

PPGD UNIRIO



DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Public Policy Law

Journal of the Graduate Program in Law
of the Federal University of the State of Rio de Janeiro

VOLUME 3 N° 1
JANEIRO – JUNHO 2021
JANUARY – JUNE 2021

ISSN: 2675-1143

EXPEDIENTE - Revista Direito das Políticas Públicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Vol. 3, n. 1, jan./jul. 2021. ISSN 2675-1143

Reitor

Prof. Dr. Ricardo Silva Cardoso

Vice-Reitor

Prof. Dr. Benedito Fonseca e Souza Adeodato

Pró-Reitora de Pós-Graduação, Pesquisa e Inovação

Profa. Dra. Evelyn Goyannes Dill Orrico

Diretora da Biblioteca Central

Márcia Valéria da Silva de Brito Costa

Biblioteca Setorial do CCJP

Filomena Angelina Rocha de Melo

Lídia Oliveira de Seixas

Renata da Silva Falcão de Oliveira

Thalita Oliveira da Silva Gama

Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes

Coordenação do Curso de Mestrado em Direito

Prof. Dr. Leonardo Mattietto

Editores

Prof. Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Prof. Dr. André Luiz Coelho Farias de Souza

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ben Boer, Universidade Wuhan, China; Universidade de Sydney, Austrália

Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas - SP, Brasil

Prof. Dr. David Cassuto, Universidade Pace, Estados Unidos da América do Norte

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Profa. Dra. Griselda Capaldo, Universidade de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Julien Théron, Universidade Toulouse Capitole, França

Profa. Dra. Marie-Hélène Monserie-Bon, Universidade Paris II, França

Prof. Dr. Santiago Ripol Carulla, Universidade Pompeu Fabra, Espanha

Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho, Universidade Federal de Goiás, Brasil

Prof. Dr. Talden Farias, Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Prof. Dr. Tiago Duarte, Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Comissão Editorial

Prof. Dr. André Coelho

Profª. Dra. Claudia Gurgel

Prof. Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Prof. Dr. José Gabriel Assis de Almeida

Prof. Dr. Leonardo Mattietto

Profª. Dra. Patrícia Serra Vieira

Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes

Profª. Dra. Rosalina Corrêa de Araújo

Comissão Assistente Editorial

Ms. Eliane Vieira Lacerda Almeida

Ms. Juliana Mattos dos Santos Joaquim

Ms. Milton Leonardo Jardim de Souza

Ms. Thuany de Moura C. Vargas Lopes

Mestradas e Mestrandos

Ana Beatriz Costa Neves

Ariane Albuquerque de Lima Oliveira

Beatriz de Bragança

Fabiana Rodrigues Paulo Netto

Luana Cristina da Silva Dantas

Marta Catarina Clem

Matheus Goulart

Vanessa Therezinha Sousa de Almeida

Vivian Tavares Fontenele

Capa - Thuany de Moura C. Vargas Lopes Imagem – Canva.com

Revista Direito das Políticas Públicas [recurso eletrônico] /

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIRIO.

Vol. 3, n. 1 (2021) - Rio de Janeiro, RJ: Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2021.

Acesso em: <http://www.seer.unirio.br/index.php/rdpp/index>

Semestral

ISSN: 2675-1143

1. Ciências Jurídicas - Periódicos. I. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

CDD: 340

Bibliotecária: Thalita Gama – CRB 7/6618 - Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP/

UNIRIO, Rua Voluntários da Pátria, nº 107, Botafogo, Rio de Janeiro – RJ, CEP: 22.270-000.

