forense. (Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: Aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania, 2008, p. 12).

Por trás do projeto existe uma grande equipe que trabalha em conjunto para que o projeto tivesse se desenvolvido, a Secretaria de Estado da Educação, Diretoria de Ensino de São Bernardo do Campo, Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, Conselho Tutelar, Conselho Municipal de Segurança, Cartório da Infância e da Juventude. De acordo com as informações constantes do projeto da Justiça Restaurativa em São Caetano (2008), houve uma capacitação de todos os profissionais, dos educadores da escola, dos pais, alunos através de uma técnica gerada por Dominic Barter, este é um profissional da Rede de Comunicação Não-Violenta.

Eram realizados diálogos entre os ofensores e ofendidos por meio dos ‘Círculos Restaurativos’, estes círculos possuem três fases: compreensão mútua (as partes reconhecem que são semelhantes em certos aspectos), luto e transformação (ocorre a responsabilização dos ofensores) e por fim, o acordo (os participantes do diálogo, desenvolvem ações que reparem, restaurem e reintegrem). (Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: Aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania, 2008).

Outro local do Brasil que apresenta a implantação da Justiça Restaurativa é o Rio Grande do Sul. A inserção ocorreu também entre os anos de 2004 e 2005 com o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, através da Secretaria da Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, em conjunto com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNDU). Com o desenvolvimento do projeto, em 2014 foi criado o Programa Justiça Restaurativa para o Século 21 e em 2015, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul introduziu 12 unidades em Justiça Restaurativa (SILVA, 2019).

No âmbito da violência doméstica, em Novo Hamburgo/RS existem os Círculos de Construção de paz, pautados na treinadora e escritora deste assunto, Kay Pranis. Este cenário criado possui o objetivo de levar os participantes a compreenderem a situação e chegarem a uma solução para o futuro, de forma pacífica, a fim de realmente resolver o conflito e não apenas solucioná-lo de forma paliativa como é feito na justiça padrão. Kay Pranis descreve em seu Livro “Processos Circulares de Construção de paz” como ocorre os círculos:

Os participantes se sentam nas cadeiras dispostas em roda, sem mesa no centro. Às vezes se coloca no centro algum objeto que tenha significado especial para o grupo, como inspiração, algo que evoque nos participantes valores e bases comuns. O formato espacial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão. Também promove foco, responsabilidade e participação de todos (SILVA, 2019 apud PRANIS, 2010 p. 25).

Compreende-se assim, que a Justiça Restaurativa é um método que apresenta uma ideia comum do que é, qual seu objetivo e crítica, entretanto, não há um padrão de aplicação em todos os locais que a usam, cada local maneja seus meios encontrados como eficientes, com a finalidade de solucionar os conflitos de uma forma mais eficaz e ser – ainda - um complemento à justiça padrão.

Referências

ACHUTTI, Daniel; LEAL, Maria Angélica dos S. **Justiça Restaurativa no Centro Judiciário de solução de conflitos e cidadania**: da teoria à prática. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, vol. 3, n°2, Maranhão, 2017.

BEDIN, Gilmar Antonio; CITTADINO, Gisele Guimarães; ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito**. Florianópolis, 2015.

BAZO, Andressa Loli; PAULO, Alexandre Ribas de. Da aplicabilidade da Justiça Restaurativa à violência moral em função de gênero. **Cadernos do programa de pós-graduação**, vol. 10, n°1, 2015, Porto Alegre.

BRASIL, CNJ. **Relatório analítico propositivo, Justiça Pesquisa, Direito e Garantias Fundamentais, Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do poder Judiciário**. 2018.

BLUME, Bruno. 5 Pontos sobre a Lei Maria da Penha. **UFBA- Guia de Direitos: Compromisso e Atitude**, 2015. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/lei-maria-da-penha-tudo-sobre/>>. Acesso em: 13/11/2021.

COSTA, Ana Alice. **Gênero, Poder e Empoderamento das Mulheres**, 2008.

FABRIS, Gabriela Martins; PERLIN, Edson José. **Justiça Restaurativa e sua possível aplicabilidade no Brasil**. 3º Simpósio sustentabilidade e contemporaneidade nas Ciências Sociais, 2015.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendência e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa in **Justiça Restaurativa. Coletânea de artigos**. Ministério da Justiça. PNUD- Programa das Nações Unidas para ao Desenvolvimento, 2005.

MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: Aprendendo com os conflitos a respeitar e promover cidadania**, São Paulo: CEPPI, 2008.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. IBCCRIM, 1ª Edição, São Paulo, 2009.

SANTOS, Michelle Karen Batista dos; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Por outro paradigma de justiça no Brasil: A inserção de práticas restaurativas no âmbito dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Rio Grande do Sul, 2018.

SCOTT, Joan. Gênero: Uma categoria útil de Análise Histórica. **Educação & Realidade**, 1995.

SILVA, Clara Welma Florentino e. **Justiça Restaurativa em Conflitos envolvendo violência doméstica no Brasil: análise a partir da experiência de Novo Hamburgo – RS**. Mestrado em Direito, Brasília – DF, 2019.

SOARES FILHO, Sidney; ANDRADE, Mariana Dionísio de. **A possível solução dos conflitos penais pela justiça restaurativa como direito humano ao acesso à justiça**.

TAWIL, Susan Subihie. **Evolução Legislativa na proteção à mulher e a aplicabilidade da lei Maria da Penha**. Anápolis, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 3. ed. trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

À ESPERA DE UM OBSERVATÓRIO DOS FEMINICÍDIOS: UM ESTUDO DA ATUAL INFRAESTRUTURA DE DADOS NO BRASIL À VISTA DA OBRIGAÇÃO DE TRANSPARÊNCIA ATIVA

Daniele Mendes de Melo

Mestranda da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP. Juíza de Direito e Coordenadora do Anexo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Bauru. Master of Comparative Constitutional Law pela Samford University.

Resumo:

Por meio de um estudo exploratório-descritivo, este artigo faz um levantamento dos dados sobre feminicídios produzidos a nível nacional com o objetivo de analisar se o Estado brasileiro cumpre a obrigação de transparência ativa, prevista no sistema interamericano de direitos humanos. Os resultados apontaram que os instrumentos estatísticos produzidos na esfera federal não observam o dever de devida diligência ao deixarem de apresentar dados padronizados e desprezar os marcadores sociais que acompanham as mulheres assassinadas. Confrontados os instrumentos analisados ao *standard* interamericano estabelecido em *Claude Reys vs. Chile*, conclui que o Brasil descumpra a obrigação de estabelecer uma política favorável ao pleno exercício do direito de acesso à informação sobre feminicídios, que assume uma dimensão social e instrumental à implementação de outros direitos das mulheres.

Palavras-chave: Acesso à informação; Obrigação de transparência ativa; Violência contra a mulher; Feminicídio; Interseccionalidade.

Introdução

O giro paradigmático da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) (CAMPOS, 2017) não apenas tornou o Estado e a sociedade corresponsáveis pela violência contra as mulheres, anteriormente restrita ao âmbito privado, como também reconfigurou a atuação estatal, prescrevendo o desenho e implementação de políticas públicas intersetoriais.

A qualificadora do feminicídio¹, introduzida em 2015 (BRASIL, 2015),

1 “Homicídio qualificado. § 2º Se o homicídio é cometido: Feminicídio. VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [...] Pena: reclusão de doze a trinta anos. § 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime

imprimiu relevo simbólico às mortes violentas de mulheres, nominando-as. Trouxe, ainda, visibilidade aos assassinatos contra mulheres que ocorriam pelo simples fato de serem mulheres ou porque essa condição as afetava desproporcionalmente (Recomendação Geral n. 19, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

A despeito do Brasil possuir um estatuto que regula as hipóteses de violência doméstica e familiar desde 2006 (Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha) e de trazer o delito de feminicídio desde 2015, alçado a delito hediondo e com penas agravadas, as estatísticas não refletem a severidade da legislação. No período de 2009 a 2019, os homicídios de mulheres nas residências cresceram 10,6%, apontando para um possível aumento de delitos ocorridos no contexto doméstico e familiar² (CERQUEIRA et al, 2021).

Diante desse contexto, um observatório nacional de feminicídios permitiria um acesso amplo às informações e o desenho de políticas públicas consentâneas à realidade espelhada nas estatísticas. Por esse motivo, este estudo propõe-se a responder ao seguinte problema: o Estado brasileiro observa a obrigação de transparência ativa, prevista no sistema interamericano de direitos humanos, na produção e divulgação de dados nacionais sobre o feminicídio? Por meio de quais pressupostos poderá atingir esse *standard* ?

Para tanto, a pesquisa seguirá, quanto aos fins, o método exploratório-descritivo. A partir de fontes secundárias será feito o levantamento da existência de estatísticas e observatórios nacionais sobre feminicídios. A descrição do modo pelo qual realizam a compilação dos dados permitirá o posterior paralelismo com a obrigação de transparência ativa na produção e disponibilização das informações.

Este trabalho, que integra pesquisa de mestrado mais ampla em andamento junto à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP, está dividido em três partes, além desta introdução e conclusão. A primeira parte explora a visibilidade trazida pela tipificação do delito de feminicídio no Brasil e, em contrapartida, as lacunas deixadas pelo Estado após essa nomeação. Na segunda parte, será apresentado o levantamento realizado nas bases de dados nacionais para identificar de que forma e por quais plataformas o Brasil tem produzido estatísticas sobre feminicídio. A terceira parte analisa as informações obtidas e

envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.”

- 2 Violência doméstica e familiar contra a mulher é empregada neste trabalho nos termos definidos no artigo 5º, da Lei 11.340/2006: “[...] qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: i – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; ii – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; iii – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. *Parágrafo único.* as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

os marcos legais internos em face do *standard* interamericano da obrigação de transparência ativa.

Nomear e visibilizar os feminicídios: paramos aqui?

O ato de nomear a eliminação da vida de uma mulher carrega um significado que extrapola a finalidade de responsabilização criminal de seu autor. A representação de um fenômeno por meio da tipificação legal evidencia que várias mulheres estão sujeitas a opressões que têm sua gênese nas mesmas condições histórico-sociais. Não demovidos os mecanismos socioculturais que ensejaram a morte daquela mulher que figura como vítima em uma investigação criminal, outras mulheres estarão sujeitas ao mesmo destino.

Dora Munévar (2012, p. 144) esclarece o viés político presente na nomeação: “nomear as distintas formas de opressão vividas pelas mulheres significa reunir a mobilização das mulheres para ganhar terreno contra a impunidade estatal.”.

Se por um lado fazer emergir a questão das mortes de mulheres pelo fato de serem mulheres contribui para a construção de parâmetros para o enfrentamento de um antigo problema social obscurecido, de outro, essa nova categorização, desacompanhada de estatísticas oficiais, padece de um aporte seguro para a implementação de políticas públicas transversais e focais.

Ainda, a inação estatal permite que o patriarcado, que se reconfigura no tempo e no espaço, acolha os passos tímidos que avançaram com a nomeação e visibilidade do fenômeno antes oculto e os submeta a um novo cenário de assimetria de poder (SAFFIOTI, 2019; VERGÈS, 2020).

A apropriação da narrativa midiática é um dos subterfúgios pelos quais o patriarcado apropria-se da visibilidade do fenômeno feminicídio e acoberta as relações de força e poder masculinos. Por meio das notícias que naturalizam a violência, os estereótipos são reforçados e as portas para as mulheres deixarem os relacionamentos abusivos são fechadas (BANDEIRA; MAGALHÃES, 2019).

Desse modo, o processo “nomação-visibilidade-prevenção” é ressignificado dentro do sistema patriarcal para reduzir o fenômeno feminicídio à mera responsabilização individual do autor da infração. O problema *passou a* existir fora do ambiente doméstico, mas o Estado ainda não ultrapassou o estágio da nomação. Assume relevo, nesse aspecto, a estruturação de uma base de dados confiável e representativa da realidade social.

Enquanto o observatório não vem: as bases de dados nacionais sobre feminicídios

Para a pesquisa exploratória das bases de dados nacionais sobre feminicídio, foram buscadas informações diretamente nos *sites* dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Os sites do Supremo Tri-

bunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Câmara dos Deputados Federal não retornaram resultados.

O Senado Federal traz em sua página uma aba que remete ao Observatório da Mulher contra a Violência. Trata-se de uma compilação de fontes variadas de informações desintegradas que não permitem uma análise aprofundada sobre as mortes violentas de mulheres, conforme reconhece o órgão em outra produção mais recente (BRASIL, 2021b, p. 74)³.

Os dados compilados pelo Conselho Nacional de Justiça vêm desagregados por Tribunal e abrangem Varas exclusivas e cumulativas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Trazem a quantificação de processos de feminicídio novos, julgados e baixados, em fase de instrução e de execução. De natureza quantitativa, os dados desse portal de monitoramento não são interpretados.

Dentre todos os órgãos pesquisados, o cadastro nacional de feminicídios produzido pelo Conselho Nacional do Ministério Público é o que mais se aproxima de um modelo de observatório nacional. Por meio de uma plataforma on-line, além de dados quantitativos, são disponibilizados informes sobre os desdobramentos do inquérito policial. O sistema de monitoramento também traz campos padronizados por categorias analíticas da vítima (gênero, raça, idade e escolaridade) e relação mantida com o réu. O maior problema identificado nesse sistema é o preenchimento deficiente das informações, que ficam a cargo do Ministério Público responsável pela apuração dos delitos de feminicídios. A distorção mencionada é facilmente constatada: tomado o Estado de São Paulo como referência, apenas 15 Municípios preencheram as informações.

A maior parte dos informes sobre mortes violentas de mulheres é produzida pelo Poder Executivo. O primeiro deles é o Disque 180. Dentre outras informações, o relatório anual consigna as comunicações de tentativa de feminicídios praticadas na esfera doméstica e familiar ou fora dela, a faixa etária e etnia/raça das vítimas e a relação com o suspeito. Apesar de sua importância, a Central de Atendimento à Mulher funciona como um disque denúncia, o que gera limitações no desdobramento das situações reportadas.

O segundo é o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Os homicídios praticados contra mulheres e feminicídios são gerados a partir dos microdados dos registros policiais e das Secretarias estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social. Informações sobre raça, escolaridade, idade, local da morte, vínculo com o autor têm origem nos boletins de ocorrência. Os dados não são revisados após o registro inicial das ocorrências policiais. Diante da dificuldade de percepção

3 BRASIL. **Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres, ciclo de avaliação 2019/2020**. Brasília: Comissão Mista De Combate À Violência Contra A Mulher, 2021b. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/avaliacao-permanente-ciclo-2019-2020>. Acesso em 08 nov. 2021.

de infrações desvinculadas do contexto doméstico e familiar, não se descarta a possibilidade de distorção numérica dos feminicídios informados pelo sistema de segurança pública (BUENO; BOHNENBERGER; SOBRAL; 2021).

O Atlas da Violência é a terceira e mais conhecida publicação anual produzida pelo Poder Executivo. Por ele, as mortes violentas de mulheres são registradas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) com base no Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM)⁴ somando-se os códigos internacionais de doença (CID) 10: X85-Y09 e Y35, que correspondem a óbitos causados por agressão seguida de intervenção legal.

O levantamento não distingue os feminicídios de outras mortes violentas de mulheres e a nomeação dos feminicídios advém de uma *proxy* dos homicídios ocorridos na residência da vítima, equivalentes a 33,3% das mortes de mulheres ocorridas em 2019 (CERQUEIRA et. al, 2021). Outras limitações foram apresentadas pelas instituições responsáveis pela pesquisa, dentre elas a não inclusão das mortes violentas decorrentes de *causas externas por razões desconhecidas*⁵.

Ainda, a incompletude da desagregação dos dados no Atlas da Violência obscurece a identidade das mulheres assassinadas. Apesar de denunciar o racismo estrutural ao mostrar a desproporção do número de mortes entre mulheres negras e não-negras, não dispõe da mesma fonte para tratar das mortes praticadas contra a população LGBTQIA+⁶. As limitações também acompanham mulheres com deficiências, as quais não são destacadas das demais (CERQUEIRA et. al, 2021).

O quadro abaixo traz as URLs que remetem aos dados fornecidos pelas instituições analisadas e o órgão ou Poder do Estado ao qual estão vinculadas:

4 Os dados que alimentam o SIM provêm da Declaração de Óbito (DO), cuja responsabilidade pelo preenchimento é do médico. Os dados informados pelos Municípios passam a constituir uma tríplice base de dados, municipal, estadual e federal. Os dados agregados ao nível federal serão utilizados para a elaboração de instrumentos estatísticos de informações sobre mortalidade no país. <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/vigilancia-em-saude-svs/sistemas-de-informacao/sistema-de-informacoes-sobre-mortalidade-sim>.

5 Roichman (2019) confirma a redução do número total de feminicídios e de outras mortes de mulheres ao incluir eventos de intenção não determinada em estudo por ele realizado. Aponta, ainda, a ausência de informações no SIM sobre a motivação dos crimes.

6 Devido à precariedade dos dados quanto a pessoas transgênero no Brasil, Organizações Não Governamentais fazem manualmente o levantamento dos seus obituários a partir de matéria de jornais e *internet* (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020).

Instituição	Órgão/Poder de Estado ao qual está vinculada	URL
Conselho Nacional de Justiça	Conselho Nacional de Justiça	https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAZZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpaineis.cnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=sh-VDResumo
Senado Federal	Poder Legislativo	http://www9.senado.gov.br/QvAJAZZfc/opendoc.htm?document=senado%2FPainel%20OMV%20-%20Viol%C3%AAncia%20contra%20Mulheres.qvw&host
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada/Fórum Brasileiro de Segurança Pública	Poder Executivo	https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021-completo.pdf
Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos	Poder Executivo	file:///C:/Users/user/Downloads/Relat%C3%B3rio-2019-Balanco-ligue-180%20(1).pdf
Fórum Brasileiro de Segurança Pública	Poder Executivo	https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf
Conselho Nacional do Ministério Público	Conselho Nacional do Ministério Público	https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/cadastro-de-feminicidio

Fonte: elaboração pela própria autora

Obrigação de transparência ativa

O precedente *Claude Reys vs. Chile* protagonizou, internacionalmente, o reconhecimento do direito de acesso à informação pública. Esse direito, previsto nos artigos 2º e 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos, assume a forma de uma obrigação positiva do Estado de prestá-la, como regra, a todos aqueles que a postulem (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Por meio dessa decisão, a Corte IDH expande a interpretação do direito de acesso à informação para uma dimensão social, além da individual. Desse modo, os princípios da publicidade, transparência e controle social da gestão pública passam a orientar o acesso à informação. O dever geral do Estado, como garantidor do acesso à informação, desdobra-se, pois, em duas vertentes: a) a da supressão das regras e práticas que violem as garantias de acesso e b) a da obrigação positiva de dispor regras e práticas para que a efetividade desse direito seja alcançada.

O acesso à informação pode ser compreendido, sob esse enfoque, como dever de devida diligência do Estado para prevenir a violência contra as mulheres, conforme disposto no artigo 7.2, da Convenção de Belém do Pará (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994). Para atender ao propósito preventivo, o dever de devida diligência não pode desconsiderar a desagregação dos dados compilados como uma das ferramentas necessárias para alcançar a interseccionalidade, prevista no artigo 9º do mesmo documento.

Contrapostos os parâmetros estabelecidos na decisão paradigmática da Corte Interamericana com os instrumentos de coleta e disponibilização de

dados trazidos no tópico anterior, é possível concluir que o Estado brasileiro descumpra o dever de devida diligência no papel preventivo da violência por meio do direito à informação da sociedade sobre feminicídios.

Dentre as obrigações específicas para assegurá-lo, compete ao Estado, de acordo com as diretrizes de *Claude Reys*: “i) implementar um marco jurídico; ii) remover obstáculos legais e administrativos que o restrinjam; iii) implementar internamente o direito de acesso e iv) adotar uma política pública favorável ao pleno exercício desse direito” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, parr. 43).

Como marco regulatório nacional, a Lei de Acesso a Informações Públicas (LAI), Lei nº 12.527/11 (BRASIL, 2011), atende ao primeiro item do *standard* interamericano ao prescrever aos órgãos públicos a obrigação de publicar dados e informações de relevância pública em formatos abertos e não-proprietários. A política de dados abertos do Poder Executivo Federal, regulamentada pelo Decreto nº 8.777/2016 (BRASIL, 2016), traz entre seus objetivos o compromisso de publicar dados acessíveis para aprimorar a cultura da transparência pública⁷.

A LAI ganhará contornos mais específicos conjugada com a Política Nacional de Informações Estatísticas Relacionadas à Violência contra a Mulher (PNAINFO), sancionada há poucos dias (BRASIL, 2021a). Fornecer e manter dados disponíveis em sistema eletrônico para acesso que permita o planejamento e a avaliação das políticas de enfrentamento da violência contra as mulheres é o escopo principal da referida lei. Em observância a mesma diretriz, o Comitê Intersetorial do Plano Nacional de Enfrentamento ao Feminicídio (PNEF) inseriu como eixo nº 5 os “Dados e Informações” com a finalidade de divulgar os registros e incentivar as pesquisas na área do feminicídio⁸.

Estruturado o marco jurídico nacional, a falha do Brasil na implementação das demais obrigações que compõem a política de transparência ativa reside no descumprimento dos demais pressupostos estabelecidos pelo sistema interamericano (ii, iii e iv, acima). Uma obrigação positiva é esperada do Estado para colocar em prática o meio pelo qual a plataforma será alimentada com dados confiáveis e que espelhem os feminicídios praticados no território

7 O Decreto nº 8.777/2016 (BRASIL, 2016) define os termos nele utilizados no artigo 2º: “(...) III - dados abertos - dados acessíveis ao público, representado sem meio digital, estruturados em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou cruzamento, limitando-se a creditar a autoria ou a fonte; IV - formato aberto - formato de arquivo não proprietário, cuja especificação esteja documentada publicamente e seja de livre conhecimento e implementação, livre de patentes ou qualquer outra restrição legal quanto à sua utilização; e V - Plano de Dados Abertos - documento orientador para as ações de implementação e promoção de abertura de dados de cada órgão ou entidade da administração pública federal, obedecidos os padrões mínimos de qualidade, de forma a facilitar o entendimento e a reutilização das informações.”