SUMÁRIO – SUMMARY

EDITORIAL _____ 6

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: TENSÕES ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO _____ 9

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN THE INFORMATION SOCIETY: TENSIONS BETWEEN THE RIGHT TO INTIMACY AND PRIVACY AND THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION _____ 9

Aline Monteiro Garcia
Priscilla de Oliveira Paula

IGUALDADE RACIAL - CAMINHOS A SEREM CAMINHADOS _____ 24

RACIAL EQUALITY - PATHS TO BE WALKED _____ 24

Sérgio Luís Tavares

EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO AO IDOSO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 _____ 60

EFFECTIVENESS OF THE RIGHTS OF THE ELDERLY IN BRASIL: THE PROTECTION OF THE ELDERLY AFTER THE CONSTITUTION OF 1988 _____ 60

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann
Sérgio Assunção Rodrigues Junior
Catia Martins Gonçalves

OS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E AS VIOLAÇÕES EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19 _____ 94

THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AND VIOLATIONS IN TIMES OF COVID-19 PANDEMIC _____ 94

Loriene Assis Dourado Duarte
Acácia Gardênia Santos Lelis
Thiago Vieira

A QUESTÃO DA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NUMA DIMENSÃO BIOÉTICA, SOB UM CENÁRIO PANDÊMICO. _____ 110

THE QUESTION OF DEFENSE OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS IN A BIOETHICAL DIMENSION, UNDER A PANDEMIC SCENARIO. _____ 110

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann

HOW MARKET INSTRUMENTS AND THE ECONOMY CAN CONTRIBUTE TO THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT _____ 130

COMO OS INSTRUMENTOS DE MERCADO E A ECONOMIA PODEM CONTRIBUIR PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL _____ 130

Michael Faure

“BIOHACKING NUDGES” NO ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO AO ALUNADO COM DUPLA EXCEPCIONALIDADE _____ 166

“BIOHACKING NUDGES” IN SPECIALIZED EDUCATIONAL SERVICE TO TWICE EXCEPTIONAL STUDENTS _____ 166

Guilherme Carneiro Leão Farias

NOVAS MASCULINIDADES E POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR _____ 196

NEW MASCULINITIES AND PUBLIC POLICIES OF FAMILY COEXISTENCE _____ *Erro! Indicador não definido.*

Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Eliane Vieira Lacerda Almeida

PROJETO ADOÇÃO SEGURA DA COMARCA DE MARINGÁ: O ALCANCE SOCIAL DO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL Nº 16 ADOTADO PELA ONU E A EFETIVAÇÃO DOS DIRETOS DA PERSONALIDADE _____ 218

SAFE ADOPTION PROJECT FROM COUNTY OF MARINGÁ: THE SOCIAL SCOPE WIRH SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS Nº 16 ADOPTED BY THE UN AND THE EFFECTIVENESS OF PERSONAL RIGHTS _____ 218

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro

Ana Maria Silva Maneta

VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMO PODER DE POLÍCIA: ANÁLISE DA EFETIVIDADE CONTRAPRESTACIONAL DO ESTADO _____ 249

PUBLIC SANITARY SURVEILLANCE AS POLICE POWER: ANALYSIS OF THE STATE'S CONTRAPRESTATIONAL EFFECTIVENESS _____ 249

Jofre Luis da Costa Oliveira

Thiago da Penha Lima

EDITORIAL

Chegamos ao Volume 3 Número 1 da Revista Direito das Políticas Públicas do PPGD/UNIRIO.

A primeira parte deste número encerra o Dossiê Especial dedicado ao Projeto Pílulas de Direitos Humanos, com alguns artigos publicados em nosso número anterior e os demais neste. O Projeto veio como uma resposta à demanda da sociedade registrada durante o ano de 2020 no que diz respeito às violações de direitos humanos comunicadas nos canais telefônicos de recebimento de denúncias do Governo do Estado do Rio de Janeiro. Neste sentido, a Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO e o Governo do Estado elaboraram uma parceria para produção de vídeos curtos que tratassem dos temas mais relevantes dentre aqueles denunciados nos canais telefônicos.