8 Informação disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/plano-nacional-de-enfrentamento-a-feminicidio-pnef>

nacional. A inconsistência atualmente verificada na alimentação, disponibilização e tratamento dos dados sobre o feminicídio não atende ao dever de devida diligência no direito à informação.

As especificidades regionais e a diversidade de identidades sociais igualmente demandam a remoção prévia de obstáculos legais e administrativos para uma coleta de dados desagregada que observe os marcadores sociais de raça, etnia, classe, origem regional, religião, idade, deficiência, dentre outros.

Atender a esse vetor orientativo na produção de estatísticas conduz ao próximo pressuposto: a adoção de uma política pública favorável ao pleno exercício desse direito, que permita a plena fiscalização da sociedade sobre as ações estatais empreendidas na prevenção dos assassinatos de mulheres por questão de gênero. Tais informes transformam-se, ainda, em mecanismo de *accountability* relativamente a políticas transversais e focais voltadas a mulheres em condições de vulnerabilidades sobrepostas, que se manifestam em contextos variados (COLLINS, 2019).

Com a tipificação do feminicídio, alimentar uma base de dados nacional, como preconiza a Lei Maria da Penha (artigo 38), propicia uma avaliação periódica dos resultados (artigo 8º, II) para o desenho, implementação e controle de políticas públicas voltadas à mulher em situação de violência (BRASIL, 2006).

Um observatório nacional de feminicídios, que retrate os assassinatos de mulheres no país de forma padronizada e desagregada de acordo com os marcadores sociais, contribuirá para identificar o porquê de determinados fatos não se converterem numericamente em mortes. Em última análise, abrirá caminho para refletir porque algumas mulheres “são matáveis” e outras não, quais dessas mortes podem ser evitadas, de que forma e a capacidade de responsabilização do Estado pelo emprego de recursos públicos no enfrentamento à violência contra as mulheres.

Considerações finais

Como, por que, quando e quem são as pessoas afetadas e/ou que suportam com suas vidas a violência de gênero são perguntas cujas respostas remetem, pelo modelo atual, aos agentes da infração. O Estado, que poderia enfrentá-la por meio de políticas sociais, mantém, pela omissão, a violência estruturada na sociedade e reproduzida, institucionalmente, em suas organizações.

As notícias que pautam a *agenda-setting* dos meios de comunicação são assimiladas (e naturalizadas) sem distinguir as pessoas que compõem tais estatísticas. A invisibilidade dos reais assassinatos de mulheres traz consigo uma sutileza do sistema patriarcal: esconde os rostos de mulheres localizados atrás dos números. O silenciamento decorrente desses números contribui para a impunidade e manutenção de uma política estatal que, a partir de sua inação, chama para si a coautoria das mortes de mulheres praticadas por particulares.

A ausência de um observatório nacional e de um sistema de categorização dos feminicídios traz como consequência mais evidente a subnotificação dos casos, já restritos pela tipificação legal. Mas impede, também, saber quem está por trás dos números e a e(in)volução destes ao longo do tempo. Com um monitoramento inoperante, a identificação dos fatores de risco fica comprometida e a intervenção estatal, por meio de políticas públicas, inefetiva.

Corolário lógico da obrigação de transparência ativa na era digital é a promoção de *accountability* do dever de devida diligência na prevenção de mortes evitáveis de mulheres por razões de gênero. Reivindicar um observatório de feminicídio converte-se, assim, no próprio direito à informação da sociedade.

Ao Estado brasileiro, que já possui delineado seu marco jurídico, caberá fazer uso dessa oportunidade, orientado pelo *standard* interamericano, como meio de desresponsabilizar-se por uma necropolítica da inação.

Referências

BANDEIRA, Lourdes Maria; MAGALHÃES, Maria José. A transversalidade dos crimes de feminicídio/femicídio no Brasil e em Portugal. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v. 1, n. 1, 2019, p. 29/56.

BENEVIDES, Bruna G; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **Dossiê dos assassínatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019**. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016**. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. DF: Presidência da República, 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8777.htm. Acesso em 08 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.568, de 09 de dezembro de 2020**. Institui o Comitê Intersetorial do Plano Nacional de Enfrentamento ao Feminicídio. DF: Presidência da República, 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10568.htm. Acesso em 08 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. DF: Presidência da República, 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 08 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.104, 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. DF: Presidência da República, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1. Acesso em 08 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.232, de 28 de outubro de 2021**. Institui a Política Nacional de

Dados e Informações relacionadas à Violência contra as Mulheres (PNAINFO). DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1307554829/lei-14232-21>. Acesso em 08 nov. 2021.

BRASIL. **Processo de Monitoramento e Avaliação das Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres, ciclo de avaliação 2019/2020**. Brasília: Comissão Mista De Combate À Violencia Contra A Mulher, 2021b. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/avaliacao-permanente-ciclo-2019-2020>. Acesso em 08 nov. 2021.

BUENO, Samira; BOHNENBERGER, Marina; SOBRAL, Isabela. A violência contra meninas e mulheres no ano pandêmico. In: BUENO, Samira; DE LIMA, Renato Sérgio (Coords). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2021, p. 93. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>. Acesso em 07 nov. 2021.

CAMPOS, Carmen. Lei Maria da Penha: necessidade de um novo giro paradigmático. **Rev. bras. segur. Pública**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 10-22, fev./mar. 2017. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/778>. Acesso em 08 nov. 2021.

CERQUEIRA, Daniel (Coord.) et al. **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021.

COLLINS, Patricia Hill. **Pensamento Feminista Negro**. São Paulo: Editora Boitempo, 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano**. Segunda edição. [S.l]: OEA, 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20El%20Derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion%20a%20Edicion%20adjusted.pdf>. Acesso em 07 nov. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Claude Reyes e outros versus Chile: sentença de 19 de setembro de 2006**. São José da Costa Rica: 2006. Disponível em https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/si_decisiones_corte.asp. Acesso em 08 nov. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP); INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da Violência**. Brasília: FBSP; IPEA, 2021. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em 07 nov. 2021.

MUNÉVAR M., Dora Inés. Delito de feminicídio. Muerte violenta de mujeres por razones de género. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, v. 14, n. 1, p. 135-175, 2012. Disponível em <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1930>. Acesso em 08 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Recomendação Geral n. 19 do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, 1992. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Recomendac%CC%A7a%CC%83o-19-CEDAW-1.2.pdf>. Acesso em 08 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher**. Belém: CIDH, 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 08 nov. 2021.

ROICHMAN, Carlos Barreto Campello. Faca, peixeira, canivete: uma análise da lei do feminicídio no Brasil. **R. Katál**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 357-365, maio/ago. 2020. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1982-02592020v23n2p357>. Acesso em 08 nov. 2021.

SAFFIOTI, Heleith. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2019.

VERGÈS, Françoise. **Um feminismo decolonial**. Tradução de Jamille Pinheiro Dias e Raquel Camargo. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

ANÁLISE CRÍTICO-FEMINISTA DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NA SEARA POLÍTICA COMO REFLEXO DA APLICAÇÃO MISÓGINA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DO GÊNERO

Marina Fernandes Fontes de Andrade

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN)

Ana Leticia Batista Alves Silva

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN)

Resumo:

A pesquisa objetiva estudar as desigualdades e exclusão política de mulheres como fruto de uma aplicação misógina da ciência jurídica. Justifica-se pela observação das causas e consequências da violência institucional como instrumento de manutenção da exclusão de mulheres dos espaços de poder. Para tanto, visa identificar os fatores determinantes para a ocorrência do fenômeno da violência institucional de gênero sob o escopo da política. Assim, objetiva analisar a construção histórica que resultou na determinação de que à mulher não caberia a tomada de decisões política, de modo a perceber a necropolítica, legitimada pelo Estado, e sua relação com a manutenção das violências de gênero e exclusão das mulheres dos espaços políticos. Ainda, verificar-se-á perpetuação da realidade social de violação de Direitos ao longo dos séculos frente a expressão e representatividade desses sujeitos.

Palavras-chave: Necropolítica; Feminismo; Violência institucional; Política.

Introdução

A pesquisa é fruto da inquietação que reside no gênero como fator determinante para a trajetória de mulheres ao longo dos séculos, o que associa suas vidas à uma perspectiva nefasta do “ser mulher” culturalmente construído.

Isso quer dizer que, puramente em detrimento do determinismo biológico, as mulheres são submetidas a ocupar o lugar do “outro”, daquele que

é limitado, oprimido, calado e submisso ao gênero dominante: o masculino. Nessa perspectiva, encarceradas em tal posição social, o acesso ao poder de mudança de sua realidade é algo quase que inalcançável, o que vem a ser nascedouro de todas as violências englobadas na violência de gênero.

Sendo assim, associando as reflexões das ciências sociais aos saberes da ciência jurídica, com enfoque nas relações de gênero, a presente pesquisa utilizará como referencial teórico o conceito da necropolítica, desenvolvido pelo filósofo Achille Mbembe (2018), de modo a responder a seguinte problemática: como a violência institucional na seara política vem a ser fator determinante na vida de mulheres? Portanto, busca-se, principalmente, desenvolver a relação entre o afastamento das mulheres da seara política e a necropolítica sob a perspectiva jurídica.

Contexto histórico-cultural da violência de gênero

Inicialmente, para que se possa compreender o fenômeno ora investigado, deve-se ter como ponto de partida o desenvolvimento sócio-histórico das discriminações com base no gênero, haja vista que essa dicotomia veio a fomentar desigualdades estruturantes, trazendo, assim, a violência de gênero como elemento fundante das culturas sociais ocidentais.

Tendo isso em vista, sendo o Direito reflexo da sociedade em que é implantado, o ambiente jurídico não está isento de tal configuração misógina. No que diz respeito ao Direito brasileiro, este, em sua tradição, possui uma formação jurídica eurocêntrica e colonial, assim, sem autonomia legislativa e ignorando a diversidade cultural da qual dotava (SIQUEIRA, 2020). Em decorrência disso, o Brasil “nunca foi produtor da sua própria base historiográfica; absorvemos e aplicamos as legislações alienígenas e esperamos, com isso, que todos se comportassem da forma mais retilínea ao previsto no papel” (BRITO, 2020, p. 37).

O apagamento jurídico e social de mulheres e o seu desprovemento de força normativa, seja pela ausência de poder institucional ou pela ausência de leis que lhes resguardem Direitos, não se dá ao acaso. Isso ocorre em detrimento de uma lógica exclusiva de que o poder tem de ser manuseado por poucos. Assim, os ideais misóginos vieram de modo a justificar a marginalização e violação de Direitos das “minorias”, afastando tais grupos do poder para que estes, apesar de atualmente serem maioria numérica no Brasil, permaneçam como minoria no poder de mudança da realidade social (BRITO, 2020, p. 38).

Dito isso, o sexismo passou a ser a justificativa, mantida graças aos esforços da população masculina de elite, branca e, majoritariamente, heterossexual, para que as mulheres fossem vistas como seres inferiores e, portanto, menos dignas de Direitos (SAFFIOTI, 2004). A base legislativa (elaborada exclusivamente por homens) para estabelecer o comportamento feminino passou a ser, especificamente, baseada nos bons costumes, na moralidade e no

decoro, sendo limitante em relação às atribuições femininas (BRITO, 2020, p. 37).

Sob essa ótica, o estabelecimento do feminino como o “segundo sexo” passou a moldar a vida de mulheres por séculos, criando uma dicotomia de gêneros basicamente fundada na divisão de tarefas “naturalmente” atribuídas aos sexos, a qual veio a desaguar na separação entre o público e o privado (SOUSA; GUEDES, 2016, p. 123).

Outrossim, resta claro que a história revela que os homens, provedores, “pertencem” ao espaço público, ou seja, ao mundo produtivo, enquanto as mulheres, cuidadoras, “pertencem” ao espaço privado, o mundo reprodutivo (SOUSA; GUEDES, 2016, p. 123). Assim sendo, deve-se entender que a concentração das mulheres no âmbito privado é uma amarra.

É nessa perspectiva que o contrato social transforma-se em contrato sexual, pois conforme dispõe Carole Pateman (1993, p. 12), “a liberdade civil [dos homens] pressupõe o direito patriarcal”. Sendo assim, apesar da evolução internacional no que diz respeito aos Direitos das mulheres, tal configuração social com base no sexo ainda perdura, haja vista que nos espaços privados as relações de poder que refletem a sujeição de mulheres continuam a ser a regra, o que vem a destoar dos valores igualitários institucionalizados na esfera pública (BIROLI, 2018, p. 10).

Nesse sentido, é indispensável colocar a fonte de produção e reprodução de tais ideais: a socialização e a educação. Judith Butler (2010, p. 25) coloca que se os corpos são “recipientes passivos de uma lei cultural inexorável”, o gênero é compreendido como algo “tão determinado e fixo quanto na formulação de que a biologia é o destino”, tornando a cultura fator determinante para o destino das trajetórias de mulheres, simplesmente por serem mulheres.

Sendo assim, resta evidente que a violência de gênero é elemento determinante e determinado na trajetória das mulheres, de modo a moldar toda a sua vida, delimitando seus espaços, suas condutas e suas oportunidades. Como se isso por si só não bastasse, é imprescindível destacar na presente análise que apesar de o gênero representar uma fonte de opressão comum às mulheres, algumas ainda são vitimadas por outros marcadores sociais, como raça e classe, o que insere as mulheres, distintas entre si, em espaços sociais divergentes (CRENSHAW, 1989).

Estado e direito: a violência institucional contra as mulheres

Dada a análise cronológica posta em supra, é possível verificar que o Estado funcionou como um dos principais instrumentos de legitimação para a violência de gênero que permeava - e ainda permeia - o contexto social. Isso quer dizer que, em uma perspectiva antidemocrática, com fulcro na perpetuação das concentrações de poder, o Estado foi colaborador direto para a imposição de vulnerabilidades às mulheres (BRITO, 2020, p. 37).

Ateste-se que apesar de ser notável a evolução sócio-jurídica no que tan-

ge aos Direitos das mulheres, ao mesmo tempo em que as sociedades caminham em direção a ideais isonômicos, algumas amarras são feitas para manutenção do império patriarcal. No século XVIII, Mary Wollstonecraft (2016, p. 19) já conseguia perceber a hipocrisia dos ideais libertários iluministas, pois enquanto lutavam pela liberdade dos homens, subjugavam as mulheres e negavam-lhes Direitos civis e políticos.

Pelo exposto, deve-se considerar que apesar de a isonomia entre homens e mulheres estar assegurada no art. 5º, I da Constituição Federal brasileira, a realidade prática é muito distante disso. Como na teoria isso é base fundante para a organização não apenas jurídica, mas também de Estado, é extremamente preocupante a distinção entre realidade e prática, bem como as formas de impactos na efetividade dos Direitos das mulheres, dentre outros grupos prejudicados (BIROLI, 2018, p. 10).

Deve-se analisar o presente tema tendo em mente o preceito que o Estado é o órgão central de controle social, o que quer dizer que tal órgão detém o poder sobre as dinâmicas que permeiam a sociedade, bem como a violência de gênero. Nesse viés, teoricamente, o Estado Democrático de Direito comprometeu-se com a agenda de eliminação da violência contra as mulheres e desconcentração de poder, de modo a equilibrar a balança social (SILVA, 2020, p. 48).

Ocorre que apesar de o Estado ser fundado na dissolução do poder político em meio aos cidadãos, isso vai diretamente de encontro com as concentrações de poder vigentes, formadas pelo capitalismo e pelo patriarcalismo. Idealmente, não caberiam distinções no acesso ao poder político, em prol da democracia, contudo, é evidente que, em uma lógica interseccional, mulheres e homens encontram-se em posições sociais distintas (BIROLI, 2018, p. 10).

Dessa forma, a problemática reside na validação da violência por parte das instituições públicas, desde as bases fundantes das relações políticas até a forma de exercício do poder regulador do Estado através do Direito. Heleieth Saffioti (1994) coloca que o Estado deve ser compreendido sob a perspectiva da rede de poder, ou seja, o espaço público e o privado se interceptam e refletem um ao outro, sendo inseparáveis, motivo pelo qual o patriarcado é indissociável da liberdade civil.

Portanto, a conduta omissiva do Estado no que tange a proteção e a garantia da efetividade dos Direitos das mulheres consiste em uma agressão à elas. Necessária elucidar, nesse sentido, que dada a existência de opressões cruzadas que são determinantes nas trajetórias femininas, é necessário um atendimento específico em relação às suas distintas demandas, de modo a haver a prestação de um serviço que mitigue a vulnerabilidade dessas mulheres (CRENSHAW, 1989); (CHAI; SANTOS; CHAVES, 2018, p. 647).

Nessa perspectiva, entende-se a violência institucional como sendo aquela que é praticada por ação ou omissão das instituições, perpetradas pelos agentes que deveriam garantir uma atenção humanizada, preventiva e reparadora de danos (TAQUETTE apud CHAI; SANTOS; CHAVES, 2018, p.

647).

Em tais moldes sociais, onde há a separação entre o público e o privado com base no gênero, como pode “o segundo sexo” ter seus Direitos plenamente garantidos? Nota-se que a sociedade atual é fundada em um afastamento das mulheres do que lhes pode prover autonomia e insurreição ao patriarcalismo através do instrumento da divisão sexual do trabalho, o qual coloca em pauta a efetividade de seus Direitos, principalmente no período após o advento da Constituição Federal de 1988.

Violência institucional na seara política e a crítica à democracia que dela emerge

Nessa perspectiva, deve-se considerar que um dos principais e mais evidentes resultados do afastamento das mulheres dos espaços públicos e do comprometimento da efetividade de seus Direitos é o afastamento desses sujeitos de cargos políticos e, conseqüentemente, da possibilidade de mudança de paradigma.

De maneira primordial, a dualidade entre os sexos é uma concepção apreendida pelos seres humanos desde a infância. Desse modo, seja no seio privado de seus lares ou mediante o convívio social, desde crianças os indivíduos são invadidos com o senso comum produto dos pensamentos predominantes da civilização, pois “enquanto existe para si, a criança não pode apreender-se como sexualmente diferenciada”, contudo, “a intervenção de outrem na vida da criança é quase original e desde seus primeiros anos sua vocação lhe é imperiosamente insuflada” (BEAUVOIR, 2019, p. 12).

Nessa perspectiva, segundo António Brandão Moniz (1982, p. 02) isso se dá, pois:

Do modo como a sociedade moderna está organizada, independente das diferenças do seu sistema político, jurídico ou ideológico dominante, a maioria dos cidadãos ou atores sociais não consegue compreender ou conhecer os fundamentos e o fundamento da sociedade no seu conjunto. E isto acontece porque cada indivíduo apenas se pode realizar dimensionalmente no seio de sua função que lhe foi atribuída ou que lhe pode ser atribuída socialmente.

Sob essa ótica, os papéis sociais atribuídos aos gêneros são o que vem a resultar na separação entre a esfera pública e a esfera privada, limitando os espaços de atuação do sexo feminino. Esse fenômeno origina, *a priori*, a divisão sexual do trabalho, impondo uma dualidade social com base nas segregações de gênero, tendo por base a naturalização da exploração feminina (BIROLI; MIGUEL, 2015, p. 05).

Por sua vez, a divisão sexual do trabalho é uma forma de manutenção dos sujeitos femininos em espaços socialmente marginalizados, através de seu distanciamento do principal instrumento social que lhes possibilita autonomia

econômica: o trabalho assalariado. Nessa perspectiva, é base fundante para que as hierarquias de gênero venham a permear a sociedade contemporânea, pois, por meio de opressões cruzadas, forma o “ser mulher” como produção da mediação social, além de provocar a cisão entre o público e o privado, com restrições baseadas no sexo (BEAUVOIR, 2019, p. 11).

Ademais, ressalte-se que isso vem a desaguar no afastamento das mulheres do poder político, haja vista a visão desses cargos como “naturalmente masculinos”. Isso ocorre pois foram impostos filtros para a participação feminina no meio social, já que o que é considerado feminino ainda nos dias de hoje restringe a mulher a um espaço delimitado de possibilidades e funções sociais.

De acordo com Flávia Biroli (2018, p. 13), entre as manifestações da segregação de gênero no mercado de trabalho está a segregação hierárquica, o que vem a fundar fenômenos que limitam mulheres em determinados espaços, como o “teto de vidro”. Para Meyerson e Fletcher (2000, p. 136), as barreiras são estruturais, pois “não é o teto que está segurando o progresso das mulheres, é toda a estrutura das organizações em que trabalhamos: o alicerce, as vigas, as paredes, o próprio ar”. As barreiras não estão só no topo, mas em toda a trajetória da carreira feminina.

No que tange especificamente aos espaços políticos, pesquisas mostram que:

A baixa proporção de mulheres nas esferas do poder político é uma realidade constatada ainda hoje em quase todos os países do mundo. De acordo com os dados da Inter-Parliamentary Union, atualizados em julho de 2013, as mulheres ocupam, em média, 21,3% das cadeiras nos parlamentos nacionais. Em apenas 26 dos 187 países sobre os quais há dados, elas respondem por um terço ou mais das vagas. O único país em que as mulheres são mais numerosas do que os homens no parlamento é Ruanda, o que é efeito tanto de uma lei de reserva de vagas quanto do esvaziamento da elite política masculina após o genocídio de 1994 e os julgamentos que se seguiram a ele. O Brasil, com menos de 9% de mulheres na Câmara dos Deputados, está entre os piores colocados no ranking internacional, atrás de 154 países. Desde que o acompanhamento começou a ser feito, em 1997, há uma tendência de ampliação da presença feminina nos parlamentos do mundo, mas em velocidade reduzida, com um aumento médio de meio ponto percentual por ano (MIGUEL, 2014, p. 59).