O Projeto contemplava o aspecto extensionista, na produção de vídeos, quanto de ensino e pesquisa, por meio da formação dos alunos de graduação e pós-graduação e por meio da produção de trabalhos acadêmicos sobre as temáticas envolvidas. O presente número da RDPP apresenta a continuidade daqueles estudos, frutos da pesquisa acadêmica realizada em conjunto por professores, profissionais e alunos, tendo os trabalhos ora publicados sido submetidos ao processo de avaliação cega por pares (double-blind review) empregado pela Revista. Na linha editorial, compreendemos que todos os artigos estão no contexto de políticas públicas na medida em que são formulações de reflexões para respostas a problemas públicos, problemas que foram percebidos pelo Estado e tratados do ponto de vista individual e de segurança pública, conforme cada caso, e que ensejaram a pesquisa acadêmica para que tais problemas possam também ser enfrentados do ponto de vista da política pública, buscand-se soluções que possam vir a ser empregadas pelos diversos setores de formulação de políticas.

Os temas abordam questões relacionadas a direitos humanos. O primeiro artigo, O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: TENSÕES ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, de Aline Monteiro Garcia e Priscilla de Oliveira Paula, reflete sobre a tensão entre o direito à privacidade e à intimidade e o direito à informação e à liberdade de expressão em razão das tecnologias da informação que tornam perenes

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

fatos que em outras épocas cairiam no esquecimento. O segundo artigo, IGUALDADE RACIAL - CAMINHOS A SEREM CAMINHADOS, de Sérgio Luís Tavares, discute o racismo no Brasil e o quanto ainda precisamos caminhar para superar esta prática ainda tão presente na cultura brasileira e que impedia concretização da igualdade substancial estabelecida na Constituição.

Em seguida, apresentamos o artigo de Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, Sérgio Assunção Rodrigues Junior e Catia Martins Gonçalves, A FETIVIDADE DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO AO IDOSO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988, que reflete sobre o contraste entre a ampla produção normativa de proteção ao idoso e sua baixa efetividade, situação preocupante face ao aumento da população de idosos no Brasil, como demonstram os dados do IBGE trabalhados no artigo.

O artigo, OS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E AS VIOLAÇÕES EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19, de Lorienne Assis Dourado Duarte, Acácia Gardênia Santos Lelis e Thiago Vieira, salienta a preocupação com outro seguimento vulnerável da sociedade brasileira, das crianças e adolescentes, que sofreram significativo aumento de violações em seus direitos em razão dos efeitos da Pandemia da Covid-19, como o confinamento domiciliar e a distância das escolas. Fechando o Dossiê do Projeto Pílulas, temos o artigo que, a partir do cenário das medidas governamentais para enfrentamento da Pandemia, discute a necropolítica e os princípios da bioética. Trata-se do artigo A QUESTÃO DA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NUMA DIMENSÃO BIOÉTICA, SOB UM CENÁRIO PANDÊMICO de Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann.

A segunda parte desta edição traz artigo de doutrina estrangeira, HOW MARKET INSTRUMENTS AND THE ECONOMY CAN CONTRIBUTE TO THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT, de Michael Faure, indicando como a promoção de instrumentos econômicos baseados no mercado podem contribuir para a construção de uma política ambiental mais efetiva.

Em doutrina nacional, o artigo “BIOHACKING NUDGES” NO ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO AO ALUNADO COM DUPLA EXCEPCIONALIDADE, de Guilherme Carneiro Leão Farias, apresenta e discute como

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

a adaptação e o controle do ambiente escolar podem ser empregados como opção de políticas públicas na inclusão (e efetivação dos direitos) de educandos superdotados com Síndrome de Asperger.

Já o artigo de Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues e Eliane Vieira Lacerda Almeida, **NOVAS MASCULINIDADES E POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR**, discute as novas formas de masculinidade e as políticas públicas, com estudo sobre projetos de lei em andamento no Congresso e sobre o serviço de responsabilização e educação para homens agressores, grupos reflexivos, nas comarcas de Bangu e Leopoldina, na cidade do Rio de Janeiro.

O artigo **PROJETO ADOÇÃO SEGURA DA COMARCA DE MARINGÁ: O ALCANCE SOCIAL DO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL Nº 16 ADOTADO PELA ONU E A EFETIVAÇÃO DOS DIRETOS DA PERSONALIDADE**, de Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro e Ana Maria Silva Maneta, aborda a desinformação sobre a adoção e seus efeitos que alimentam que alimenta tabus e preconceitos bom como fomentam práticas de adoções irregulares, tráfico infantil, abortos e infanticídio. O trabalho analisa o Projeto “Adoção Segura” do Poder Judiciário do Paraná, na Comarca de Maringá/PR, como um efetivador do ODS nº 16 da ONU.

Fechando o número o artigo de Jofre Luis da Costa Oliveira e Thiago da Penha Lima, **VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMO PODER DE POLÍCIA: ANÁLISE DA EFETIVIDADE CONTRAPRESTACIONAL DO ESTADO**, analisa de vigilância sanitária e as características precípua do poder de polícia, discutindo se a atuação do Poder Público com viés contraprestacional atende ao melhor interesse dos administrados.

Agradecemos aos autores, avaliadores e leitores, à equipe editorial e a todos os demais colaboradores da Revista.

Eduardo Domingues

Editor

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

**DOSSIÊ ESPECIAL –
PÍLULAS DE
DIREITOS HUMANOS**

Submetido em
20/10/2020
Aprovado em
14/05/2021

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: TENSÕES ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

***THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN THE INFORMATION SOCIETY:
TENSIONS BETWEEN THE RIGHT TO INTIMACY AND PRIVACY AND THE
RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION***

Aline Monteiro Garcia^I

Priscilla de Oliveira Paula^{II}

RESUMO

O esquecimento é uma condição natural humana. Esta é a regra, sendo o ato de esquecer a exceção. O ato de recordar o passado e rememorar as lembranças é saudável e contribui para a formação da memória coletiva e individual. Porém, o avanço tecnológico e o fenômeno da internet provocaram profundas mudanças no comportamento humano e no modo como a sociedade lida com as informações disponibilizadas na rede. A sociedade contemporânea possui como matéria prima a informação. Tudo é produzido a partir do conteúdo informacional que é disponibilizado na rede. A eliminação das barreiras temporais, espaciais, a velocidade extrema e o alcance irrestrito da informação acarretaram a reconfiguração dos espaços públicos e

ABSTRACT

Forgetfulness is a natural human condition. This is the rule, being the act of forgetting the exception. The act of remembering the past and recalling memories is healthy and contributes to the formation of collective and individual memory. However, technological advances and the phenomenon of the internet have brought about profound changes in human behavior and in the way society deals with the information made available on the network. Contemporary society has information as its raw material. Everything is produced from the informational content that is made available on the network. The elimination of temporal and spatial barriers, extreme speed and the unrestricted reach of information led to the reconfiguration of

^I Doutora em psicologia pela UFRJ, Mestra em Psicologia pela UFF, professora do curso de Psicologia da Universidade Estácio de Sá e psicóloga do Departamento Geral de Ações Socioeducativas do Rio de Janeiro - DEGASE RJ.

^{II} Mestra em Direito Público e Evolução Social pela UNESA, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UGF, membro integrante do grupo de pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social coordenado pela Profa. Dra. Edna Raquel Hogemann da UNIRIO, professora de Direito da Escola Superior de Advocacia da 29ª Subseção (OAB/RJ - Campo Grande), servidora pública federal.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

privados. Este ambiente de mudanças serve de pano de fundo para o surgimento do direito ao esquecimento como instrumento de proteção dos direitos da personalidade, fazendo emergir também as controvérsias em torno da sua aplicação, posto que seu reconhecimento promove relação de tensão entre diversos direitos fundamentais, com destaque para a colisão entre o direito à intimidade e privacidade e o direito à liberdade de expressão e informação.

PALAVRAS-CHAVE

Direito ao esquecimento. Sociedade da informação. Direitos fundamentais. Direitos da personalidade. Ponderação.

public and private spaces. This environment of change serves as a backdrop for the emergence of the right to be forgotten as an instrument for the protection of personality rights, also causing controversies around its application to emerge, since its recognition promotes a tension relationship between several fundamental rights, with highlighting the collision between the right to privacy and privacy and the right to freedom of expression and information.

KEYWORDS

Right to be forgotten. Information society. Fundamental rights. Personality rights. Weighting.