Sendo assim, a inclusão de mulheres nos espaços políticos de forma crescente seria uma séria ameaça à lógica patriarcal, vez que mulheres teriam acesso a meios que tem o potencial de desfazer as amarras patriarcais impostas a elas, pois:

A entrada, nestes espaços, de personas, de grupos que forjaram lugar no espaço público justamente desafiando esta ordem hierárquica é freada de todas as maneiras. Este espaço de poder tem mostrado

uma grande capacidade de conversão de novos membros à sua dinâmica de reprodução de desigualdade, na apropriação, por exemplo, dos bens públicos. Para ter este êxito, deve limitar o acesso aos novos membros. Ao próprio feminismo foi dado um lugar neste arranjo de dominação. As mulheres feministas podem falar algumas coisas e não outras. As mulheres não-feministas terão poderes outros, porque não-feministas (PINTO, 2010, p. 20).

Ademais, mesmo que mulheres sejam de fato inseridas nos espaços políticos, isso não quer dizer, necessariamente, que elas adotaram uma agenda feminista que põe em pauta interesses das mulheres, para mudança de suas realidades. Pelo contrário, isso gera apenas uma “política de presença”, o que torna-se evidentemente mais atrativo socialmente quando da candidatura de mulheres do que propostas realmente voltadas à eliminação das desigualdades estruturantes (PHILLIPS, 1996, p. 146).

Nesse sentido, apesar de as relações de gênero sofrerem transformações em diversos âmbitos, mudando os sentidos do feminino e do masculino, ainda não existe igualdade dentro de ambientes como o universo familiar, nas relações de trabalho ou na política. Diante disso, o movimento feminista, entre outros, têm sido capazes de impor suas pautas ao debate público, ampliando as controvérsias onde antes eram predominantes o silêncio e naturalização (BIROLI, 2018, p. 214).

De homens para homens: produção e aplicação das leis baseada na perspectiva masculina

Analisando historicamente as conquistas femininas na luta contra a violência, é necessário um aprofundamento para que seja possível elucidar a origem de um problema que se faz repetidamente presente na trajetória das mulheres ao longo da história. Reitere-se, sob essa ótica, a falta de representatividade e participação feminina no exercício político-legislativo como sendo uma das principais fontes que vem a desaguar na violência institucional e de gênero, de forma geral.

Ora, entendendo que a diminuta participação feminina em atos decisórios é o ponto inicial da desigualdade prática entre os gêneros, pode-se visualizar que, ao longo dos séculos, a necessidade de rebaixar a mulher à posições de subordinação é refletida não apenas no ambiente do lar, mas de forma macro, ou seja, nos postos de tomadas de decisões (SAFFIOTI, 1994).

Diante disso, em observância a uma necessidade de manutenção dos usos e costumes retrógrados enraizados na sociedade, embora não se comunique das explicações baseadas na lógica ou complementaridade, na perspectiva da falocracia, a mulher é um ser complementar ao homem, desempenhando os papéis sociais por ele recusados para si próprio, devendo atingir, no máximo, a penumbra, quando não consegue limitar-se à sombra (SAFFIOTI; ALMEIDA apud CHAI; SANTOS; CHAVES, 2018, p. 643).

Nesse contexto, temos a definição de gênero dentro de um contexto relacionado aos símbolos culturais e relações de poder, ressaltado como uma construção social e associado à maneira que são distribuídos os papéis sociais dos homens e mulheres. Dessa forma, ao determinar certas posições como sendo inerentes aos homens e interditando-os às mulheres, a sociedade desenvolve formas de exclusão que se concretizam em processos que marcam profundamente a cidadania feminina, de modo que os seus reflexos são demonstrados de forma clara na desigualdade de representação em praticamente todos os espaços de decisão e poder nos âmbitos do Executivo, Legislativo e Judiciário (FERREIRA, 2004, p. 3).

Destarte, ao discutir democracia, não é possível ignorar as contradições que ainda persistem em decorrência das grandes desigualdades que assolam a relação das mulheres com as posições de poder. Sob essa ótica, as desigualdades evidenciadas retratam a existência de modelos políticos que são presidiados por organizações hierárquicas, responsáveis por propagar uma cultura de exclusão profundamente enraizada, marcada predominantemente por critérios de classe, raça e gênero (FERREIRA, 2004, p. 2).

Nessa perspectiva, partindo do pressuposto de que onde está a sociedade está o Direito, observou-se que a lenta subida feminina para o reconhecimento jurídico de igualdade se deu de modo sofrido, dependendo de várias gerações de combatentes as quais desafiaram as convenções sociais para que pudessem proporcionar um melhor futuro para as mulheres que ainda integrariam o meio social.

Dessa forma, tendo consciência de que as leis eram feitas por homens e para homens, sendo a política atualizada como um espaço masculino, com a história do espaço público e das instituições políticas modernas desenvolvidas a partir da acomodação do ideal de universalidade à exclusão e marginalização de mulheres e de outros grupos subalternizados, faz-se possível sustentar que os obstáculos materiais, institucionais e simbólicos erguem barreiras que dificultam a atuação das mulheres e alimentam a sua exclusão de postos de tomadas de decisões sobre suas próprias vidas (BIROLI, 2018, p. 179).

Diante disto, entende-se que a partir da visão plural e diversificada da teoria política feminista, deve-se investigar a organização da sociedade a partir das hierarquias de gênero, evidenciando os limites das instituições vigentes, que, apesar das suas pretensões democráticas e igualitárias, tomam como naturais a reprodução de assimetrias e relações de dominação (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 5).

Isto posto, compreendendo os representantes políticos como aqueles que atuam em nome do povo, observa-se que mesmo as mulheres que ocupam cargos no Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário seguem dando suas vozes para representantes masculinos, os quais estarão dispostos como responsáveis por estabelecer como são criados e interpretados os Direitos femininos, o que gera lacunas legais, morosidade na produção legislativa e até mesmo descaso no momento da aplicação das leis as quais, teoricamente, pro-

tegem as mulheres brasileiras.

No mesmo sentido, em relação à criação, desenvolvimento e aplicação de políticas públicas relacionadas à mulheres em situações de vulnerabilidade, observa-se um problema relacionado à falta de empatia que os responsáveis por tais políticas públicas não conseguem auferir. Observa-se que não há compreensão acerca da vulnerabilidade inerente à condição de ser mulher, a qual existe não porque se coaduna com a premissa do “sexo frágil”, mas porque o Estado e a sociedade ainda não compreendem a dívida histórica de reparação que possuem quanto às mulheres brasileiras.

Assim, importância desse viés analítico no sistema jurídico-normativo traz a possibilidade de inclusão da mulher enquanto pessoa, uma vez que compreende as motivações histórico-jurídicas para essa marginalização, possibilitando a inserção da mulher na produção e direcionamento de legislações necessárias, espaços formais de trabalho, decisões judiciais, entre outras formas de interferência quanto ao funcionamento do meio social em que vive (BRITO, 2020, p. 54).

Necropolítica e a falta de representatividade feminina na política

Entendendo a necropolítica como sendo a postura estatal de fazer viver e deixar morrer (MBEMBE, 2018). Nesse sentido, diante da carga histórica do Estado Democrático de Direito e considerando a perspectiva de gênero diferenciada para homens e mulheres na construção da cidadania e nas instituições democráticas do Estado, observa-se que houve uma exclusão quanto à participação feminina do status de cidadania, de modo que os espaços de decisão política têm sido majoritariamente ocupados por homens (ROCHA; SANTOS, 2021, p. 62).

Sob essa ótica, a baixa representatividade feminina é um sintoma crônico da desigualdade de gênero que colabora para que milhares de mulheres ainda se encontrem em posição de vulnerabilidade, enfrentando uma multiplicidade de violências contra as quais não têm amparo e morrendo puramente em decorrência do fato que as leis são feitas de homens para homens (ROCHA; SANTOS, 2021, p. 62).

Nessa perspectiva, observa-se que as políticas públicas efetuadas para colocar em prática os Direitos femininos não alcançam efetividade plena justamente pela falta de representatividade feminina no corpo de organização destes projetos, faltando a participação de indivíduos que tenham a capacidade de enxergar as pessoas (mulheres) que estão por trás dos dados coletados em pesquisa para a efetivação destas políticas públicas.

Logo, o ordenamento jurídico brasileiro é masculino, condicionado em seu conteúdo por interesses e modo de sentir masculinos, sendo a sua interpretação e aplicação também masculinas, objetivando a exclusão das mulheres também para o futuro, da participação ativa na jurisdição (RADBRUCH apud CHAI; SANTOS; CHAVES, 2018, p. 647).

Com isso, retorna-se ao ponto da empatia, pois a falta de consciência social acerca dos inúmeros problemas que afetam a vida das mulheres brasileiras é um fator impeditivo que resulta no subdesenvolvimento de Direitos na realidade prática. Portanto, entende-se o que tais mulheres vivenciam como sendo natural, compreendendo que basta que a Constituição Federal de 1988 prever a igualdade formal. Todavia, na verdade, a subsunção da norma não pode ser considerada plena, tampouco a presença de uma igualdade material.

Com relação à necropolítica, levando em consideração a definição fatal de construção de posturas estatais que definem vida e morte, é possível considerar que as leis e políticas públicas que foram produzidas até agora, atuam de modo a determinar a qualidade de vida (ou a falta dela) das mulheres. Dessa forma, a vivência da violência no âmbito doméstico, estrutural, sexual, trabalhista e, em alguns casos, de raça e de classe, a condicionam à espaços sociais de marginalização (CRENSHAW, 1989).

Ora, se for considerada a aplicabilidade da Lei Maria da Penha na pandemia do Covid-19, por exemplo, percebe-se uma redução considerável na quantidade de denúncias, mas um aumento assustador na quantidade de vítimas. Isso porque as mulheres em cenário de vulnerabilidade, encontram-se presas em seus lares com seus agressores, com a mais diminuta possibilidade de escape (SESP, 2021).

Dessa forma, infere-se que deveria ter existido uma ação direcionada do Estado para proteger essas mulheres, já que sua omissão é nascedouro de violência. No caso posto em supra, observou-se o quão agressiva tornou-se a conduta omissa do Poder Público, não bastando apenas uma norma para a efetiva mitigação da violência, mas também diversas medidas associadas a ela para que, de fato, esta se manifeste na realidade prática (SESP, 2021).

Por isso, ao observar a representatividade feminina na política, é preciso entender que isso se dá em detrimento de uma lógica exclusiva, vez que os espaços de poder são predominantemente masculinos (BIROLI, 2018, p. 12).

Ainda, há o que se falar quanto aos interesses que as mulheres eleitas representam, sendo esta a maior dificuldade da pauta feminista na tentativa de emplacar avanços. Isso se dá pois ainda não se observa o avanço da justiça e da democracia na mitigação da violência de gênero. Sendo assim, é preciso que a “política de presença” seja mitigada, para que mulheres tenham mais espaço e voz para defender suas pautas (ROCHA; SANTOS, 2021, p. 62).

Não apenas isso, tendo em vista que as mulheres têm seus pleitos ignorados pelos seus colegas legisladores, mesmo quando pleiteiam a igualdade de gênero já assegurada no campo jurídico, a maior eleição de mulheres com uma agenda comprometida com a mitigação da violência de gênero se faz cada vez mais necessária (PHILLIPS, 1996, p. 146).

Destaca-se, ainda, que mesmo com o aumento numérico das mulheres compondo bancadas políticas, a sua representatividade material ainda se encontra comprometida em vários aspectos. Não apenas porque dentro da quantidade de mulheres que atuam politicamente ainda há uma separação

quanto à raça, orientação sexual e classe social, mas também pelo seu ínfimo poder representativo frente à maioria masculina presente nas Casas Legislativas.

Assim, tendo em vista a limitação ainda existente quanto a possibilidade de mulheres construírem políticas públicas e leis com aplicabilidade que vise a melhoria da qualidade de vida, segurança e condição de igualdade material de mulheres, torna-se imprescindível que se busque a inclusão para que a mulher saia do segundo lugar que a ela é imposto e encontre um cenário fértil para contribuir socialmente de modo a assegurar ao feminino respeito, equidade e efetividade de Direitos, encerrando o ciclo de necropolíticas as quais decidem indiretamente por cercear a vida de inúmeras mulheres.

Conclusão

Diante do exposto, ao entender a política como um espaço em que as pessoas têm a capacidade de transformação da realidade social, não teria um homem o conhecimento, visão ou vivência necessária para pensar políticas públicas voltadas às mulheres, tampouco, transformar sua realidade.

Dessa forma, compreendeu-se que a mulher nunca teve a oportunidade plena de impor suas necessidades sociais da mesma forma que os homens, principalmente em função do seu cerceamento dos espaços públicos.

Com isso, analisando o Direito e a política brasileira e levando em consideração sua origem lusitana, evidencia-se que a mulher transita na sociedade como apenas um ser existente, mas nunca permitida a ser dona de si, presa em uma sobrevida a qual era limitada às conveniências masculinas.

Nessa perspectiva, ao encararmos as várias ramificações que envolvem a falta de representatividade, é possível perceber o quão excludente são as posições sociais que, de fato, podem realizar mudanças materiais na realidade das mulheres brasileiras. Isso se dá pois além da problemática do afastamento das mulheres da política, há, também, interseccionalidades que incidem e agregam a violência de gênero, como o racismo e o elitismo. Consequentemente, para além do problema da falta de representação feminina, ainda é necessário destacar que mulheres mais marginalizadas pelas situações de raça e classe são ainda mais prejudicadas.

Sendo assim, conclui-se que exatamente pelo fato de o Poder Legislativo ser majoritariamente composto e imposto por uma elite de homens brancos, as normas e políticas públicas relacionadas às diversas violências sofridas por mulheres são escassas e, quando existentes, ineficientes. Portanto, essa conduta institucional molda as trajetórias femininas às margens da sociedade, sob à luz da necropolítica.

Referências

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades:** limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRITO, Lorena Medeiros Toscano de. **A violência institucionalizada e discriminação de gênero nos espaços de poder:** o papel do direito para emancipação feminina. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. 97 p.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero:** Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CHAI, Cássius Guimarães; SANTOS, Jéssica Pereira dos; CHAVES, Denisson Gonçalves. VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CONTRA A MULHER: o poder judiciário, de pretensão protetora a efetivo agressor. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, [S.L.], v. 13, n. 2, p. 640, 30 ago. 2018. Universidad Federal de Santa Maria. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369429538>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538>. Acesso em: 11 out. 2021.

CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. **University of Chicago Legal Forum**, Chicago, v. 1989, i. 1, p. 139-167, 1989.

FERREIRA, Maria Mary. **Representação feminina e construção da democracia no Brasil**. Coimbra: CES, 2004. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel29/MaryFerreira.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política:** uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MONIZ, António Brandão. Da divisão social do trabalho: uma abordagem sociológica. **Revista da Universidade dos Açores**, Ponta Delgada, n. 4, p. 23-48, janeiro. 1982.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1993.

PALAR, Juliana Vargas; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. O Direito como instrumento contra a opressão feminina. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 9, n. 2, p. 721-748, jun. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/25258>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/x5trC5QHT-qMpVsDSm9h5bfc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 ago. 2021.

PHILLIPS, A. 1996. **Dealing with Difference:** A Politics of Ideas, or a Politics of Presence? In: BENHABIB, S. (ed). *Democracy and Difference*. Princeton: Princeton University.

PINTO, Celi Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, junho. 2010.

ROCHA, Jéssica Maria de Lima; ROCHA, Jéssica Maria de Lima. A PRESENÇA FEMININA NA POLÍTICA BRASILEIRA: uma reflexão atual sobre paridade, feminismo institucional e violência política de gênero. In: TOMAZONI, Larissa Ribeiro; PRATA, Marcela; ABIKO, Paula (org.). **MULHERES E O DIREITO:** um chamado à real visibilidade: volume 2. 2. ed. Curitiba: Editora Sala de Aula Criminal, 2021. Cap. 4. p. 60-79. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/>

uploads/7/7/5/0/77502586/mulheres_e_o_direito_vol._2.pdf#page=61. Acesso em: 11 out. 2021.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAFFIOTI, H. I. B. Violência de Gênero no Brasil Atual. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/in-dex.php/ref/arti-view/16177/14728>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

SILVA, Débora Alexia Coelho. **Violência institucional contra a mulher**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Goiás, Goiás, 2020.

SIQUEIRA, Mariana de. Constitucionalismo feminista. In: **Seminário de estudos articulados Semear Constitucional**, 2020.

SOUSA, Luana Passos de; GUEDES, Dyego Rocha. A desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. **Estudos avançados**, São Paulo, v.30 n.87, p. 123-139, maio/ago. 2016.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Redução de registros de violência doméstica e aumento de morte de mulheres são reflexos da pandemia**, 2021. Disponível em: <http://www.sesp.mt.gov.br/-/17786188-reducao-de-registros-de-violencia-domestica-e-aumento-de-morte-de-mulheres-sao-reflexos-da-pandemia>. Acesso em: 22 out. 2021.

AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: OS EFEITOS FRENTE A AUTONOMIA DA VONTADE DA VÍTIMA

Laura Beatriz Rebellato Drumond

Resumo:

A pesquisa tem por objeto os efeitos da modificação da natureza da ação penal nos crimes sexuais, sancionada pela lei 13.718/18, relevante para discutir a autonomia da vontade das vítimas. A ação penal nesses crimes passou a ser pública incondicionada, sendo o Ministério Público detentor da ação e obrigado a ajuizá-la independente de quaisquer condições. O legislador intencionou aumentar a proteção da vítima, porém, sua autonomia da vontade foi excluída. É questionado os princípios constitucionais da autonomia da vontade e da privacidade, discutidas as razões pelas quais as vítimas não denunciam seu agressor, e por fim, são abordadas as consequências para as mulheres diante da mudança da ação penal. A metodologia utilizada se deu com o estudo de doutrinas, legislação, levantamento de dados e análise de gráficos. Conclui-se com a pesquisa que o Estado adotou uma postura jurídico paternalista, esquecendo dos efeitos do crime e os do próprio processo para as vítimas.

Palavras-chave: Ação penal; Autonomia da vontade; Mulheres; Crimes sexuais.

Introdução

No Estado Democrático de Direito, ação é o direito de provocar o exercício da atividade jurisdicional do Estado. A ação penal é o instrumento usado para processar judicialmente um indivíduo pela prática de uma infração penal. É um direito incontroverso, legitimado na Constituição Federal Brasileira de 1988, de invocar a atuação do órgão jurisdicional e postular a resolução da pretensão acusatória contra determinada pessoa, através da narração de um fato aparentemente delituoso com indícios de autoria e materialidade. Preceitua Lopes (2020, p. 91), “[...] é um poder político constitucional de acudir aos tribunais para formular a pretensão acusatória”.

A ação penal tem por natureza jurídica o caráter público, autônomo

e abstrato. É um direito público, pois é estabelecida entre o particular e o Estado. É um direito autônomo e abstrato, pois não depende da relação jurídica de direito material, entretanto é instrumentalmente conexo ao caso penal, demonstrando o *fumus commissi delicti*, os indícios de autoria e materialidade de um fato típico, ilícito e culpável. Conclui Lopes (2020, p. 91), “[...] a ação é um direito dos que têm razão e também dos que não a têm. Haverá ação ainda que, ao final, o réu seja absolvido (abstração e autonomia)”.

O Código Penal Brasileiro qualificou no artigo 100 as ações penais, estabelecendo que em regra, a ação penal é pública, e por exceção, a ação penal é privativa do ofendido quando a lei expressamente indicar. No § 1.º, fixou a subdivisão das ações públicas, indicando na primeira parte a ação penal pública incondicionada, e na segunda parte, a ação penal pública condicionada a representação. No § 2.º, classificou a ação penal privada. Vejamos:

“Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.” (BRASIL, 1940)

Portanto, a ação penal pública incondicionada é promovida pelo Ministério Público independente da autorização da parte ofendida ou de outro órgão estatal. O Ministério Público preside a ação e, uma vez preenchidos os indícios de autoria e materialidade, é obrigado a processar sem quaisquer condições. Já a ação penal pública condicionada, também promovida pelo Ministério Público, depende necessariamente da autorização do ofendido ou do Ministro da Justiça para oferecer a denúncia. Diferentemente da ação penal privada, em que somente o ofendido ou seu representante legal poderão exercer a pretensão acusatória, sendo interposta pela vítima através de um advogado investido de poderes para postular em juízo, procedendo mediante a queixa-crime.

Para saber quem tem a legitimidade ativa para a propositura da ação penal, deve-se analisar no Código Penal o delito supostamente praticado, verificando o tipo penal nele inserido, como também todo o “Capítulo” e o “Título” no qual está inserido a descrição típica. Por exemplo, o Art. 145 do Código Penal Brasileiro: Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal. (BRASIL, 1940)

Evolução da ação penal nos crimes sexuais

Com a criação do Código Penal Brasileiro, em 1940, ao tipificar os cri-

mes sexuais, denominados crimes contra os costumes, o legislador legitimou que a ação penal seria privada, procedendo-se mediante a queixa da vítima. Todavia, abriu duas exceções na antiga redação do parágrafo primeiro do artigo 225 para a ação penal ser pública. A primeira exceção era quando a vítima ou seus pais não podiam prover as despesas processuais, e então a ação seria pública condicionada a representação. A segunda exceção era no caso do cometimento do crime com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, e a ação penal seria pública incondicionada.

Deve-se ressaltar que a queixa-crime é feita por um advogado contratado pela vítima, possui prazo decadencial de seis meses contados a partir do conhecimento do autor do fato e a não propositura dentro desse período leva à extinção da punibilidade pela decadência. Desta forma, além da vítima ter que arcar com todas as despesas processuais, ainda tinha um prazo para propor a ação, resultando em uma desmotivação para buscar a justiça.

Em 1984, o Supremo Tribunal Federal emitiu a Súmula 608, com a seguinte redação: *“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”*. Então havendo lesão à vítima, era desnecessária sua representação para dar início ao processo.

Em 7 de agosto de 2009, foi publicada a Lei 12.015, sendo relevante tanto para a proteção da dignidade sexual, quanto para a privacidade e autonomia da vítima. De tal modo, alterou a nomenclatura dos Crimes Contra os Costumes para Crimes Contra a Dignidade Sexual, e em seguida, o tipo de ação penal nesses crimes. A ação penal que anteriormente era privada, passou a ser pública condicionada à representação da vítima, tendo apenas a hipótese legal para o cabimento de ação penal pública incondicionada quando a vítima fosse menor de 18 anos ou vulnerável.

Mesmo com a mudança do tipo de ação penal trazida pela Lei 12.015, sendo transferida a legitimidade ativa desta para o Ministério Público, a vítima ainda tinha o direito de representação, dependendo de sua autorização manifesta para o ajuizamento ação.

Comparando o código de 1940 com a Lei 12.015, o foco da proteção deixa de ser a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente em sociedade, para ser a tutela da dignidade sexual, que é uma das espécies do gênero dignidade humana (GRECO, 2013).

Em 24 de setembro de 2018, a Lei 13.718/18, alterou a natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, tornando-a pública incondicionada, sendo irrelevante para tal, *a idade da vítima, sua vulnerabilidade ou se o crime for praticado com ou sem violência real*. O Ministério Público passou a ser o detentor da ação e está obrigado a ajuizá-la independente de quaisquer condições, dentre elas, a vontade da própria vítima em processar seu agressor. Tal lei vigente até hoje.

O Princípio da autonomia da vontade e da privacidade

Autonomia é definida como a capacidade do indivíduo em gerir sua própria vida, através de seus próprios meios, vontades ou princípios, decorrente do livre-arbítrio para tomar suas próprias decisões. O filósofo Immanuel Kant conceituou a autonomia, bem como reconheceu seu princípio:

“[...] A autonomia é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo que as máximas da escolha estejam incluídas, simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.” (1994, p. 85)

Em síntese, a autonomia compõe a dignidade da natureza humana e de toda natureza racional, e a liberdade é a chave da autonomia da vontade.

Para os professores Luís Roberto Barroso e Letícia Martel (2012, p. 18), a dignidade como autonomia “[...] é a visão que serve de fundamento e justificação para os direitos humanos e fundamentais.”

Na Constituição da República Federativa (Brasil, 1988), o princípio da dignidade humana previsto no art. 1º; III, é um dos princípios fundamentais do Estado, e nele está implícito o princípio da autonomia da vontade individual. Logo, é passível considerar o resguardo jurídico-constitucional da autonomia da vontade através da garantia da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a pessoa capaz tem o direito de se autodeterminar, de tomar suas próprias decisões, desenvolver sua personalidade, seus valores morais, sua religião, seu modo de viver, realizando essas escolhas de forma livre, conciliado com o mesmo direito das outras pessoas na sociedade, e com os valores e as normas do Estado Democrático de Direito.

Outro princípio decorrente do princípio da dignidade humana é o princípio da inviolabilidade à privacidade. Está previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, dispondo que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. É um direito fundamental, inerente a toda pessoa humana. Sintetiza Almeida (2017, p. 198):

São atributos da dignidade humana, os seguintes: a) respeito à autonomia da vontade, b) não coisificação do ser humano, c) garantia do mínimo existencial e d) respeito à integridade física e moral. Esses atributos estão ligados pela noção básica de respeito ao outro, que sintetiza todo o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada no Brasil pelo Decreto 678 de 1992, prevê a Proteção da honra e da dignidade em seu artigo 11:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (BRASIL, 1992)

Portanto, a dignidade da pessoa humana é fundamento essencial do Estado Democrático de Direito brasileiro que se perfaz pela efetivação dos vários direitos consagrados na Constituição, sendo que a “dignidade da pessoa humana é o fim supremo de todo o direito.” (SILVA NETO, 2013, p. 252). Englobando assim o direito de Ação, já definido anteriormente e assegurado para qualquer cidadão que tenha interesse em solucionar uma pretensão.

No direito penal a pretensão é acusatória, sendo separadas as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a partes distintas com igualdade de condições na relação processual. A propositura da ação penal pública é iniciada apenas quando o legitimado deduzir a pretensão punitiva em juízo, devendo o juiz dar impulso oficial na condução do processo. Já nas ações penais privadas e nas ações penais públicas condicionadas a representação, o indivíduo maior e capaz decide se deseja ou não exercer esse direito autônomo e privado.

Ao alterar a titularidade ação penal nos crimes contra a liberdade e dignidade sexual, o legislador tolheu da vítima maior e capaz seu direito de dar início ou não à persecução criminal, atingindo desta forma os princípios fundamentais constitucionais da autonomia da vontade e da privacidade.

Considerações sobre a violência sexual

A violência sexual pode ser definida como todo ato sexual, tentativa de consumir um ato sexual ou insinuações sexuais indesejadas; ou ainda, ações para comercializar ou usar de qualquer outro modo a sexualidade de uma pessoa por meio da coerção por outra pessoa, independentemente da relação desta com a vítima, em qualquer âmbito, incluindo o lar e o local de trabalho. (OMS, 2018)

Tais condutas são tipificadas no código penal brasileiro nos crimes contra a dignidade e liberdade sexual, como por exemplo o estupro; a violação sexual mediante fraude; a importunação sexual; o assédio sexual; e o registro não autorizado da intimidade sexual. (BRASIL. 1940)

De acordo com a primeira pesquisa a traçar um perfil dos casos de estupro no país, a *nota técnica do Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde* (Ipea, 2014) a partir de informações coletadas em 2011 pelo Sistema de Informações de Agravos de Notificação do Ministério da Saúde (Sinan), esti-

mou que no mínimo 527 mil pessoas são estupradas por ano no Brasil e que, destes casos, apenas 10% chegam ao conhecimento da polícia.

Em 2018, o Atlas da Violência (Ipea/FBSP) fez uma análise sobre a violência sexual contra meninas e mulheres, e ao comparar os dados registrados pelas polícias nos estados brasileiros e no Sistema Único de Saúde, alertou que as “[...] as informações possuem uma grande subnotificação e não dão conta da dimensão do problema.”

Com base em pesquisas e tendo em vista o tabu engendrado pela ideologia patriarcal, que faz com que as vítimas, em sua grande maioria, não reportem a qualquer autoridade o crime sofrido, o estudo considera que 85% a 90% dos casos de violência sexual não são reportados.

Em 2019, o infográfico “Violência em números”, do 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, registrou que 81,8% das vítimas de violência sexual são do sexo feminino, e a Pesquisa Nacional da Saúde de 2019 divulgada em maio de 2021 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em parceria com o Ministério da Saúde revelou que 1,2 milhão de pessoas sofreram violência sexual nos 12 meses anteriores à entrevista, dos quais 885 mil (73%) eram mulheres e 332 mil (27%), homens.

Os dados acima revelam um cenário de desigualdade de gênero em que as mulheres, mesmo tendo sua dignidade sexual violada, optam por se calarem e conviverem com as consequências psicológicas e físicas dessa violência.

As razões pelas quais as vítimas não denunciam seu agressor, preferindo suportar a impunibilidade deste são diversas, porém predominam dentre elas a falta de apoio, a vergonha, o sentimento de culpa, o medo de serem socialmente marginalizadas, humilhadas e discriminadas, o receio de não serem acreditadas, além de terem que reviver essa situação traumática no decorrer do processo judicial.

Para Bitencourt (2018, p. 44): “[...] nada é mais indigno, mais humilhante, mais destruidor do ser humano que a violência sexual, causando profundos traumas em suas vítimas que, por vezes, não conseguem superá-los.”

Considerações finais

Com a promulgação da lei 13.718/18, alterou-se a titularidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual passando a ser pública incondicionada. O legislador teve por intenção ampliar a proteção das vítimas, garantindo a persecução penal para estes crimes visando punir o agressor, porém, apesar de ampliar a proteção da vítima, acabou por excluir totalmente a autonomia da vontade dela ou de seu representante legal em processar ou não o agressor.

Na maioria das vezes, a vítima de um crime quer que o criminoso seja processado e punido como forma de pagar pelo crime que cometeu, todavia, nos crimes sexuais, as mulheres que em 81,8% são as vítimas, apresentam

motivos determinantes para não representarem contra o agressor preferindo suportar a impunibilidade, tendo em vista a sociedade brasileira marcada por uma ideologia patriarcal e machista.

Nota-se uma postura jurídico paternalista do Estado, compreendendo as mulheres e as outras vítimas de crimes sexuais, como incapazes de decidir e expressarem sua vontade para representar ou não uma ação penal diante de um fato que violou sua liberdade sexual, sua privacidade e sua dignidade.

Conclui-se que o legislador acabou por visar apenas a punibilidade do agente, deixando de lado a participação da vítima, os efeitos do crime em sua vida, e os do próprio processo, ignorando que as vítimas em sua maioria preferem a impunibilidade do agressor ao invés de se sujeitarem a reviver e relembrar sua violação sexual durante a tramitação processual.

Desta forma, os danos à privacidade e dignidade da vítima superam os benefícios do caráter punitivista da lei, sendo de maior cautela deixar nas mãos da vítima a autonomia e a liberdade em representar contra o agressor.

Referências

ALMEIDA, Sávio Silva de. **Para além da moral do macho: a dignidade sexual no código penal brasileiro**. Revista Gênero e Direito, v.6, nº02, Paraíba, 2017. Págs. 195/227. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/download/27925/18380> Acesso em: 6 de janeiro de 2021.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Bioética e Direitos Fundamentais (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** - v. 4: parte especial (arts. 213 a 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 5 de abril de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm . Acesso em: 5 de abril de 2021.

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: 5 de abril de 2021.

BRASIL. Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm . Acesso em: 5 de abril de 2021.

BRASIL. Lei Nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm . Acesso em: 5 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 608**. Disponível em: <https://juris->

prudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula608/false . Acesso em: 5 de abril de 2021.

CAMPOS, Ana Cristina. **PNS 2019**: 18,3% dos adultos sofreram algum tipo de violência. Agência Brasil. Rio de Janeiro. 07 de maio de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-05/pns-2019-183-dos-adultos-sofreram-um-tipo-de-violencia> Acesso em: 1 de junho de 2021.

CERQUEIRA, Daniel. COELHO, Danilo Santa Cruz. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde.* Brasília: Ipea, 2014. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadest11.pdf Acesso em: 11 de novembro de 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**: Violência contra a mulher. São Paulo: FBSP, 2019. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf Acesso em:

GRECO, R. (2013) **Código Penal**: Comentado. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da violência**. Rio de Janeiro: Ipea/FBSP, 2018. Disponível em: https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2018/06/IPEA_FBSP_AtlasdaViolencia2018Relatorio.pdf Acesso em: 30 de janeiro de 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: Textos selecionados. São Paulo: Abril, 1994.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Organização Mundial de Saúde. Dia Laranja pelo Fim da Violência contra as Mulheres. Brasil: OMS, 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/80616-oms-aborda-consequencias-da-violencia-sexual-para-saude-das-mulheres> Acesso em: 13 de novembro de 2020.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

COORDENADORIA DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ: EFETIVANDO OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

José James Gomes Pereira

Magistrado do Tribunal de Justiça do Piauí. Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, Argentina. Mestre pela Universidade Católica de Brasília. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Messina, Itália. Especialista em História Política do Piauí e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí.

Resumo:

A desigualdade de gênero é campo propício para a violência contra a mulher, muitas vezes ainda silenciosa. A partir desse pressuposto, busca-se analisar a importância dos direitos humanos das mulheres no processo de reconhecimento de tais direitos em âmbito interno, especialmente no que se refere ao direito social da segurança, e como esses direitos vêm ganhando efetivação na atuação de diferentes organismos no Brasil. O país vem enfrentando a violência de gênero, dando destaque para a aprovação de dois marcos legais: a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e a Lei nº 13.104/2015 (Lei do feminicídio). Nesse sentido, a Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar, do Tribunal de Justiça do Piauí-TJ/PI, atua na efetivação do direito à dignidade, liberdade, igualdade, entre outros. A pesquisa foi de natureza exploratória quanto aos seus objetivos, com metodologia qualitativa, fontes bibliográficas, documentais e pesquisa de campo.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Igualdade de gênero; Violência doméstica.

1 Introdução

A luta da mulher pela conquista e efetividade dos seus direitos vem de longa data. Em qualquer contexto histórico do mundo ocidental, é possível observar não só formas de relações desiguais entre os diferentes sexos, como também exemplos variados de resistências e maneiras de enfrentamento da desigualdade. Alguns eventos históricos possibilitaram uma alteração nos processos de resistência ao longo do tempo, por criarem condições socioculturais

e políticas favoráveis à produção de oportunidades mais dignas para as mulheres.

Na França de 1789, Olympe de Gouges publicou “Os Direitos da Mulher e da Cidadã”, em que defendia o fim da dominação masculina sobre a feminina. A escritora foi guilhotinada sob a acusação de trair a condição de mulher, por querer igualar-se aos homens. No século XX, a consagração dos direitos humanos encontrou eco na Carta das Nações Unidas (1945) e, em seguida, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, documentos que definiram a concepção contemporânea de direitos humanos (PIOVESAN, 2004).

O objetivo desse artigo será analisar como esses direitos, em especial no que tange à segurança da mulher, vêm ganhando efetivação por meio da atuação da Coordenadoria da Mulher em situação de violência doméstica e familiar do Tribunal de Justiça do Piauí- TJ/PI. A pesquisa realizada foi de natureza exploratória quanto aos seus objetivos e qualitativa em relação a sua forma de abordagem, utilizando-se de bibliografia sobre a temática e de documentos como leis, tratados internacionais e relatórios sobre a situação da mulher.

Num primeiro momento, serão delineados os eventos históricos que fizeram surgir os institutos jurídicos internacionais de proteção à mulher. Em seguida, será apresentada uma discussão sobre como o Brasil vêm enfrentando a violência de gênero, com destaque para a aprovação de dois marcos legais: Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e a Lei nº 13.104/2015 (Lei do Feminicídio). Por fim, realizar-se-á uma análise da atuação da Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar do Tribunal de Justiça do Piauí- TJ/PI.

Para tanto, analisaram-se os relatórios das atividades produzidas pela Coordenadoria e realizaram-se entrevistas com sujeitos importantes no trabalho desenvolvido por esse órgão. Por se tratar de uma pesquisa qualitativa não houve preocupação com a quantidade, tendo a amostra sido definida pela disponibilidade apresentada pelos(as) participantes, bem como pela maior atuação destes junto à Coordenadoria da Mulher. Assim, foram entrevistados, no período de 15 a 20 de outubro de 2020, 2 magistrados, 2 defensoras públicas, 2 servidoras e 4 vítimas, tendo sido informado a todos(as) os objetivos da pesquisa, os benefícios e os riscos que esta poderia causar, e, ainda, o compromisso do pesquisador em resguardar os direitos de privacidade, intimidade, dignidade de todos os(as) participantes.

2 O direito internacional dos direitos humanos: igualdade e dignidade à mulher

As guerras modernas, especialmente as grandes guerras, foram momentos em que as mulheres assumiram responsabilidades negadas à sua condição. Tanto na Primeira como na Segunda Guerras Mundiais (1914-1919; 1939-1945), milhares de americanas deixaram seus lares, na condição de voluntárias,

em direção à Europa para realizarem tarefas como enfermeiras, motoristas de automóveis, etc. (SINA, 2010).

Locatelli (2018) destaca a importância do direito internacional no processo de legitimação dos Direitos Humanos¹. Chama a atenção para uma espécie de violência que definiu não como a-histórica, mas como atemporal, a violência contra a mulher, que se mostra assim por sua capacidade de permanência em diferentes formações sociais.

A Carta das Nações Unidas de 1945 deu grande passo para a atual organização da luta pela igualdade de gênero. Por sua vez, a Convenção de Direitos Políticos das Mulheres (1952), ao definir legalmente a participação da mulher em uma dimensão da realidade hegemonicamente masculina, abriu a “porta da casa” para que a mulher ganhasse a “rua”²: a esfera pública.

Pinheiro (2020) destaca que um desdobramento relevante do debate internacional em torno dos direitos humanos das mulheres esteve relacionado ao desconforto produzido pelos binômios internacional/nacional, público/privado, visto que os Estados encontravam, internamente, óbices em fazer efetivos os compromissos assumidos perante a comunidade internacional.

Ao assumir formas mais complexas, o devir-mulher (DELEUZE e GUATTARI, 2012) necessitava que o espaço doméstico, enquanto categoria cultural e política, fosse ressignificado com a incorporação de elementos oriundos da rua, mas ao mesmo tempo desenvolvesse capacidade para tornar de interesse público questões que estavam adstritas ao âmbito privado.

Deleuze e Guattari (2012) defendem que o rompimento com esses padrões e codificações tradicionais vai permitindo não só um devir feminino, mas esse último é a chave para a manifestação dos demais devires minoritários, por ser capaz de desterritorializar o homem dos atributos de macho, hétero, viril, racional, que é a parte fixa de um modelo binário e hierarquizado a que esse sexo está vinculado. Moracci (2020) defende que “o devir-mulher é a potência do múltiplo, é a força que faz variar, o mistério do indefinível”.

Em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher defendeu que a participação da mulher nas diversas esferas da sociedade era condição indispensável para o desenvolvimento das nações. Buscando acompanhar a efetivação de ganhos legais, algumas conferências foram realizadas: Copenhague (1980) e Nairóbi (1985).

A década de 90 do século XX configurou-se como um novo cenário político e econômico no contexto mundial. A Queda do Muro de Berlim em

1 André Ramos (2015) define essa categoria de direito como o conjunto mínimo de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e na dignidade.

2 O sociólogo brasileiro Roberto da Matta (1997) afirma que quando trata dos ambientes ‘casa’ e ‘rua’ está fazendo referência às categorias sociológicas que em algumas formações sociais, notadamente no Brasil, não designam simplesmente espaços geográficos ou coisas físicas comensuráveis, mas relacionam-se com entidades morais e domínios culturais institucionalizados, capazes de produzir emoções, reações, leis, orações e imagens que estão esteticamente emolduradas e inspiradas nessas sociedades.

1989 e o conseqüente fim da Guerra Fria reconfiguraram as relações internacionais. Pinheiro (2020) coloca que o novo contexto internacional reverberou nas políticas dos Estados nacionais, permitindo maior expressividade da Administração Pública, que passou a desenvolver instrumentos de monitoramento e avaliação das políticas públicas, controle social e participação política com diferentes finalidades. No ano de 1995 foi realizada a Conferência Mundial sobre Mulheres, da qual resultou a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim de 1995.

Apesar dos inegáveis avanços alcançados ao longo do século XX, a igualdade de gênero ainda é uma conquista a ser buscada em todos os países do mundo. Dados expostos no Observatório da Igualdade de Gênero da América Latina e Caribe³, em 2020, mostram que, dos 38 países que compõem a região, apenas 14 assinaram e ratificaram o Protocolo Facultativo à Convenção de 1995, dentre eles o Brasil.

A agenda de 2030 para o desenvolvimento sustentável, aprovado pelos países que se propõem a busca de um novo paradigma de desenvolvimento, reconhece a necessidade da igualdade de gênero e do empoderamento das mulheres para que o país possa integrar os padrões sustentáveis de desenvolvimento. Para tanto, estabelece metas que deverão ser convertidas em políticas públicas, bem como propõe a produção de mecanismos para o acompanhamento dessas intervenções em níveis global e regionais (CEPAL, 2016). Urge verificar como o Brasil vem desenvolvendo legislação local e políticas públicas que contribuam na efetividade dos compromissos assumidos internacionalmente para eliminar todas as formas de violência de gênero e, em especial, as que estão relacionadas à violência doméstica contra as mulheres.

3 O combate à violência contra as mulheres no Brasil: desafios para a efetivação de direitos

A Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher foi realizada no México (1975), e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW/ONU) foi aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução nº 34/180 de 1979. O Brasil assinou-a em 1981 e a ratificou em 1984, porém com reservas nos temas referentes à família, as quais só foram retiradas em 1994. No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 constituiu-se como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos, ao estabelecer que os tratados, convenções e demais atos legais assinados pelo país integrariam o sistema normativo nacional, bem como pela adoção de princípios que estabeleceram igual tratamento às pessoas de diferentes sexos no trabalho, nos direitos e deveres familiares.

A Convenção de Belém do Pará (Convenção para Prevenir, Punir e

3 Observatório da Igualdade de Gênero da América Latina e Caribe. Disponível em: <<https://oig.cepal.org/pt>>. Acesso em: 16. agos. 2020.

Erradicar a Violência contra a Mulher/1994) e outras normas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil tornou-se signatário permitiram que, em 2001, o país fosse julgado e condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em denúncia apresentada por Maria da Penha Fernandes, pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e pelo Comitê Latino Americano e do Caribe para a defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM (caso n.º 12.051/OEA). O Estado brasileiro foi acusado de desrespeitar os compromissos assumidos internacionalmente, ao negligenciar a tentativa de homicídio que a deixou paraplégica, crime praticado pelo seu esposo (PIOVESAN, 2016).

A Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006) foi criada, então, com o objetivo de atender a recomendação da *Organização dos Estados Americanos* (OEA), após condenação do Estado brasileiro em 2001, por negligenciar o caso “Maria da Penha”. Antes da Lei n.º 11.340/2006, a violência doméstica contra a mulher tinha sido tratada como infração de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei 9.099/95. Referido normativo mudou a caracterização desse crime, definindo-o como violação aos direitos humanos, impondo a obrigatoriedade da criação de órgãos e ações de acompanhamento às suas determinações.