NOTA DE ESCLARECIMENTO:

Convém esclarecer que o presente artigo foi escrito e submetido à aprovação antes do julgamento do tema 786 de repercussão geral nos autos do RE 1010606 pelo Supremo Tribunal Federal, onde restou fixada a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (RE 1010606, 2021, TRIBUNALPLENO STF)

1 INTRODUÇÃO

O ato de esquecer é algo inerente ao ser humano, seja em decorrência dos limites naturais da memória humana, cuja capacidade de armazenamento de informações tende a ser seletiva, de modo que apenas dados relevantes e atuais sejam conservados, seja em decorrência do processo natural de envelhecimento e seus efeitos no corpo humano (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 19).

Certo é que o esquecimento é uma condição natural humana, sendo esta a regra, e, em contrapartida, o ato de lembrar é a exceção. Logo, recordar o passado por meio das lembranças adormecidas na memória é um ato nostálgico, que, por si, só possui diversas limitações quantitativas e qualitativas.

O avanço tecnológico aliado ao uso irrestrito da internet provocou intensas modificações no armazenamento e acesso de informações. Com o uso das mídias digitais este acesso é amplo e, em muitas ocasiões, desprovido de barreiras ou obstáculos, fato que resulta na reconfiguração dos espaços públicos e privados e no formato das relações interpessoais.

A reestruturação do que é público e privado, bem como as novas formas de interação social entre os indivíduos, trouxeram novos desafios para proteção do direito à

privacidade e intimidade em uma sociedade marcada pelo alto volume de conteúdo informacional e fragilidade das relações humanas. Por este motivo, os termos sociedade da hiperinformação (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 19), sociedade líquida (BAUMAN, 2018, p. 114) ou sociedade da informação são utilizados para denominar a sociedade contemporânea, na qual as informações de natureza pessoal ou não, circulam abertamente ao público, seja porque foram compartilhadas pelo próprio indivíduo ou foram disponibilizadas por terceiros, criando diversos conflitos jurídicos envolvendo a proteção da esfera íntima do ser humano.

É neste cenário de informação abundante e ausência de um controle rígido no manejo do conteúdo informacional disponível no ambiente virtual que surge o direito ao esquecimento, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e consectário dos direitos da personalidade, cujo escopo é proteger a intimidade, privacidade, honra e imagem dos indivíduos, mediante a retirada, apagamento, supressão ou omissão de informações.

Com efeito, a utilização do direito ao esquecimento como medida de proteção da intimidade e vida privada esbarra indubitavelmente no direito de informar e ser informado, gerando uma impactante relação de tensão entre os direitos fundamentais suscitados.

O presente artigo possui o objetivo de examinar brevemente o direito ao esquecimento na sociedade da informação, com ênfase na relação de tensão entre o direito a intimidade e privacidade e o direito à liberdade de expressão e informação decorrente da aplicação do direito de ser esquecido.

Para tanto, será feita uma abordagem geral do direito ao esquecimento na era da sociedade da informação, seguida de uma breve exposição dos direitos fundamentais suscitados acima, cuja aparente colisão reclama a utilização da técnica de ponderação a fim de verificar qual direito protegido constitucionalmente deve prevalecer no caso concreto.

Cumprе noticiar que para elaboração deste artigo foi utilizado o método crítico-dialético com uso da doutrina e artigos científicos sobre o tema. O raciocínio aqui empregado é de que o conflito gera transformação, partindo-se do pressuposto da lógica do conflito, em razão das permanentes mudanças sociais e jurídicas ocasionadas pelo

objeto de estudo, que com seu dinamismo, evoca contradições que produzem mudanças em diferentes áreas, incluindo o Direito.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Inicialmente, para melhor compreensão do tema em estudo, é conveniente discorrer brevemente sobre o significado da expressão sociedade da informação. Em um breve resumo, é possível afirmar que a sociedade atual, denominada como sociedade da informação, possui como característica marcante o avanço da tecnologia e a utilização da informação como ferramenta indispensável para o desenvolvimento coletivo (WERTHEIN, 2000, p. 73).