Por sua vez, a Lei n.º 13.104/2015, Lei do Feminicídio⁴, instituiu nova modalidade de homicídio qualificado que prevê como crime hediondo o assassinato de mulheres por razões da condição de sexo feminino, ocorridos em caso de violência doméstica e/ou familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Apesar do aparato legislativo importante, é imprescindível que a sociedade continue buscando alternativas para coibir esse tipo de violência, a exemplo da democratização da informação sobre esses direitos, no funcionamento efetivo dos órgãos e serviços previstos na referida Lei de apoio às mulheres e meninas vítimas de todas as formas de violência. Será sobre a maneira como a sociedade e os poderes públicos piauienses vêm se organizando para efetivação desses direitos que passaremos a tratar a seguir.

4 Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e familiar: a atuação do TJ/PI na defesa do direito da mulher

A pesquisa sobre as condições socioeconômicas e violência doméstica e familiar, realizada pelo Prof. José Raimundo Carvalho, pesquisador da Universidade Federal do Ceará, em parceria com o Instituto Maria da Penha (IMP) e Instituto de Altos Estudos de Toulouse (França), identificou que 3 em cada 10 mulheres (27,04%) nordestinas sofreram episódios de violência doméstica

4 A Lei do Feminicídio foi instituída para atender recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI, que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros de março de 2012 a julho de 2013.

ao longo da vida, passando a ter a saúde mental afetada pelo comportamento do agressor. As capitais com os maiores índices neste aspecto foram Teresina (PI) com 48%, Natal (RN) e Aracajú (SE) com 42% e 40%, respectivamente, e Fortaleza (CE) com 38% (CARVALHO e OLIVEIRA, 2020). O estado do Piauí, embora não apareça entre os entes federativos com maiores índices de homicídios de mulheres, considerando a taxa identificada para 2017, em que Rio Grande do Norte mostra variação de 214,4% entre 2007 e 2017, seguido por Ceará (176,9%) e Sergipe (107,0%) , ainda apresenta considerável índice de violência nesse aspecto, tendo em vista que a taxa de homicídios femininos para esse período foi de 3,2 e outros indicadores, como o acima citado para Teresina, apresentam-se como fortes sinais de alerta. Dados disponibilizados pelo Sistema Único de Banco de dados “Leoneide Ferreira” ou Ipenha⁵ registraram na região de Teresina e Nazária, de 2014 a 2019, 11.597 medidas protetivas, visando reestabelecer a segurança das mulheres que estavam em uma situação de violência, sob a égide da Lei Maria da Pena.

Com a finalidade de combater essa dura realidade que afeta a sociedade piauiense, várias ações vêm sendo realizadas pelo Estado e grupos organizados da sociedade civil. Para atingir tal objetivo, está sendo montada uma estrutura institucional, a exemplo das Delegacias Especializadas da Mulher, Conselho de Defesa da Mulher, Casas-Abrigo, Defensorias Públicas, serviços de atendimento como o aplicativo “Salve Maria”, Disque Mulher, atendimento à mulher vítima de violência doméstica. Especialmente importante para essa pesquisa é o trabalho realizado pela Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar.

A Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Tribunal de Justiça do Piauí- TJ/PI⁶ foi criada em cumprimento ao disposto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal de 1988, ao que estabeleceu a Resolução de nº 128 de 17 de março de 2011 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, e à política interna do Poder Judiciário do Estado no esforço de garantir efetividade da Lei nº 11.340/2006. O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí-TJ/PI criou a Coordenadoria da Mulher – TJ/PI, por meio da Resolução Nº 47/11/2011, tendo como finalidade produzir uma estrutura eficiente em termos de informações, qualificação de pessoal do judiciário, atendimento e encaminhamento de mulheres vítimas de violência aos órgãos competentes e atuação no desenvolvimento de políticas públicas que visam promover o respeito à igualdade de gênero e ao combate à violência doméstica.

O Piauí entrou nas estatísticas nacionais como o 5º menos violento do

5 No Piauí, o Ministério Público implantou o Banco de dados “Leoneide Ferreira”, popularmente conhecido como Ipenha, que traz os indicativos relacionados à Lei nº 11.340/2006 (Maria da Pena) na capital do Piauí e monitora os casos de violência contra mulher (CASTELO BRANCO e OLIVEIRA, 2018).

6 Nesse texto a Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar do Tribunal de Justiça do Piauí- TJ/PI passará a ser chamada, também, de Coordenadoria da Mulher – TJ/PI.

país, embora tenha sido registrado um crescimento de 62,40% no período de 2005 a 2010, posição que se mantém até a atualidade. Essa não é, no entanto, uma posição a ser comemorada, considerando que as denúncias de violência contra a mulher foram aumentando ao longo dos anos, o que demonstra, por um lado, a permanência desse fenômeno, mas também maior disposição e confiança das mulheres em denunciar seus agressores.

O Atlas da violência 2017 (IPEA, 2019) apresentou os dados referentes aos crimes de homicídios de mulheres no Piauí, no período 2005 à 2015:

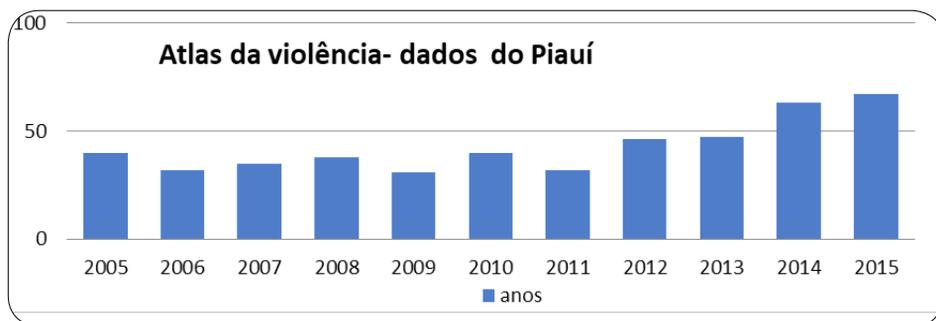


Gráfico: 02 - Fonte: IPEA-2017

Os dados mostram o número de homicídios de mulheres piauienses, não correspondendo ao total de casos de violências contra a mulher no Estado. Em dez anos, o percentual de homicídios teve um aumento de 67%, sendo 6,3% nos dois últimos anos da pesquisa.

Em 2016, um ano após a aprovação da Lei do Femicídio, o Estado foi convidado pela Secretaria Especial de Política para as Mulheres a participar das discussões sobre as Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres⁷, tendo em vista o seu desempenho ao criar uma delegacia e um núcleo específico para investigar este tipo de crime, bem como por ter sido, até aquele período, o único Estado do País a realizar julgamentos baseados na Lei do Femicídio, com as condenações dos acusados (+ Mulher 360, 2020). Em 2020, a superintendente de gestão de risco da Secretaria de Segurança Pública do estado informou que o número de homicídios dolosos de mulheres reduziu em 4% no 1º semestre de 2020. Nos primeiros seis meses desse ano, foram registrados 22 casos de vítimas de homicídios. No mesmo período em 2019, 23 mulheres foram assassinadas (Portal G1, 2021).

Dados apresentados pelo Atlas da Violência 2020 mostram uma redução significativa da violência contra a mulher na taxa nacional e em alguns

⁷ Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres (femicídios) é resultado do processo de adaptação do Modelo de Protocolo latino-americano para investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio) à realidade social, cultural, política e jurídica no Brasil (BRASIL, 2004).

estados do Brasil. Em 2019, a taxa de homicídios foi de 4,3 para cada 100 mil habitantes, apresentando uma queda de 9,3% entre 2017 e 2018. Dentre as unidades da federação, o Piauí manteve-se entre as 5 (cinco) menores taxas de homicídio no país, conservando a posição observada desde 2010.

Atenta a esse quadro, a Coordenadoria da mulher TJ/PI atua em parceria com os demais órgãos e entidades estaduais que estão destinadas ao combate a violência contra a mulher e, nesse sentido, produz um trabalho colaborativo com o Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Teresina, com as demais Comarcas do Estado, em especial, com as varas criminais das Comarcas de Picos e Parnaíba e seus respectivos Núcleos Multidisciplinares Lei Maria da Penha.

No Estado do Piauí, o primeiro homem a ser condenado pelo crime de feminicídio foi R. G. F., em 2016, de 19 anos. O crime ocorreu em maio de 2015, motivado pela não aceitação do término do relacionamento que o agressor mantinha com a vítima A. M. da S., de 15 anos. De acordo com a delegacia de homicídios, R. G. F. tinha um comportamento violento e histórico de agressões públicas à vítima⁸.

De acordo com a análise das *Notitia Criminis* no Sistema de Boletim de Ocorrência (SisBO) das Delegacias de Teresina à Luz da Lei Maria da Penha no Ano de 2016 (CASTELO BRANCO e OLIVEIRA, 2018), a maioria das agressões sofridas pelas mulheres no Estado têm como autoria o companheiro (43,16%), ex-companheiros (28,42%) e parentes (14,74%). 86,32% das agressões são realizadas por pessoas que possuem fortes laços de proximidade com a vítima. São significativas, ainda, aquelas agressões realizadas por pessoas que não possuem laços íntimos com a vítima (vizinhos), mas que estão contempladas na Lei Maria da Penha (art. 5º, inciso I).

A Coordenadoria da Mulher desenvolve ações voltadas para a redução dessas ocorrências graves à mulher, dando suporte aos magistrados e demais funcionários dos TJ/PI, para o enfrentamento eficiente da violência doméstica, bem como realizando junto à sociedade um trabalho educativo para o empoderamento feminino através da informação sobre todas as formas de violências de gênero, divulgação dos direitos da mulher e defesa da articulação dos serviços de atendimento disponíveis. Pesquisa realizada por Castelo Branco e Oliveira em 2016 mostra que, em 89,82% dos registros de ocorrências de violência doméstica, é a própria vítima que realiza a denúncia às autoridades competentes, deslocando-se por iniciativa própria até à delegacia, ou por ter sido conduzida até aquele local em situação de flagrante e, em 7,37% dos casos, a ocorrência é feita por parentes das vítimas (pai, mãe, irmão, avó, etc.). Contabilizam esses dados, ainda, as denúncias realizadas pelo Conselho Tutelar (1,75%) e pelo Disque 180 (1,05%). O Piauí, em 2015, destacou-se como o segundo estado que mais realizou denúncias de violência contra as mulheres

8 O assassinato dessa mulher, pelo fato de ser mulher, repete o enredo de outras mulheres que sofrem violência dos seus parceiros.

por meio do Disque 180⁹.

A atuação da Coordenadoria da Mulher do TJ/PI tem alcançado várias cidades do estado, notadamente aquelas que apresentam situação de maior vulnerabilidade, a exemplo de Picos e Parnaíba, regiões de grande fluxo populacional e comercial. Nesses locais, são realizadas “As Campanhas Justiça pela Paz em Casa”, mediante o sistema de mutirão de audiências concentradas, com o acompanhamento de equipes do Núcleo Multidisciplinar Lei Maria da Penha.

A Coordenadoria da Mulher do TJ/PI trabalha com os 02 (dois) eixos do Programa, área jurídica e área social, desde agosto de 2016. O eixo jurídico visa fortalecer o compromisso do Poder Judiciário no combate à violência doméstica (audiências concentradas); já o segundo eixo consiste em realizar ações preventivas junto à sociedade, em parceria com diversos órgãos que atuam com essa finalidade. Entre 2015 e 2020, foram realizadas dezesseis Semanas de Mutirões da Justiça no Piauí, perfazendo 6.251 audiências. Desse total, apenas 980 foram realizadas antes da atuação efetiva da Coordenadoria nessa política, março de 2016. As demais – cinco mil, duzentas e setenta e uma (5.271) – são posteriores a essa data, mostrando a importância desse órgão na produção de respostas céleres às demandas produzidas por mulheres em situação de risco¹⁰. Segue atividade da 16ª Semana da Justiça pela Paz em Casa (2020), realizada pelo TJ/PI.

Quadro 01 16ª Semana da Justiça Pela Paz em Casa – 09 a 13 de Março de 2020

QUESTÕES	TOTAL
Quantidade de Audiências de Acolhimento realizadas na Semana	153
Quantidade de Audiências de Justificação realizadas na Semana	3
Quantidade de Audiências Preliminares realizadas na Semana	37
Quantidade de Audiências do Art. 16 da Lei Maria da Penha realizadas na Semana	14
Quantidade de Audiências de Instrução realizadas na Semana.	276
Quantidade de Despachos proferidos na Semana.	377
Quantidade de Medidas Protetivas (Decisões concedendo medidas protetivas de urgência à ofendida e / ou que obrigam o agressor) na Semana.	110
Quantidade de sessões do Júri realizadas na Semana.	1
Número de processos com sentença ou decisão durante a Semana, exceto despachos.	426
Sent CCMCVD - Total de Sentenças de Conhecimento com resolução de mérito em violência doméstica contra a mulher na Semana.	168
Sent CSMCVD - Total de Sentenças de Conhecimento sem resolução de mérito em violência doméstica contra a mulher na Semana.	65
Sent CCMCrimFem - Total de Sentenças de Conhecimento Criminais com resolução de mérito em Femicídio na Semana.	01

Fonte: Relatório da Coordenadoria estadual da mulher - TJ/PI (2020)

9 Principal canal de acesso aos serviços que integram a rede nacional de enfrentamento à violência contra a mulher, sob amparo da Lei Maria da Penha, e base de dados privilegiada para a formulação das políticas do governo federal nessa área. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/>>. Acesso em: 10 Dez. 2019.

10 Poder Judiciário do Estado do Piauí - Coordenadoria estadual da mulher em situação de violência doméstica e familiar. Relatório de 2019, disponível no acervo da Coordenadoria da Mulher – TJ/PI.

Os diversos setores que participam desse projeto avaliam sua importância, como se observa nos depoimentos de representantes de três seguimentos sociais¹¹: magistrado, assistente social e de uma vítima da violência doméstica, atendida pelos serviços disponibilizados pelo TJ/PI¹².

Depoimento 1 (magistrado G. C. S. de M. - Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí:

As Semanas do Programa Justiça Pela Paz em Casa possibilitam um sentimento de equipe, pois para montar uma Semana são meses de organização, de coordenação entre juizes e servidores, e a equipe toda tem que se voltar para isso, tem que interagir conversar.

[...]

O público comparece em massa durante a Semana. Advogados, partes, todo mundo consegue ver a máquina e o coração do poder judiciário funcionando, afinal nós não somos só mão de obra, nós também temos sentimento. E como resultado disso, nós realizamos um volume grande de audiências, em que são analisadas as medidas protetivas de urgência, e também realizadas as instruções. Contamos com o apoio do TJ, disponibilizando juizes para reforçar a equipe, da Coordenadoria da Mulher, que dá toda a assistência com material para atividades, da Defensoria Pública e do Ministério Público, com reforço de Defensores e Promotores.

Depoimento 2 (L. M. T. de S.-Assistente Social da Coordenadoria da Mulher do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí):

Além de promover sensação de segurança e justiça às mulheres vítimas, o referido Programa também é relevante por fomentar, através da Coordenadoria da Mulher dos Tribunais de Justiça, a mobilização da rede de enfrentamento à violência doméstica e familiar para realização de atividades diversificadas de sensibilização da sociedade para o engajamento no enfrentamento a este fenômeno.

Depoimento 3: A. C. B (vítima de violência assistida na sala de acolhida durante a Semana da Justiça Pela Paz em Casa, em 9.3.2020, no Fórum Desembargador Joaquim de Sousa Neto):

Hoje tive minha primeira audiência sobre meu processo Lei Maria da Penha e gostei muito do espaço que tivemos, uma sala reservada aguardando a hora da audiência. Uma sala muito equipada com ar condicionado, café, biscoito e massa de modelar para a criança se distrair. A gente foi muito bem tratada com acompanhamento, orientações explicando tudo que tinha que agir.

11 Informa-se que as entrevistas e seu uso procuraram seguir o que estabelece a Resolução 510/12 CONEP, em seu Art. 1º, ao dispor sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana.

12 Entrevistas concedidas para uso exclusivo dessa pesquisa. Realizadas entre os dias 15 e 20 de outubro de 2020.

Depoimento 3: Defensora Pública P. F. M. F. fala sobre a importância do trabalho da Coordenadoria da Mulher:

a principal importância é chamar atenção para a importância da paz social, principalmente no seio familiar; A segunda é dar celeridade aos feitos para que as partes sintam a utilidade dos provimentos judiciais na repreensão pelos atos típicos da lei Maria da Penha e prevenção de atos futuros.

Outro projeto que vem ganhando importância é o “Conversando na Obra”, realizado junto aos trabalhadores da construção civil. Essa atividade é executada em parcerias com o Sindicato das indústrias da construção civil, com as construtoras e com o Ministério Público do Estado do Piauí, através da Promotoria do Núcleo de Promotorias de Justiça de Defesa da Mulher Vítima de Violência Doméstica e Familiar (NUPEVID). De igual importância são as campanhas realizadas nos estabelecimentos de saúde, hospitais, maternidades e nas Igrejas, com finalidade de alcançar grupos sociais diversificados, bem como suas adesões à causa em pauta.

Com essas atividades, o Tribunal de Justiça do Piauí está contribuindo para que o estado possa orgulhar-se de ter diminuído as cifras em relação a esse fenômeno lamentável, resultante de uma cultura patriarcal que vem sendo combatida tanto por via legal, como através da construção de valores que busquem a promoção da igualdade entre homens e mulheres.

5 Conclusão

A igualdade de gênero e, mesmo a violência doméstica, é um debate necessário no seio da sociedade brasileira, o que faz despertar, permanentemente, o compromisso do pesquisador-cidadão para os diversos formatos que esse fenômeno vai assumindo no cotidiano dos grupos sociais. É inegável o resultado positivo produzido pela atuação dos organismos internacionais e nacionais, no sentido de transformar essa temática em questão pública, ganhando visibilidade, passando a chamar a atenção da sociedade e demandando do Estado legislações e políticas públicas contra a violência de gênero. Essa adesão pode ser constatada na incorporação de tratados e convenções, acordos e protocolos voltados para o combate a todas as formas de violência, nas legislações de vários países.

O Brasil, através da Constituição de 1988, vem incorporando os tratados internacionais de direitos humanos à legislação nacional, tornando-se signatário das normas internacionais em defesa da igualdade de gênero e combate às diversas formas de violência contra a mulher. Em busca de efetivar os compromissos assumidos com esse propósito promulgou as Leis Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e a Lei do Feminicídio nº 13.104/2015. No entanto, a violência contra a mulher é um traço da cultura patriarcal e, ainda, um problema gravíssimo. Isso exige que o Estado e a sociedade desenvolvam

mecanismos de diferentes matizes para coibir as práticas agressivas, e contribuam para a construção de um novo paradigma de relacionamentos.

Esse é o trabalho a que se propõe a Coordenadoria da mulher em situação de violência doméstica e familiar TJ/PI. Foram aspectos da atuação do Poder Judiciário do Estado no combate à violência doméstica, que se buscou analisar nesse artigo, constatando-se, que através das atividades organizadas por essa Coordenadoria tem sido possível imprimir maior celeridade e eficiência às decisões da justiça estadual em torno das questões da violência contra a mulher. Também, foi observada uma humanização no acolhimento às vítimas desse tipo de episódio, ampliando a segurança e confiança nas autoridades públicas no momento de realizar as denúncias contra seus agressores.

É importante destacar que o Tribunal de Justiça do Piauí, através da Coordenadoria da Mulher, vem seguindo a orientação do Conselho Nacional de Justiça em relação à realização de esforços para a construção de valores que fomentem uma cultura de paz, do respeito e do companheirismo entre homens e mulheres. Ações dessa natureza mostraram-se significativas não apenas para a questão específica aqui tratada, mas são importantes para o desenvolvimento de novas dinâmicas de trabalho nas rotinas do Poder Judiciário e do desenvolvimento de outras sensibilidades que fortalecem a cidadania de todos e todas.

Referências

BRASIL. Presidência da República. **Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher - CEDAW**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004.

CARVALHO, José Raimundo e OLIVEIRA, Victor Hugo. **Violência Doméstica e seu Impacto no Mercado de Trabalho e na Produtividade das Mulheres**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/11/violencia_domestica_ago_17>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CASTELO BRANCO, Esther Maria e OLIVEIRA, Élson Monteiro. **Análise das Notícias Criminais no Sistema de Boletim de Ocorrência (SisBO) das Delegacias de Teresina à Luz da Lei Maria da Penha no Ano de 2016**. Relatório de Pesquisa - PIBIC. UESPI, 2018.

CEPAL. Autonomia das mulheres e igualdade na agenda de desenvolvimento sustentável. In: **XIII Conferência Regional sobre a Mulher da A. Latina e do Caribe**. Montevideu, 2016.

DA MATTA, Roberto. **A casa e a Rua: espaço, cidadania, mulher e a morte no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Félix. **Mil Platôs – capitalismo e esquizofrenia**. Vol. 4. Ed. 34, São Paulo: 2012.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da violência**. Brasília: IPEA, 2017. Disponível em: < www.ipea.gov.br/portal/imagens/170602>. Acesso em: 26 out. 2019.

LOCATELLI, Laís. Políticas públicas para uma resposta integral contra a violência de gênero. In: BALLESTEROS, Maria de la Paz Pando, RODRIGUEZ, Pedro Garrido e RAMIREZ, Alicia Mucoz (Orgs.). **El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU: libro homenaje a la profesora Ma. Esther Martínez Quinteiro**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2018.

MORACCI, Maria Carolina. **Devir-Mulher**. Disponível em: <<https://razaoinadequada.com/2016>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

Observatório da Igualdade de Gênero da América Latina e Caribe. **América Latina (16 países): Tempo médio destinado ao trabalho remunerado e não remunerado da população acima de 15 anos, por sexo, por país, último período disponível (Média de horas semanais)**. Disponível em <<https://oig.cepal.org/pt>>. Acesso em 16 agos. 2020.

+ Mulher 360. **Piauí é modelo nacional em políticas públicas para a mulher**. Disponível em: <<https://movimentomulher360.com.br/institucional/o-movimento>>. Acesso em: 30 jun. de 2020.

PIAUI. **Relatório da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e familiar (2016-2019)**. 2019.

PIAUI. **Relatório da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e familiar (2016-2019)**. 2020.

PINHEIRO, Ana Laura Lobato. **Direitos Humanos das mulheres**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/retrato/tema_direitos_humanodas_mulheres>. Acesso em: 05 mar. 2020.

PIOVESAN, Flávia. A Universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SINA, Amália. **Mulher e trabalho: o desafio de conciliar diferentes papéis na sociedade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GÊNERO E FRAUDE ELEITORAL: A BAIXA REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NO ESPAÇO POLÍTICO BRASILEIRO EM INCONGRUÊNCIA COM OS DITAMES DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Ana Luísa Diniz Silva

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Resumo:

O presente estudo analisa a desigualdade das relações de gênero nos espaços de poder e tomada de decisão política, bem como aprecia a eficiência ou não do sistema de cotas eleitorais femininas no contexto brasileiro à luz de dados estatísticos e da jurisprudência. Apesar das mulheres constituírem 52,50% do eleitorado brasileiro, as candidatas eleitas no ano de 2020 representam apenas 15,80% dos cargos políticos, o que demonstra a grande desigualdade entre os gêneros no país, que vivencia uma cultura de representatividade política quase que exclusivamente masculina, resquícios da colonialidade. Para tanto, examina-se as fraudes operadas em face do sistema de cotas de gênero e as decisões do Poder Judiciário brasileiro, a fim de se auferir se estas últimas reforçam ou não a subalternidade da representação das mulheres na política.

Palavras-chave: Representatividade; Fraude; Cotas eleitorais; Democracia; Gênero.

Introdução

A presente pesquisa ambiciona apreciar a desigualdade das relações de gênero nos espaços de poder e de tomada de decisão política brasileiros e a (in)eficiência do sistema de cotas eleitorais femininas à luz de dados estatísticos e da jurisprudência pátria.

No contexto brasileiro, a política de cotas eleitorais de gênero foi estabelecida, inicialmente, a partir de 1995. Contudo, o baixo índice de mulheres eleitas demonstra que tal imposição legal vem sendo objeto de reiteradas violações e fraudes.

Com o escopo de evitar a imposição de penalidades e receber os recur-

tos do financiamento público eleitoral destinados às cotas de gênero, os partidos políticos vêm apresentando candidaturas femininas fictícias, o que viola a legislação eleitoral e o regime democrático.

Destaca-se que uma maior presença feminina nos ambientes públicos reflete não só na formulação de políticas públicas direcionadas ao gênero, mas, principalmente, corrobora para o fortalecimento da democracia e para a redução das desigualdades estruturais da sociedade brasileira.

Um sistema político democrático deve contar com meios para que todos os segmentos sociais sujeitos a condição de desigualdades sejam representados nos espaços institucionais e tenham lugar de fala.

Neste diapasão, será examinado no presente trabalho os diplomas legais que regem esta política afirmativa, as fraudes operadas pelas agremiações partidárias às cotas eleitorais de gênero e a postura adotada pelo Poder Judiciário para o enfrentamento das candidaturas fictícias no Brasil.

No tocante à metodologia, realiza-se a pesquisa do tipo teórica, valendo-se da pesquisa bibliográfica para se obter o estado da arte, o que se dará por meio da análise de artigos científicos, teses, dissertações e doutrinas, bem como de pesquisa documental, com a apreciação qualitativa da legislação, de projetos de leis, de dados estatísticos e das decisões judiciais correlatas à temática em referência.

Representatividade da mulher na política brasileira

Apesar de a legislação incentivar a participação das mulheres no espaço político por intermédio da cota de gêneros, nota-se que não há um aumento exponencial de eleitas nos espaços de tomada de poder brasileiros.

Em *ranking* com 193 (cento e noventa e três) países, elaborado pela União Interparlamentar – IPU, que é uma organização não governamental financiada com recursos públicos, cujo objetivo é o fortalecimento da democracia e a fomentação do diálogo congressista, o Brasil ocupou a 142ª posição em termos de representação feminina em cargos no Poder Legislativo em outubro de 2021 (IPU, 2021).

Destaca-se que o problema de sub-representação da mulher não é exclusivo da política brasileira, haja vista que a maioria dos parlamentos continua dominada por homens, sendo a média global de composição do Poder Legislativo de 25% de mulheres (IPU, 2021).

Contudo, em análise do referido *ranking*, aufere-se que os índices brasileiros sobre a participação feminina nos parlamentos nacionais, além de inferiores ao da média mundial, são também menores que os percentuais de países como Afeganistão, Iraque e Arábia Saudita.

Conforme dados disponibilizados no sítio eletrônico oficial da Justiça Eleitoral (2021), as candidatas eleitas no ano de 2020 representam apenas 15,80% dos cargos políticos, apesar de constituírem 52,50% do eleitorado brasileiro, o que demonstra o grande desnivelamento entre os gêneros no país.

Neste contexto, pontua Flávia Biroli (2018, p. 209) que “a legislação e as políticas públicas brasileiras são produzidas em um ambiente amplamente masculino e branco. As mulheres são, também nesse sentido, posicionadas como objetos [...]”.

A consequência desse cenário é que o Brasil vivencia uma democracia ineficiente em termo de garantias de direitos fundamentais, desfavorável à participação da mulher nas instâncias decisórias, incapaz de reduzir as desigualdades sociais e de se libertar das hierarquias coloniais, dentre as quais se inclui a de gênero (LAENA, 2020, p. 87).

Nesse diapasão, convém dispor acerca da importância dos partidos políticos na manutenção do *status quo*, já que esses se configuraram sob a influência do patriarcalismo e das relações de poder, fazendo perpetuar o poderio das elites locais e se firmando como espaços sexistas, comandados, em sua maioria, por homens brancos.

Acerca da violência política de gênero, Márcia Tiburi, ao narrar sua experiência de candidatura ao governo do Rio de Janeiro, em 2018, pontua que: “Cada vez que uma mulher ‘invade’ um território dominado por homens, ela precisa justificar sua ‘intrusão’, senão corre riscos, que vão desde ser alvo de mentiras até o silenciamento e o apagamento” (TIBURI, 2019, p. 85).

Ademais, as candidaturas de mulheres são subfinanciadas, recebendo menos recursos dos partidos políticos e dos doadores individuais, sendo que o sucesso eleitoral possui forte relação com os gastos das campanhas, que são cada vez mais caras, individualizadas e moldadas por estratégias de *marketing* eleitoral (LAENA, 2020, p. 101).

Sobre o perfil das mulheres eleitas para o Poder Legislativo do Estado e do Município do Rio de Janeiro, Lenkic e Guedon (2018) pontuaram que as mulheres eleitas foram construídas como candidatas a partir de um capital político herdado de algum parente já consolidado nos espaços de poder, com predominância dos maridos. Entretanto, como adverte Lúcia Avelar (1996), a eleição de mulheres oriundas de famílias políticas tradicionais tende a não representar progressos para a luta feminista, já que as eleitas estão propensas a reproduzir valores e interesses que reafirmam a hegemonia das oligarquias.

A representação, elemento fundante da democracia, torna possível o exercício do poder soberano e a concretização dos princípios democráticos fundamentais. Através da representação política, as deliberações coletivas compõem as decisões públicas de interesse da população em níveis local, regional e nacional. Logo, a representação reflete a soberania popular, sendo que os processos eleitorais e os partidos políticos possuem função essencial na realização da democracia (LAENA, 2020, p. 105).

Nesse sentido, a paridade de gênero contribui para uma minimização da diferença estrutural existente na sociedade brasileira.

Diplomas legais que regulamentam as cotas eleitorais

Apesar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegurar a igualdade entre homens e mulheres, a sub-representação feminina é uma realidade em todas as instâncias de poder do país.

Visando resolver esse déficit democrático, a ordem jurídica brasileira adotou como política afirmativa a cota de gênero nas eleições proporcionais, senão vejamos.

Com a promulgação do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, foi introduzida a possibilidade de a mulher votar e ser votada, que previa em seu artigo 2º, de forma abstrata, que “é eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código” (BRASIL, 1932).

Em 1995, visando assegurar a representatividade da mulher na política brasileira, foi editada a Lei Nacional nº 9.100, que estipulou, pela primeira vez, que cada partido ou coligação deveria reservar o mínimo de 20% de vagas para candidaturas femininas nas eleições municipais de 1996.

Denota-se, contudo, que a referida lei aumentou o número de candidaturas que cada coligação ou partido poderia apresentar de 100% para 120% das vagas. Ainda, a lei não tratou dos recursos para a campanha das mulheres, tempo de propaganda na televisão ou demais medidas para garantir igualdade de oportunidade entre os gêneros na disputa (ANDRADE; MACHADO, 2017, p. 48).

Após, com o advento da Lei nº 9.504/1997, denominada de Lei das Eleições, foi ampliada as cotas para todas as eleições proporcionais, bem como majorado o percentual mínimo, haja vista ter previsto que cada partido ou coligação deveria reservar o mínimo 30% e o máximo de 70% das vagas para candidaturas de cada um dos sexos.

Um ponto de atenção é que a Lei das Eleições instituiu a chamada “cláusula de escape”, como discorrem Denise Andrade e Mônica Machado (2017), pois, apesar de ter aumentado o percentual mínimo de candidaturas por sexo de 20% para 30%, também elevou o percentual máximo de candidaturas de 120% para 150% em relação ao número de vagas a preencher. Logo, na prática, a lei minimizou o efeito das cotas eleitorais de gênero, diluindo a participação feminina (LAENA, 2020, p. 133).

Por fim, a Lei nº 12.034/2009, ao alterar o texto do artigo 10, §3º, da Lei nº 9.504/1997, estabeleceu a obrigatoriedade de cada partido ou coligação de preencher, e não reservar, o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Desta forma, os partidos e coligações passaram a ser obrigados a cumprir a cota de gêneros no momento de apresentação das listas de candidaturas com base no total de candidatos registrados.

Cumpra consignar que o atendimento às cotas eleitorais é analisado pela Justiça Eleitoral no momento da apresentação do Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários – DRAP, sendo a verificação da observância de cota de gênero ato meramente formal (LAENA, 2020, p. 135).

Após o deferimento do DRAP, as candidatas não precisam permanecer no pleito eleitoral, podendo apresentar pedido de renúncia em juízo. Nesse caso, o partido terá que providenciar a substituição por outra candidata do mesmo gênero a fim de cumprimento da cota eleitoral, exceto se o pedido for apresentado com menos de 20(vinte) dias de antecedência do pleito (LAENA, 2020, p. 135).

As cotas político-eleitorais são ferramentas fundamentais para a promoção da participação política, a qual contribui para promover o controle das decisões políticas, a criação de uma identidade coletiva e confere legitimidade aos sistemas de representação (ARAÚJO JÚNIOR, 2021, p. 49).

Apesar da essencialidade do cumprimento da lei, em nítida violação à finalidade das cotas eleitorais, que é fortalecer o espaço da mulher na política, os partidos começaram a apresentar candidaturas femininas fictícias, com o único escopo de evitar a imposição de penalidades e de receber os recursos do financiamento público eleitoral destinados à cota de gênero (MACHADO; ALMEIDA, 2018, p. 92).

Ocorre que, mesmo com as cotas de gênero, a sub-representação feminina continua e os índices de participação de mulheres permanecem abaixo aos da média mundial e do percentual estabelecido pela política afirmativa. Sob tal perspectiva, dados oficiais comprovam que as mulheres são a minoria em todos os órgãos parlamentares do país, o que também reflete o baixo índice de presença feminina nas demais esferas de poder (LAENA, 2020, p. 104).

Por fim, cumpre dispor que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em 2018, na Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, firmou o posicionamento de que a expressão “cada sexo”, mencionada no art. 10, §3º, da Lei das Eleições, refere-se ao gênero e não ao sexo biológico, de modo que homens e mulheres transvestis e transexuais podem ser contabilizados nas cotas de candidaturas masculina e feminina. Logo, o TSE protegeu os direitos da pessoa transgênero nos pleitos eleitorais ao permitir o uso do nome social e da identidade de gênero, o que se mostra em consonância com o Estado Democrático de Direito.

As candidaturas fictícias

Conforme disposto, mesmo com a adoção de reservas de vagas para candidatas, foram constatadas que as ações afirmativas não sofreram avanços na mesma proporção das cotas no Brasil (ARAÚJO JÚNIOR, 2021, p. 49).

A obrigatoriedade estabelecida pela legislação fez com que os partidos políticos passassem a registrar candidaturas fictícias femininas apenas para cumprimento formal da norma, sem que existisse a real intenção de concorrência destas mulheres nos pleitos eleitorais (LAENA, 2020, p. 20).

Para cumprir as cotas de gêneros, as agremiações políticas têm apresentado candidaturas fictícias, também denominadas de “laranjas”:

A mídia tem divulgado que os partidos políticos se valem de “laranjas” para atender a cota legal de candidatas, furtando-se à prática inclusiva e inscrevendo mulheres de forma ficta, valendo-se de pessoas sem qualquer compromisso com a vida política, que acabam por não participar do processo eleitoral, nele figurando apenas com a oferta de seu nome, em absoluta afronta ao dogma da democracia participativa (MACEDO, 2014, p. 224).

Além de fraudes aos processos referentes a registros de candidatura, em que os nomes de pretensas candidatas são arrolados na lista dos partidos apenas para preencher formalmente o percentual mínimo de 30% de cotas eleitorais, também em relação ao Fundo Partidário (FP) e ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) as agremiações partidárias vêm desviando os recursos que seriam destinados às campanhas das candidatas (ARAÚJO JÚNIOR, 2021, p. 118).

Wyllie, Santos e Marcelino (2019) divide as candidatas fictícias, denominadas por eles de candidaturas extremamente não-viáveis, em 4 tipos, de acordo com a intencionalidade e a legalidade, quais sejam: laranjas sem consentimento, laranjas ingênuas, laranjas de licença e laranjas estratégicas.

Laranjas sem consentimento são aquelas em que as candidatas têm o nome usado pelo partido sem a sua anuência. Laranjas de licença são servidoras públicas que burlam a prerrogativa legal de licença para atividade política, não realizando campanha própria. Laranjas ingênuas são as candidatas convidadas pelos partidos para realizarem uma campanha, mas que não recebem recursos financeiros para efetivamente concorrer ao pleito. E, por fim, laranjas estratégicas são as candidatas que colocam seu nome na lista apenas para completar a cota de gênero (WYLLIE; SANTOS; MARCELINO, 2019).

Logo, os partidos arrolam nomes de mulheres, com ou sem o consentimentos delas, apenas como meio de burlar a legislação e cumprir a cota eleitoral.

Muitas vezes, os partidos e agremiações políticas fraudam documentos e assinaturas para registrar candidaturas sem que as envolvidas sequer tenham conhecimento de que serão candidatas (LAENA, 2020, p. 148).

Conforme levantamento de Gatto e Wyllie, em 2018, 35% das candidaturas femininas foram fictícias na disputa para a Câmara dos Deputados, já que não chegaram a alcançar 320 votos (PASSARINHO, 2019).

Destaca-se que as mulheres não representam apenas as pautas do gênero, mas também tratam de demandas de outras minorias, fomentando a agenda de políticas públicas e fortalecendo o regime democrático (ARAÚJO JÚNIOR, 2021, p. 33).

Busca-se, portanto, apreciar a forma de operacionalização das candidaturas fictícias e analisar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário para descobrir as tendências interpretativas adotadas pelos tribunais brasileiros para combater e punir tais fraudes eleitorais.

Entendimento do poder judiciário brasileiro acerca das candidaturas fictícias

Araújo Júnior (2021) realizou uma pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos do TSE e dos Tribunais Regionais Eleitorais brasileiros, utilizando como parâmetro de busca as decisões relacionadas às cotas de gêneros e suas fraudes, tendo a pesquisa se restringindo ao lapso temporal de 01º de janeiro de 2010 a 13 de abril de 2020.

Destacou o jurista que em alguns tribunais não foram encontrados julgados relacionados à temática, tendo dado como exemplos o Tribunal Regional Eleitoral do Amapá (TRE-Acre), o Tribunal Regional do Distrito Federal (TRE-DF) e o Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul (TRE-MS).

Concluiu Araújo Júnior (2021) que, em um universo de 195 acórdãos analisados, somente 22 reconheceram a fraude ao sistema de cotas. Ademais, destacou que estados que contêm a maior parte do eleitorado, a exemplo de São Paulo, Minas Gerais e Bahia, apresentaram poucos casos envolvendo o tema, tendo localizado, respectivamente, 27 decisões no primeiro estado, 8 no segundo e 5 no terceiro.

A sub-representação é alicerçada pela própria legislação, na medida em que a Lei 13.165/2015 estabelece, em seu art. 9º, que os partidos deveriam reservar de 5% a 15% do Fundo Partidário no financiamento de candidaturas femininas nos pleitos de 2016, 2018 e 2020.

Diante desse cenário, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617, por intermédio da qual o Supremo Tribunal Federal (STF) deu interpretação conforme à Constituição para que a distribuição do Fundo Partidário seja proporcional à cota eleitoral, qual seja, de no mínimo de 30% para candidaturas femininas, determinando a proporcionalidade da alocação de recursos para os casos de percentual mais elevado de candidatas.

Na ação de controle de inconstitucionalidade em referência, julgada em março de 2018, o ministro Edson Fachin, relator do caso, destacou que há uma desigualdade histórica na representatividade das mulheres na política, sendo manifestamente inconstitucional o art. 9º da Lei nº 13.165/2015, uma vez que o estabelecimento de piso de financiamento por meio do Fundo Partidário no importe de 5% significa que os homens poderiam receber até 95% do valor dos recursos.

Importante analisar que, visando dar efetividade à cota de gêneros, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 193-92.2016.6.18.0018/PI, datado de 17 de setembro de 2019, entendeu que constitui fraude eleitoral a geração de candidaturas fictícias de mulheres para preenchimento da cota de gênero, cuja punição é a cassação indiscriminada dos candidatos eleitos pela coligação.

O referido acórdão, proferido inicialmente pelo TRE-PI nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 19392, ratificado pelo TSE em setembro de 2019, optou por estender a cassação dos mandatos a todos os

integrantes da coligação, da qual faziam parte mulheres, cujas candidaturas também foram consideradas como fraudulentas, o que desvirtua o sentido teleológico da norma protetiva de gênero (ARAÚJO JÚNIOR, 2021, p. 161).

O STF e o TSE vêm entendendo que o insignificante número de votos e a ausência de gastos de campanha, embora possam representar um indício de fraude, não são provas suficientes para a desconstituição de diplomas de candidatos legitimamente eleitos.

Em análise de julgados do Tribunal Superior Eleitoral, denota-se que, no processo judicial nº 0601693-22.2018.6.22.0000, foi entendida que a prova de fraude na cota de gênero deve ser robusta e levar em conta a soma das circunstâncias fáticas do caso, a demonstrar o incontroverso objetivo de burlar o mínimo de isonomia entre homens e mulheres que o legislador pretendeu assegurar no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97.

Com mesmo entendimento, no julgamento do processo nº 0602033-74.2018.6.18.0000, o TSE entendeu que o exame do acervo probatório assestou que não restaram comprovadas as alegações de conluio, fraude, candidatura fictícia ou abuso de poder, uma vez que comprovadas a presença das candidatas em atos de campanha.

Por fim, no julgado de nº 0600461-12.2019.6.05.0000, o TSE destaca que apenas a falta de votos ou atos significativos de campanha não é suficiente à caracterização da fraude alegada, especialmente porque é admissível a desistência tácita de participar do pleito por motivos íntimos e pessoais, não controláveis pelo Poder Judiciário, decisão esta publicada em 05 de agosto de 2020.

Logo, não há, na jurisprudência pátria, uma definição clara dos critérios utilizados para identificar uma candidatura como fictícia, o que faz com que os partidos políticos continuem cometendo tais ilegalidades por acreditarem na impunidade.

Necessidade do enfrentamento à sub-representação da mulher na política

Para os autores Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia e Dierle José Coelho Nunes:

Hoje, em um Estado Democrático de Direito, podemos compreender que as políticas governamentais devem ser o resultado da problematização discursiva de homens e mulheres, de forma que ações governamentais referentes a direitos de igualdade por questões de gênero não podem “supor” desigualdades fáticas, mas sim considerar discursivamente as condições sob as quais deve haver igualação e diferenciação: são os afetados pelas decisões que devem definir não apenas as políticas, mas, antes disso, inclusive definir a linha divisória que será parâmetro para aquelas. (BAHIA; NUNES, 2011, p. 7).

Ao Direito cumpre avaliar seu papel como um agente mantenedor de

preconceitos e do *status quo* ou como construtor de uma nova lógica de emancipação social.

Ressalta-se que o que se busca com as cotas eleitorais de gênero não é um reconhecimento da superioridade da mulher, como prega a universalidade do feminismo eurocêntrico, mas sim a necessidade de que as vozes femininas sejam ouvidas no âmbito público, fato este essencial para favorecer a diversidade e alcançar uma democratização das relações sociais, políticas e econômicas (LISBOA e SOUZA, 2019, p. 17-18).

A dimensão criadora da democracia só é possível em relações e espaços institucionais abertos a opiniões de atores políticos diversos, plurais e dinâmicos, para que todos possam contribuir com a deliberação e tomada de decisões (CHAUI, 2013, p. 109).