Werthein (2000, p. 71) faz uma concisa e brilhante explanação sobre a acepção do termo sociedade da informação, sendo cabível e oportuna sua leitura:

A expressão “sociedade da informação” passou a ser utilizada, nos últimos anos desse século, como substituto para o conceito complexo de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo específico do “novo paradigma técnico-econômico”. A realidade que os conceitos das ciências sociais procuram expressar refere-se às transformações técnicas, organizacionais e administrativas que têm como “fator-chave” não mais os insumos baratos de energia – como na sociedade industrial – mas os insumos baratos de informação propiciados pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e telecomunicações.

Nota-se que a informação é a matéria-prima da sociedade contemporânea, e o desenvolvimento da tecnologia é inteiramente voltado para o manejo desta. O desenvolvimento tecnológico e o mercado de consumo possuem suas bases na informação, eis que tudo é produzido e praticado conforme o conteúdo informacional obtido no meio social.

Com efeito, o mundo virtual ganha cada vez mais espaço na vida das pessoas. A rede mundial de computadores conecta tudo e todos. Barreiras espaciais e temporais são obstáculos inexistentes na internet, que combinados com a velocidade e o alcance ilimitado das informações resultam no enfraquecimento dos limites entre o espaço público e privado, uma vez que diversas informações de caráter íntimo e pessoal são

divulgadas na rede a todo momento, seja pelo próprio titular da informação, seja por um terceiro.

Antigamente, as informações de natureza íntima ficavam limitadas ao ambiente privado dos indivíduos. Questões e dilemas pessoais, desilusões amorosas, pequenas vitórias cotidianas, conflitos familiares, formas de obtenção de prazer e tantas outras informações íntimas no passado ficavam restritas aos espaços privados. Porém, na sociedade contemporânea, conteúdo de natureza íntima é exposto a todo grande público de forma banal, através das redes sociais, cuja exposição lembra um grande espetáculo da vida privada assistido por todos, inclusive por terceiros que não possuem qualquer relação familiar ou de amizade com o personagem titular da informação divulgada.

O culto ao espetáculo de exposição da vida privada é motivado pelo recebimento de likes e curtidas a cada novo post publicado no Instagram, Facebook, Twitter e demais redes sociais. Os registros da intimidade e vida privada formam um grande diário virtual, remetendo a lembrança longínqua dos diários escritos, cujas anotações eram mantidas em sigilo e longe do alcance de possíveis curiosos ávidos pela leitura da privacidade alheia. O cuidado com a preservação dessas informações sigilosas era tão grande, que os diários tinham fechadura, cuja chave de acesso era mantida a todo momento com o seu proprietário.

De todas as espécies, o homem é o único animal consciente de sua mortalidade, logo a morte é um tema presente na produção intelectual do ser humano (BRANCO, 2017, p. 17). Assim, é possível afirmar que a obra intelectual é um meio de contornar a morte, pois a partir do momento que terceiros tomam conhecimento da criação e das ideias do autor, concretiza-se a quimera da perenidade (BRANCO, 2017, p. 22).

Os diários pessoais, as fotografias, os vídeos caseiros são todos registros da vida privada, os quais representam a confirmação de existência do autor e compreensão de sua personalidade por meio da leitura ou visualização das memórias produzidas. Aliás, é importante mencionar que as memórias são caóticas, e é justamente o registro que permitirá a sua organização e melhor exame e conhecimento de terceiros.

O arquivo da própria vida e os vestígios dela deixados em diários, álbuns de fotografia ou qualquer outro meio utilizado como narrativa autobiográfica ganhou novas formas com o avanço da tecnologia. Hoje em dia as memórias são arquivadas em rede ou

em outros suportes digitais, de modo que o eixo cronológico e o temático permaneçam organizados para facilitar a interpretação de seu leitor.