Para Flávia Biroli (2018, p. 171), a sub-representação feminina é um problema de democracia e não problema de mulheres, sendo que os obstáculos formais e informais à participação feminina nos espaços políticos impedem que a criação de direitos seja realmente uma tarefa democrática, o que evidencia a permeabilidade seletiva da democracia brasileira.

A sub-representação feminina decorre da falta de fiscalização e de cumprimento da regra de cotas pelos partidos políticos, sendo que há um conservadorismo persistente nas leis do Brasil, visto que muitas propostas legislativas, incluindo a reforma do aborto, uma revisão do Código Penal e a permissão para as uniões de pessoas do mesmo sexo estagnaram nos corredores do Congresso Nacional (HTUN; POWER, 2018).

Outro problema é que as cotas eleitorais previstas na legislação brasileira não exigem a obrigatoriedade do efetivo preenchimento das cadeiras por mulheres.

Neste diapasão, Krook (2006), em relação ao sistema de cotas, faz um divisão em *reserved seat*, *political party quotas* e *national legislative quotas* (reserva de assento, cotas de partidos políticos e cotas legislativas nacionais).

Tal classificação se assemelha à elencada por Dahlerup (2005), que subdivide as cotas de gênero mais comuns em de candidatura e em de assentos reservados.

Sob este viés, as cotas de candidatos especificam a porcentagem mínima de candidatos por eleição que devam ser mulheres e se inscrever nas listas de candidatos eleitorais dos partidos políticos. Tais cotas podem ser determinadas pela legislação, caso em que todos os partidos políticos são obrigados a recrutar a porcentagem necessária de mulheres, ou cotas voluntárias, que ocorrem quando os partidos políticos voluntariamente destinam vagas para candidatas, sendo mais comuns em partidos de centro-esquerda, enquanto os partidos conservadores geralmente tendem a ser relutantes ou fortemente contra adoção de cotas (DAHLERUP, 2005).

Lado outro, os assentos reservados asseguram um certo número de assentos para mulheres entre os representantes em uma legislatura, o que pode ser especificado na constituição ou na legislação.

No Brasil, destaca-se que vários projetos de leis, que tratam das cotas eleitorais, tramitam no Senado Federal, dentre eles: (a) o Projeto de Lei nº 1951, de 2021, que altera o § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo, acrescenta o art. 16-E, para dar destinação proporcional aos gastos de campanha com recursos do Fundo Eleitoral, e o art. 16-F, para obrigar o preenchimento mínimo de 15% das cadeiras às mulheres nas eleições proporcionais; (b) o Projeto de Lei nº 1333, de 2021, que acrescenta art. 83-A à Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), para reservar, quando da renovação de dois terços do Senado Federal, uma vaga para candidaturas masculinas e outra vaga para candidaturas femininas; (c) o Projeto de Lei nº 763, de 2021, que altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), para estabelecer a reserva de, ao menos, trinta por cento das cadeiras de Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador para as mulheres e reservar, quando da renovação de dois terços do Senado Federal, uma vaga para candidaturas femininas.

Tais projetos estipulam a reserva de assentos no Legislativo como política afirmativa de paridade.

Considerações finais

As cotas eleitorais são mecanismos para aumentar e salvaguardar a presença das mulheres nos parlamentos. Contudo, mesmo com a obrigatoriedade do preenchimento da cota de gênero de candidatura no âmbito do Poder Legislativo brasileiro, os espaços de poder continuam a ser ocupados majoritariamente por homens.

Além da resistência dos partidos políticos em efetivamente promoverem e financiarem as candidaturas de mulheres nos pleitos eleitorais, tais pessoas jurídicas vêm promovendo candidaturas fictícias com o escopo de burlar à lei.

Conclui-se que o Poder Judiciário deve proteger o funcionamento do regime democrático, de modo a punir as candidaturas fictícias de forma mais rígida, haja vista que essas são mecanismos de fraude à democracia e à lei brasileira.

Referências

ANDRADE, Denise Almeida De; MACHADO, Mônica Sapucaia. **Participação política das Mulheres: Desafios para a Equidade**. Revista Jurídica da FA7, v. 14, n. 2, p. 43-64, 20 dez. 2017. Disponível em: <https://redib.org/Record/oai_articulo1385730-participa%C3%A7%C3%A3o-pol%C3%ADtica-das-mulheres-desafios-para-a-equidade>. Acesso em: 20 nov. 2021.

ARAÚJO JÚNIOR, José Wilson Ferreira de. **Construção jurisprudencial sobre fraudes relativas à cota de gênero eleitoral: como pensam os tribunais?** Dialética, 2021, 238 páginas. EBook.

AVELAR, Lúcia. **Mulheres na elite política brasileira: canais de acesso ao po-**

der. São Paulo: Konrad Adenauer, 1996.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. **O potencial transformador dos direitos “privados” no constitucionalismo pós-88: igualdade, feminismo e risco.** *SAPIENTIA – Revista de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá de Belo Horizonte*. Vol. 1, No 1 (2011). Disponível em: <<http://periodicos.estacio.br/index.php/direitobh/article/viewFile/241/158>> Acesso em: 5 jul. 2021.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil.** 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 15 jul. 2021.

_____. **Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.** Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em: 14 nov. 2021.

_____. **Lei nº 9.100 de 29 de setembro de 1995.** Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 02 out. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm >. Acesso em: 15 jan. 2021.

_____. **Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, 01 out. 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm >. Acesso em: 15 jan. 2021.

_____. **Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, 01 out. 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm >. Acesso em: 15 jan. 2021.

_____. **Lei nº 12.034 de 29 de setembro de 2009.** Altera as Leis n. 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Diário Oficial da União, Brasília 29 set. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm >. Acesso em: 15 jan. 2021.

_____. Senado Federal. **Proposta de Lei nº 1951, de 2021.** Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-1951-2021>. Acesso em: 20 nov. 2021.

_____. Senado Federal. **Proposta de Lei nº 1333, de 2021.** Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148028>. Acesso em 10 out. 2021.

_____. Senado Federal. **Proposta de Lei nº 763, de 2021.** Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147209>. Acesso em 10 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617. Relator: Min. Edson Fachin. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 24.set. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em 10 out. 2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000**. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#/public/resultado/0604054-58.2017.6.00.0000> . Acesso em 10 out. 2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão nº 0000193-92.2016.6.18.0018**. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#/public/resultado/0000193-92.2016.6.18.0018>. Acesso em 10 out. 2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão nº 0601693-22.2018.6.22.0000**. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#/public/resultado/0601693-22.2018.6.22.0000>. Acesso em 10 out. 2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão nº 0602033-74.2018.6.18.0000**. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#/public/resultado/0602033-74.2018.6.18.0000> . Acesso em 10 out. 2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão nº 0600461-12.2019.6.05.0000**. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/#/public/resultado/0600461-12.2019.6.05.0000>. Acesso em 10 out. 2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas do Eleitorado**. Brasília: TSE.

CHAUÍ, Marilena. **O ser humano é um ser social**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

DAHLERUP, D. **Increasing Women's Political Representation: New Trends in Gender Quotas**. In: BALLINGTON, J; KARAN A. (Ed). *Women in Parliament: Beyond Numbers*. Stockholm, Sweden: International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), 2005, p. 141-153. Disponível em: <https://www.idea.int/publications/catalogue/women-parliament-beyond-numbers-revised-edition>. Acesso em: 11 jul. 2021.

HTUN, M. &POWER, T. J. 2006. **Gender, Parties, and Support for Equal Rights in the Brazilian Congress**. *Latin American Politics and Society*, Oxford, v. 48, n. 4, p. 83-104, Winter. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/latin-american-politics-and-society/article/gender-parties-and-support-for-equal-rights-in-the-brazilian-congress/0EA8E5511CBD-D9E48E96513A14419759>> . Acesso em: 11 ago. 2021.

INTER-PARLIAMENTARY UNION (IPU). **Classificação mensal de mulheres nos parlamentos nacionais em outubro de 2021**. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-ranking?month=10&year=2021> . Acesso em: 22 nov. 2021.

KROOK, M.L. **Reforming Representation: The Diffusion of Candidate Gender Quotas Worldwide**. *Politics & Gender*, São Paulo, v.2, n.3, p. 303-327, 2006. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/politics-and-gender/article/abs/reforming-representation-the-diffusion-of-candidate-gender-quotas-worldwide/45FADD355B7E23E79CE9B14A7DF4BC5D>>. Acesso em: 11 jul.2021.

LAENA, Roberta. **Fictícias: candidaturas de mulheres e violência política de gênero**. Editora Radiadora. 2020. 360 p.

LENKIC, M.; GUEDON, P. **A representação feminina no Rio de Janeiro: a influência do capital político herdado no sucesso eleitoral**. *Revista Eletrônica De Ciências Sociais*, [S. l.], n. 23, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/>

index.php/csonline/article/view/17425. Acesso em: 26 nov. 2021.

LISBOA, Natália de Souza; SOUZA, Iara Antunes de. **Autonomia privada e colonialidade de gênero**. In: XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI Belém – PA, 2019, Belém - PA. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/qxo35b07/iUwptRd3eP509O5O.pdf>>. Acesso em: 11 jul.2021.

MACEDO, Elaine Harzheim. **A cota de gênero no processo eleitoral como ação afirmativa na concretização de direitos fundamentais políticos: tratamento legislativo e jurisprudencial**. Revista de Ajuris, v. 41, p. 205-243, Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11430/2/A_cota_de_genero_no_processo_eleitoral_como_acao_afirmativa_na_concretizacao_de_direitos_fundamentais_politicos.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; ALMEIDA, Jéssica Teles. **Abuso de poder político-partidário e a fraude às cotas de candidaturas por gênero**. In: FUX, Luiz et al. (Org.). Direito Eleitoral: temas relevantes. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2018, v. 1, p. 127- 148.

PASSARINHO, Nathalia. **“Candidatas laranjas: pesquisa inédita mostra quais partidos usaram mais mulheres para burlar cotas em 2018”**. Portal Eletrônico do BBC News Brasil [08/03/2019]. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47446723> . Acesso em: 01 jul. 2021.

TIBURI, Márcia. **Delírio do poder: psicopoder e loucura coletiva na era da desinformação**. Rio de Janeiro: Record, 2019.

WYLIE, Kristin; SANTOS, Pedro dos; MARCELINO, Daniel. **Extreme non-viable candidates and quota maneuvering in Brazilian legislative elections**. Opinião Pública. Campinas, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/HM5XsTP4S8dsGmLgdrqd6fq/?lang=en>. Acesso em: 30 de jul. 2021.

ENTRE O INVISÍVEL E O ILEGAL: CONDIÇÕES DE VIDA E SAÚDE NAS PRISÕES FEMININAS DO BRASIL

Aline Cruvello Pancieri

Mestre em Direitos Humanos, Sociedade e Arte pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Bacharel em Direito pela mesma instituição. Atualmente é pesquisadora e educadora autônoma, buscando investigar as interfaces entre Saúde Mental e Direitos Humanos

Resumo:

O presente trabalho busca refletir acerca das questões de saúde física e mental que atravessam as mulheres encarceradas no Brasil, problematizando a implementação dos seus direitos garantidos pela legislação brasileira. São duas as questões norteadoras do artigo: como ocorre a aplicação dos direitos das mulheres encarceradas na prática? Quais são as principais violações de direitos vivenciadas por elas? Os resultados parciais revelam que o Estado brasileiro descumpra sua própria lei, tornando-se responsável pela criação de uma nova política criminal, orientada por medidas de desencarceramento e de desinstitucionalização. Medidas desencarceradoras aplicadas por países latino-americanos são apontadas para gerar políticas públicas inclusivas. Enquanto marco teórico, elencou-se autores da criminologia crítica, como também Foucault para pensar nas dinâmicas do poder disciplinar além de autoras do feminismo negro. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica a partir de trabalhos que investigam a saúde das mulheres presas, como também parte da minha pesquisa do mestrado.

Palavras-chave: Encarceramento feminino; Direitos Humanos; Saúde na prisão.

Introdução

O investimento perverso no *moinho de gastar gente* que é o cárcere ainda se perfaz em uma grande crescente, apesar da sofisticação cada vez maior dos mecanismos de controle social. Segundo os dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional, entre os anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% no Brasil. Nesse mesmo relatório, tem-se que o crime que mais aprisiona homens no país é o delito de roubo,

correspondendo a 31,88% do total da população carcerária masculina, ao passo que, no caso das mulheres, o crime de tráfico aparece como o delito que mais as encarcera, equivalendo a 64,48% (DEPEN, 2017).

Ao olhar especificamente para o panorama do encarceramento feminino, observa-se que entre os anos de 2000 e 2014 houve um pico de crescimento, verificado em termos percentuais ainda maior que o masculino. Nesse sentido, demonstram os dados do DEPEN (2014): enquanto o encarceramento de mulheres foi de 567% nesse período, o aprisionamento de homens foi de 267% no mesmo lapso temporal.

A literatura consultada indica que o expressivo encarceramento de mulheres no Brasil está estritamente relacionado à política de drogas proibicionista e repressiva, que obedece a uma lógica violadora de garantias individuais e de princípios constitucionais, como a presunção de inocência e a proporcionalidade das penas, dentre outros. De maneira geral, o recrudescimento das leis e de sua aplicação pelo Poder Judiciário tem como base o discurso do(a) traficante como *inimigo(a) público(a)* e alvo preferencial do sistema penal, ou seja, aquele(a) *não-sujeito(a)* de direitos. Tal categoria serve à consolidação de práticas autoritárias e confere continuidade à tradição brasileira de controle social da pobreza, ao cooptar para dentro do sistema os(as) mais pobres e vulneráveis.

Vera Malaguti afirma que a questão criminal é fundamental na economia do neoliberalismo, e é certo que o poder punitivo funciona como o *braço direito* desse modelo mortificante (MALAGUTTI, 2011). Nesse sentido, é imprescindível olhar para o fenômeno do aumento do encarceramento feminino a partir das complexas condições sociopolíticas do país, que se traduzem em um cenário de extrema desigualdade social e altos níveis de pobreza, fatores estes que conduzem à ampliação da economia informal¹. Por esse tipo de economia também envolver mercados ilegais, há um esgarçamento dos limites entre o lícito e o ilícito, criando uma verdadeira zona cinzenta dentro das escassas possibilidades de ganho financeiro disponíveis.

Frise-se que a *inimiga pública, ou, a não-sujeita de direitos*, possui estereótipo bem definido. Segundo os dados do Infopen Mulher (2017), 63,55% das mulheres presas são pardas ou pretas; 47,33% possuem entre 18 e 29 anos; 79,3% são mães; 44,42% possuem o ensino fundamental incompleto e cerca de 37,67% são presas provisórias, ou seja, que ainda não possuem sentença condenatória. Trata-se das mulheres que condensam em si os maiores estigmas sociais, e um nó de opressões manifesto em sua classe social, sua cor de pele e em seu gênero.

Soma-se a isso o fato de diversas investigações apontarem para a predominância das mulheres ocupando os cargos mais baixos e descartáveis dentro

1 A notável incidência das mulheres no mercado informal de trabalho ocasionada pelo aumento dos níveis de assimetrias sociais, agravou o processo conhecido como *feminização da pobreza*. Este processo leva em conta não só os índices acirrados de pobreza entre as mulheres, mas também o aumento dos lares pobres por elas chefiados.

da estrutura do tráfico, como é o caso das mulheres mulas², o que as tornam mais vulneráveis às abordagens policiais, e, conseqüentemente, ao seu encarceramento (HELPS, 2014; CHERNICHARO, 2014; GIACOMELLO, 2013). Tal fator dialoga com a divisão sexual e racial do trabalho, categoria utilizada pelas ciências sociais, que evidencia a hierarquização do trabalho dentro do sistema capitalista patriarcal racista.

Diante desse contexto, é necessário refletir acerca dos impactos sociais advindos do exacerbado aumento de mulheres presas na última década, fenômeno este que se configura como um grande problema de Saúde Pública³. Assim, o presente trabalho se propõe a analisar quais são as principais violações de direitos vivenciados pelas mulheres encarceradas no Brasil, no que toca o direito à vida e à saúde. Frente às poucas garantias que possuem, como se dá a sua aplicação na prática? A hipótese inicial era no sentido do descumprimento dos direitos, como um indício da grande fragilidade democrática brasileira. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, a partir de trabalhos empíricos que investigam o tema da saúde física e mental nas prisões femininas, como também parte da minha pesquisa de mestrado⁴.

Ainda careceremos de pesquisas transdisciplinares entre o campo dos Direitos Humanos e da Saúde Mental que superem modelos normativos, etiológicos e patologizantes. Em contrapartida ao pensamento positivista, a presente análise será atravessada pela criminologia crítica, que, desloca o foco da pessoa do *delinquente* em para os processos sociais e institucionais de criminalização. Esse paradigma pressupõe que os mecanismos institucionais de reação ao desvio definem e selecionam quem será cooptado pelo poder punitivo e também quem será imunizado.

Além disso, utilizaremos o feminismo negro como o viés analítico do nó de opressões vivenciados pelas mulheres encarceradas, os quais perfazem questões estruturais de classe, raça e gênero. Angela Davis afirma que o sistema prisional é um sistema de controle dos corpos negros, e que a luta contra as prisões é a luta contra a escravidão dos tempos modernos, pois o sistema

2 As mulheres nessa condição se transformam em um verdadeiro “correio de droga”, na medida em que a sua função é basicamente transportá-la de um lugar ao outro. Na maioria dos casos o transporte é feito dentro do próprio corpo da mulher, simbolizando sua condição de gênero ao extremo. Aqui o corpo feminino expressa toda a forma de violação, e funciona como uma verdadeira “trincheira aberta” se transformando em um território público. No curso de uma história de vida marcada pela violência, a utilização das partes íntimas como “recipiente da droga” parece ser mais uma das várias formas de violação que as mulheres sofrem (GIACOMELLO, 2013).

3 Frise-se que aqui pensamos o conceito de saúde dentro da Saúde Coletiva, de modo a refletir sobre a relação entre saúde e sociedade e a pensar nas repercussões que a saúde individual possui para além do próprio indivíduo. Segundo Canguilhem, saúde ou doença não podem ser definidos meramente pelas regularidades funcionais e anatômicas da biomedicina, mas sim a partir de suas implicações históricas e sociais (CANGUILHEM, 2012).

4 Minha pesquisa de mestrado se intitulou: “Traficantes grávidas no banco dos réus: um estudo feminista crítico do controle penal sobre mulheres em situação de maternidade no Rio de Janeiro” e foi defendida em 2017.

prisional é estruturalmente racista (DAVIS, 2009). Por fim, utilizaremos Foucault enquanto um pensador fundamental das relações e dinâmicas do poder.

Saúde na prisão: mortificação em vida

O cárcere é uma instituição total organizada e orientada pela manutenção do *status quo*, que possui a violência enquanto premissa. Seu investimento se dá no assujeitamento da pessoa encarcerada, em seu processo disciplinar e na produção de mortificações. Na passagem da sociedade de soberania para a sociedade disciplinar, a prisão emerge enquanto uma tecnologia disciplinar do corpo, fabricando corpos submissos e obedientes (FOUCAULT, 1999). Nesse sentido, o alvo do poder disciplinar é o adestramento do corpo, ao produzir envenenamentos subjetivos e um *continuum* de abusos e violações.

Pensar em saúde no cárcere é um antagonismo, uma vez que o confinamento e o cerceamento de direitos por si são essencialmente patologizantes, tanto no que se refere à saúde física quanto mental da pessoa presa. Soma-se a isso o fato de que as prisões no Brasil foram pensadas e construídas para homens, sem considerar as especificidades e necessidades femininas (como por exemplo as questões relacionadas à maternidade, à menarca, entre outras tantas), o que torna a realidade das mulheres encarceradas ainda mais complexa.

No entanto, é preciso considerar que a legislação brasileira garante o direito à vida e à saúde invariavelmente para todos os cidadãos, inclusive para os(a) encarcerados(as), como dispõe a Constituição Federal em seu artigo 196. Frise-se que o sistema carcerário brasileiro é regulamentado pela Lei de Execuções Penais (LEP), que determina como deve ser executada e cumprida a pena de privação de liberdade, restrição de direitos e medida de segurança. A LEP postula em seu artigo 11, que as pessoas em privação de liberdade possuem direito à assistência material, saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa.

No tocante à saúde da mulher presa especificamente, em 2014 foi instituída a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE), visando reformular as práticas do sistema prisional brasileiro. Seu objetivo principal foi buscar garantir os direitos das mulheres presas, incentivando ações destinadas à complementação e ao acesso aos direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal.

A assistência psicológica, por sua vez, foi inserida oficialmente na equipe no sistema prisional com o PNSSP (Portaria Interministerial N° 1.777, 2003), que no ano de 2014 se transformou em PNAISP (Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional), no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). A função do psicólogo no cárcere sempre esteve direcionada a produzir exames criminológicos que servem para subsidiar decisões judiciais e não propriamente para prestar

algum tipo de acompanhamento psicológico às pessoas presas⁵.

Apesar da criação de algumas políticas públicas que buscam instrumentalizar e efetivar os direitos à saúde garantidos na legislação brasileira, a calamidade, a insalubridade e a perversidade do sistema prisional perduram. A realidade das penitenciárias brasileiras são verdadeiras “caixas de pandora” – é extremamente difícil encontrar dados confiáveis sobre as condições de saúde das pessoas presas e sobre o número de mortos dentro do sistema penitenciário brasileiro. Obscurantismo, informações sem estatísticas completas, fragilidades e inconsistência na produção e mediação dos dados são características que acompanham os relatórios oficiais do Ministério da Justiça. A ausência de uma melhor qualidade teórica e metodológica na produção desses dados certamente corrobora para ocultar o fenômeno em questão, como também impede um entendimento aprofundado do mesmo (BOGGO; ROTTA, 2019).

Segundo o relatório do DEPEN de 2014, menos de 40% das unidades prisionais contavam com um módulo de saúde e eram apenas 499 clínicos gerais para atender os mais de 600 mil presos – ou seja, uma média de um médico para 1.300 pessoas (DEPEN, 2014). Esse mesmo relatório revelou que a taxa de mortes intencionais dentro das prisões é seis vezes maior do que a taxa de crime letais intencionais verificada no Brasil em 2013. Enquanto na população encarcerada a taxa indicada foi de 95,23 para cada 100 mil, na população geral era de 29,1. O último relatório publicado em 2017, por sua vez, revelou que a taxa de óbitos é de 15,2 para cada grupo de 10 mil pessoas presas, (DEPEN, 2017).

Um estudo feito por Minayo e Constantino deflagrou um número alarmante de doenças que acometem pessoas presas, dentre elas: tuberculose, bronquite e problemas respiratórios em geral; problemas cardíacos; doenças infecciosas; doenças dermatológicas; entre muitas outras. No que toca à saúde mental, observou-se que a depressão, ansiedade e sintomas de estresse estão presentes na expressiva maioria dos entrevistados (MINAYO e CONSTANTINO, 2015). Em um sentido similar, outra pesquisa realizada na Paraíba constatou que 33,1% das mulheres presas no Estado possuíam depressão, número superior ao dos homens: 22,9%. Em estágio grave, o percentual das mulheres também supera o masculino: 17,2% no que se refere a elas e 10,5% aos homens (ARAÚJO, 2009).

Para a minha pesquisa do mestrado, entrevistei 41 mulheres grávidas ou puérperas na penitenciária Talavre Bruce e na Unidade Materno Infantil no Rio de Janeiro, entre os meses de julho e agosto de 2015. No tocante ao perfil socioeconômico das entrevistadas, verificou-se que a maior parte delas

5 Com o advento da Lei nº 10.792/03, foi eliminada a necessidade dos exames criminológicos para a progressão de regime e para o livramento condicional, permanecendo os outros requisitos listados na LEP. No entanto, os Tribunais Superiores seguem se posicionando pelo caráter opcional dos exames, podendo ser solicitados em certos casos. Nesse sentido, a atuação do psicólogo nos cárceres brasileiros não está voltada para os cuidados mentais da pessoa encarcerada, mas sim para o seu monitoramento, endossando ainda mais o viés etiológico.

era presa provisória (73%), preta ou parda (78%), solteira (82%), jovem de até 27 anos (78%) e de baixa escolaridade (75% com ensino fundamental incompleto). Também foi constatado que a maior parte delas estava presa pelo crime de tráfico (46%), o que corrobora com os dados do DEPEN e de outras pesquisas realizadas na área (PANCIERI, 2017).

O maior problema de saúde reportado pelas mulheres à época foi a depressão (50%), seguido de problemas cardíacos (10%) e respiratórios (10%) (PANCIERI, 2017). O alto índice de depressão entre as mulheres presas estava conectado ao seu múltiplo apenamento, que transcendia em muito a sua sentença condenatória⁶ e se manifestava em processos de adoecimento e de extrema solidão. Solidão esta que parecia ser um dos efeitos do baixíssimo número de visitas recebidas, da absoluta ausência de visitas íntimas e no modo cruel de viver a maternidade no cárcere.

Foram muitas as violações de direitos humanos deflagradas na pesquisa: recebi relatos de agressões físicas e verbais por parte dos agentes penitenciários, além de situações que colocavam a vida da mulher presa e de seu bebê completamente em risco. Nesse sentido, uma das entrevistadas deu à luz dentro de uma viatura policial, em razão de não ter sido atendida quando informou que a bolsa havia estourado. Inúmeras mulheres se queixaram a despeito da falta de atendimento quando solicitam, e/ou do atendimento médico dentro do cárcere haver sido realizado por uma enfermeira, inclusive no que se referia aos cuidados ginecológicos (PANCIERI, 2017).

Na época em que se realizou a pesquisa de campo (2015), ainda não havia uma lei estadual e/ou federal que proibisse expressamente o uso de algemas durante o trabalho de parto e no pós parto. Nesse sentido, selecionei algumas denúncias a despeito do uso abusivo de algemas em tais circunstâncias, somado a agressões verbais e outras violações:

Depois do parto, comecei a dar hemorragia e ele me algemou no corredor. Fiquei passando mal ali algemada. (Sara)⁷

O SOE demora muito a chegar, quando vem. No hospital, eu dormi algemada e amamentei o meu filho algemada. A enfermeira perguntou se eu tinha alguma coisa e o SOE foi e falou: “já viu presa ter alguma coisa? Presa não tem direito a nada!.(Angélica)

O SOE dizia que o que a gente tinha na barriga era cachaça ou lombriga. Dizia que grávida só toma na cara. No dia que fui tomar toque, o SOE que era homem ficou lá dentro da sala junto comigo olhando. (Joana)

6 Sentença condenatória no que se refere às poucas mulheres que haviam sido julgadas, o que não era a realidade da maior parte das entrevistadas. Nesse sentido, 73,2% delas eram presas provisórias, ou seja, estavam se submetendo a uma gravidez/maternidade de risco no cárcere de forma inconstitucional (PANCIERI, 2017). Esse é um dado de extrema relevância, pois a maior parte das mulheres estão sendo submetidas à diversas violações e violências quando nem deveriam estar presas de acordo com a nossa lei.

7 Frise-se que respeitamos o anonimato das entrevistadas. Os nomes apresentados aqui (bem como na dissertação) são fictícios.

Os relatos acima conseguem ilustrar como se dá a seletividade penal sobre os corpos das mulheres presas, além dos atravessamentos de gênero e raça que incorrem nos abusos vivenciados por elas. Além de multifacetado, seu apenamento é ilegal e criminoso, podendo inclusive incorrer em práticas de tortura. Como diz Nilo Batista, os senhores de engenho foram transformados em órgãos da execução penal, e assim o poder punitivo formal, através do direito penal, se tornou o eixo central de controle dos corpos negros (BATISTA, 1998).

Ademais, as falas das entrevistadas reforçam a perspectiva foucaultiana no sentido de que a prisão é um suplício da alma, um exercício de controle, disciplina e mortificação das subjetividades. A partir de suas narrativas se revelam processos de mutilação da sua saúde física e mental que também resvalam na total perda das suas individualidades domínio sobre si, processos esses que se dão através dos rebaixamentos, degradações e humilhações sofridas.

A maternidade vivenciada na prisão se revela como uma das facetas mais perversas do cárcere, pois envolve violências, contradições e sofrimentos intensos tanto para as mulheres presas quanto para os seus filhos. No cárcere, se verifica que os direitos reprodutivos das mulheres e aqueles relacionados à sua saúde são amplamente desrespeitados, o que está em total desacordo com a disposição legal. A deficiente assistência pré-natal, a precariedade da alimentação e das condições de abrigo, o estresse psicológico, além do uso ilegal de algemas são alguns dos muitos fatores que colocam a vida das mulheres em risco.

Outra importante questão a ser problematizada é o desrespeito frontal a um dos princípios constitucionais norteadores da democracia, brasileira qual seja, da intranscendência da pena, ou da pessoalidade, o qual garante que somente a pessoa condenada, e, mais ninguém poderá responder pelo fato praticado (artigo 5º, XLV da CF). A atual prática judiciária de manter mulheres grávidas e mães encarceradas com seus filhos, ou ainda de separá-los precocemente, possui efeitos nefastos não apenas sob a mulher presa como também sob seu bebê e toda a sua estrutura familiar – o que, inclusive, se dá na maior parte dos casos de forma antecipada e ilegal, tendo em vista que em sua maioria são presas provisórias.

Desencarcerar é preciso

Diante da evidente inconstitucionalidade que envolve manter mães e filhos encarcerados, em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) concedeu ordem de Habeas Corpus coletivo (nº 143.641) para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres presas ou adolescentes em medida socioeducativa gestantes e mães de crianças até 12 anos e/ou pessoas com deficiência sob a sua guarda. Foram estabelecidas como exceções as acusadas de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça e os contra os descendentes, bem como em situações

excepcionalíssimas.

A decisão é uma inovação que reconheceu os incontestáveis direitos violados por esse cenário que comporta partos na prisão, mulheres algemadas em trabalho de parto e após o parto, ausência de assistência médica adequada e falta de contato com familiares (ALANA; CADHU, 2019). No entanto, a postura do STF deu margem a discricionariedades e arbitrariedades ao admitir a negação da prisão domiciliar em situações excepcionalíssimas sem delimitar exatamente quais seriam tais situações.

O cumprimento do acórdão do HC coletivo ficou subordinado aos Presidentes dos Tribunais Estaduais, Federais e Militares que, no prazo máximo de sessenta dias, deveriam implementar os parâmetros estabelecidos pelo STF nos termos do art. 318, incisos IV e V, do CPP. Desse modo, a expectativa era de que o Judiciário assumisse uma postura ativa a fim de dar pleno cumprimento à ordem judicial (ITTC, 2019). Entretanto, sabe-se que o sistema de justiça criminal brasileiro é extremamente conservador e retrógrado, apresentando resistências quando se trata de expandir e garantir direitos, o que não foi diferente no presente caso⁸.

Apesar de reconhecerem a importância da medida em questão, Dias e Meneguetti (2020) afirmam que a admissão no acórdão de situações excepcionalíssimas sem parâmetros definidos reforçou o corporativismo do STF. As autoras apontam para a grande resistência do sistema de justiça criminal brasileiro em efetivar medidas alternativas à prisão, como também a cultura de penalizar ainda mais as mulheres do que os homens (DIAS e MENEGUETTI, 2020). Assim, Dias e Meneguetti apostam que a ordem de HC coletivo destinado a todas as mulheres presas gestantes e mães não se fixará como um padrão efeito nas decisões das cortes do país.

Outras pesquisas também indicam que as decisões denegatórias da prisão domiciliar às mulheres evidenciam que o exercício da maternidade é julgado e avaliado pelos juízes de forma moralista e subjetiva, sem respeitar os critérios estabelecidos pela lei (BRAGA e FRANKLIN, 2016; PANCIERI, 2017; ITTC, 2019). A figura da criminosa é socialmente irreconciliável com o ideal da mãe e da mulher perfeita, e é exatamente por esta razão que as situações excepcionalíssimas servem como subterfúgio para a resistência da justiça criminal em aplicar medidas alternativas (BRAGA e FRANKLIN, 2016).

Por conseguinte, meses após a concessão da ordem do HC coletivo em questão, o ex presidente do Brasil Michel Temer decretou o indulto do dia das mães. O decreto inclui presas por tráfico privilegiado; mães; gestantes com gravidez de risco; mulheres portadoras de deficiência; avós que sejam pro-

8 Além disso, ressalta-se a Lei nº 13.769/2018 que alterou o Código de Processo Penal para afastar a discricionariedade quanto à substituição da prisão preventiva por domiciliar a gestantes e mães ao acrescentar os artigos 318-A e 318-B e propor que a “prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar”, desde que a mulher não cometa crimes com violência ou grave ameaça à pessoa ou contra o próprio filho, reforçando os ditames do HC coletivo nº 143.641.

vedoras de pessoas com deficiência e/ou netos de até doze anos de idade; mulheres que não tenham sido condenadas por cometer crime mediante violência ou grave ameaça, assim como as que não tenham sido punidas com a prática de falta grave⁹. Frise-se que o indulto é um perdão da pena, de modo a extinguir a punibilidade, o qual é concedido tão somente pelo presidente da República¹⁰.

No contexto latino-americano, também vale destacar o indulto proferido em 2008 pelo então presidente do Equador Rafael Correa a pessoas que transportam consigo pequenas quantias de drogas. Na concepção acertada do ex presidente Rafael Correa, as pessoas nessa situação seriam vítimas do tráfico e não propriamente autoras do crime (ITTC, 2013). O pedido do presidente foi atendido em 7 de julho de 2008, quando foi aprovada pela Assembleia Constituinte a chamada “Resolución Para El Indulto De Las Personas Que Transportan Pequeñas Cantidades de Substancias Psicotrópicas Y Estupefacientes”.

Ademais, ressalta-se a experiência da Costa Rica que em 2014 aprovou o projeto de lei alterando o tipo penal do tráfico de drogas, reduzindo assim a pena mínima de oito para três anos. Tal redução se deu apenas para as mulheres mulas portadoras de pequenas quantidades de drogas, ao reconhecer sua condição de vulnerabilidade econômica e o fato serem mães solteiras e em geral as únicas provedoras de suas casas¹¹. Através da reforma as mulheres podem cumprir pena domiciliar, entre outras medidas despenalizadoras.

Considerações finais

A preservação da saúde das mulheres encarceradas é um direito inviolável que não admite ação discriminatória. Problemas de saúde e mortes dentro do sistema prisional são sempre uma responsabilidade do Estado. É notório que o Estado brasileiro tem sido omissivo ao não exercer sua função de acompanhamento da execução penal e ao não garantir os direitos das mulheres privadas de liberdade, o que denota a grande fragilidade da democracia brasileira. Nesse sentido, recai sob o mesmo a urgente responsabilidade em fazer valer as medidas desencarceradoras já existentes – como é o caso da ordem de HC coletivo e do indulto do dia das mães, e de seguir investindo em saídas de

9 No ano anterior, ex presidente também havia assinado um decreto semelhante, que se restringia a gestantes com gravidez de risco.

10 Ainda carecemos de pesquisas que investiguem os efeitos do indulto de 2018. No entanto, a Pastoral Carcerária publicou um relatório analisando os efeitos do indulto de 2017. Segundo a instituição, há um grande abismo entre o número de presas que poderiam ser beneficiadas com o indulto e a quantidade de mulheres presas que efetivamente foram apreciadas com a medida. Disponível em: <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/pastoral-carceraria-lanca-pesquisa-avaliando-a-efetividade-do-indulto-do-dia-das-maes-de-2017>. Acesso em 2021.

11 Disponível em: <https://idpc.net/es/blog/2013/08/reforma-en-la-ley-de-drogas-de-costa-rica-beneficia-a-mujeres-en-condiciones-de-vulnerabilidad-y-sus-familias>. Acesso em 2021.

sinstitucionalizadoras. É fundamental que se considere os atravessamentos de gênero, raça e classe presentes nos processos de criminalização das mulheres e na respectiva formulação de uma nova política criminal.

Conferir às mulheres a possibilidade de retornar à sua casa e família é evitar o custo de mais vidas humanas. Assim, o presente trabalho reafirma a atmosfera patológica de rupturas, ausências e mortes características das instituições prisionais. Espera-se que esse estudo possa contribuir para o debate sobre a saúde nas prisões brasileiras, ampliando o conhecimento sobre as interfaces entre as violações de direitos humanos e saúde no cárcere.

Referências

ARAÚJO, Fábio Alves Ferreira Maia de. **Prevalência de Depressão e Ansiedade em Detentos**. Revista Avaliação Psicológica, 2009. p. 381-390.

BATISTA, Nilo. **Política Criminal com Derramamento de Sangue**. Discursos Sediciosos. Rio de Janeiro, ano 03, n. 05-06, p. 77-93, 1998.

BATISTA, Vera Malagutti. **Introdução à criminologia crítica brasileira**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Revan, 2011.

BOGO L. A.; ROTTA, B. **Muertes en prisión preventiva en Brasil. Prisiones que matan; muertes que importan poco**. *Revista De Ciencias Sociales*, 32(45), 67-90, 2019. <https://doi.org/10.26489/rvs.v32i45.3>.

BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei 12.403/2011**. *Quaestio Iuris*, vol. 1, nº 1, p. 349-375, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen**. Brasília, DF, 2017a

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen**. Brasília, DF, 2014.

CANGUILHEM, G. **O normal e o patológico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil**. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014.

DAVIS, Angela Y. **A democracia da abolição: para além do império, das prisões e da tortura**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1999

GIACOMELLO, Corina. **Género, drogas y prisión: experiencias de mujeres privadas de su libertad en México**. México: Tirant lo Blanch, 2013.

INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM. **Reforma en la Ley de Drogas de Costa Rica beneficia a mujeres em condiciones de vulnerabilidad y sus familias.** Disponível em <https://idpc.net/es/blog/2013/08/reforma-en-la-ley-de-drogas-de-costa-rica-beneficia-a-mujeres-en-condiciones-de-vulnerabilidad-y-sus-familias>. Acesso em 2021

INSTITUTO ALANA; COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS. **Pela liberdade:** a história do habeas corpus coletivo para mães e crianças. São Paulo: ALANA e CADHu, 2019.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. **As consequências do discurso punitivo contra as mulheres “mulas” do tráfico internacional de drogas:** ideias para a reformulação da política de enfrentamento às drogas no Brasil. São Paulo: ITTC, 2013.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. **Maternidade Sem Prisão: diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres.** São Paulo: ITTC, 2019.

HELPE, SINTIA SOARES. **Vidas em jogo:** um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MELLO, DANIELA CANAZARO DE. **A prisão feminina:** gravidez e maternidade: um estudo da realidade em Porto Alegre RS/Brasil e Lisboa/Portugal. 2014. 32f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

MENEGHETTI, VANESSA; DIAS, CAMILA CALDEIRA NUNES. **A (não) aplicação de prisão domiciliar a gestantes e mães:** um estudo sobre o cumprimento do HC coletivo nº 143.641 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RBCCRIM, nº 165, p. 379-422, mar. 2020.

MINAYO, M. C. S., & CONSTANTINO, P. **Deserdados sociais:** Condições de vida e saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Editora Fiocruz, 2015

PANCIERI, ALINE CRUELLO. **Traficantes grávidas no banco dos réus:** um estudo feminista crítico do controle penal sobre mulheres em situação de maternidade no Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017.

PASTORAL CARCERÁRIA. **Em defesa do desencarceramento de mulheres. Pesquisa sobre o impacto concreto do Indulto do Dia das Mães de 2017.** 2018.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 8 VI CIDHCoimbra 2021

Organizadores:

Vital Moreira

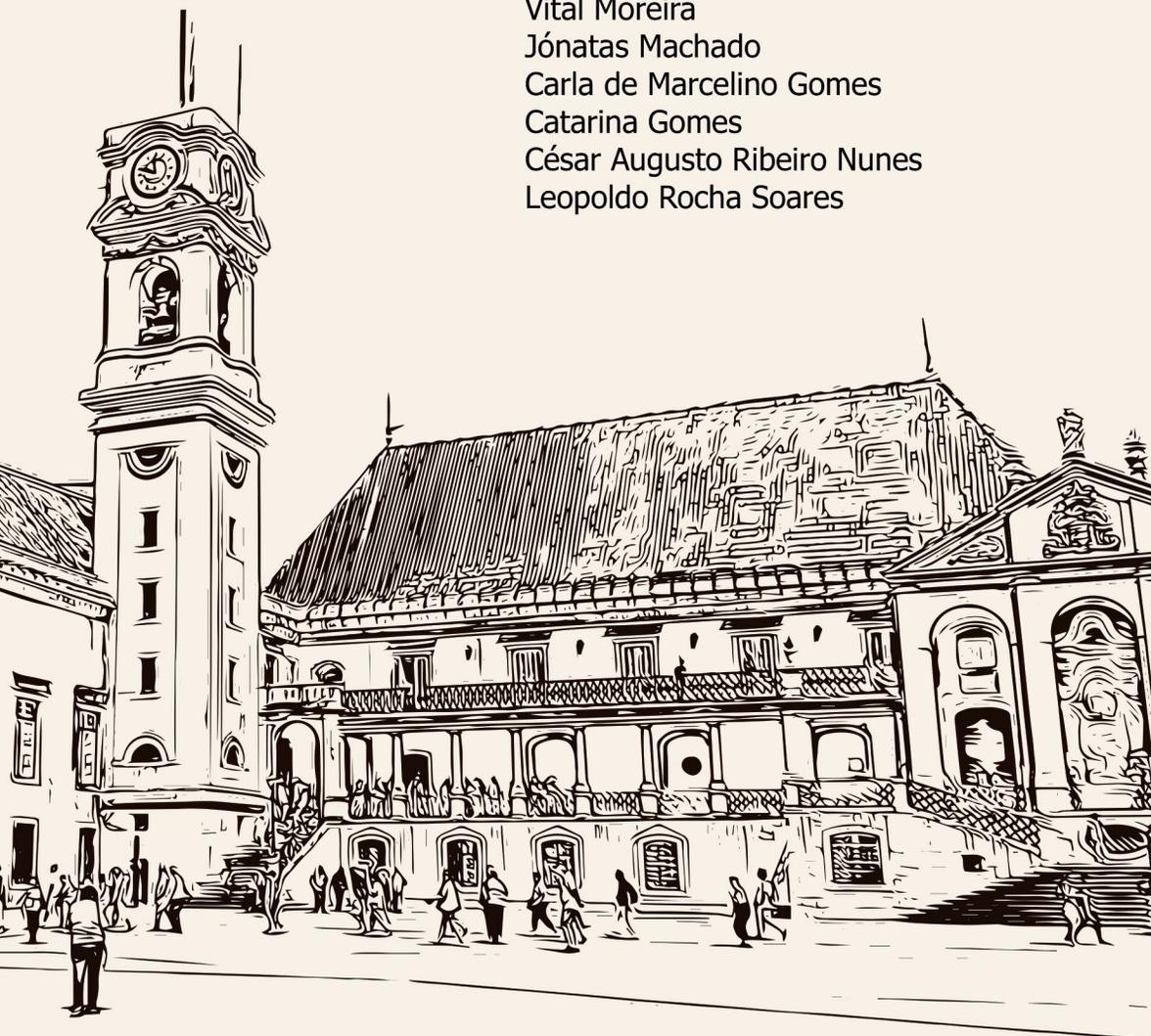
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-89537-23-6



9 17865891537236