Branco (2017, p. 38) afirma que “ao contrário dos diários e álbuns fotográficos impressos, que têm conteúdo íntimo e acesso privado, as autobiografias publicadas (em qualquer mídia) estão destinadas a terceiros, inclusive estranhos, ainda que seu conteúdo seja íntimo”. Vê-se que o caráter privado do conteúdo não mudou, ele continua íntimo e pessoal. Entretanto, a sua destinação foi alterada, deslocando para o espaço público informações de natureza eminentemente privada.

As informações lançadas na rede ficam para sempre ali dispostas, logo, conteúdo de caráter privado divulgado no ambiente virtual pode ser consultado a qualquer momento e por qualquer pessoa, situação que pode provocar problemas de ordem jurídica relacionados a proteção da intimidade do indivíduo, como por exemplo, o que fazer diante da exposição atual de um fato ocorrido no passado que não mais representa o momento de vida do indivíduo ou a sua personalidade, cuja exibição pode acarretar prejuízos de ordem moral ou material? Ampara-se a proteção dos direitos da personalidade e suprime ou apaga a informação desejada, ainda que ela seja verdadeira? Ou garante-se o direito de acesso à informação e liberdade de expressão?

Os questionamentos acima são apenas alguns de uma série de dúvidas e perguntas enfrentadas pelo direito ao esquecimento na sociedade da informação. Como é sabido, a tecnologia não esquece, tampouco sofre os efeitos do tempo e espaço. Nos dias de hoje o efeito print impede o exercício do sentimento de arrependimento ou de mudanças de opinião, uma vez que o indivíduo pode sofrer represálias no tribunal da internet por uma frase, foto ou opinião exposta ao público que seja contrária aos padrões da maioria.

Ninguém é obrigado a suportar a exposição eterna de uma informação passada, traumática ou não, que seja capaz de produzir sentimentos de dor, vexame, humilhação, sofrimento, vergonha e constrangimento, e/ou prejuízo financeiro. E é neste ponto que o direito de ser esquecido ou de ser deixado em paz ganha eco e força, como medida de proteção dos direitos da personalidade e do direito de recomeçar.

Neste sentido, direito ao esquecimento pode ser conceituado como o direito de pleitear que fatos traumáticos ou não, ocorridos no passado e passíveis de causar prejuízos ao seu titular, permaneçam restritos ao seu tempo pretérito, de modo que a divulgação e

exposição destes seja impedida, por ferir a dignidade, honra, imagem, nome, privacidade e intimidade do indivíduo.

O direito ao esquecimento é interdisciplinar, pois se conecta com o direito civil, direito constitucional, direito penal, filosofia, neurociência e memória (SOUZA, 2019, p. 1). Esse viés dificulta a elaboração de projeto de lei específico voltado para o tema, uma vez que não há que se falar em exatidão na sua aplicação, além da necessidade de ponderar diversos aspectos para seu reconhecimento, ante o risco de violação de direitos coletivos e individuais.

O direito ao esquecimento ampara-se no princípio da dignidade humana disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1.988, e por ser considerado reflexo do direito de personalidade, pode ser entendido como um desdobramento do direito à privacidade, o qual está expressamente protegido no artigo 5º, inciso X do mesmo texto constitucional. Há também legislações infraconstitucionais que remetam ao objeto de estudo, sendo oportuno citá-las: Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, chamada de Marco Civil da Internet. A primeira trata do regime de proteção de dados individuais no país e a segunda fixa direitos e garantias para o uso da rede mundial de computadores no território nacional, em uma tentativa de servir de bússola para a conduta a ser seguida na rede.

Verifica-se que o direito ao esquecimento está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que forma implícita, logo, o seu manejo é perfeitamente cabível e aceitável para proteção dos direitos de intimidade e privacidade quando violados, através da exposição de fatos passados que não se coadunam com o presente.

Maldonado afirma que “a mera alegação de prejuízo não esgota a matéria, haja vista que, para a eventual remoção com base nesse fundamento, há de se aferir a possível inexistência de interesse público quanto à informação cujo desaparecimento é pretendido” (2017, p. 31). Percebe-se que se houver interesse público presente, a informação não poderá ser suprimida ou apagada da rede, em razão do interesse social vigente.

Cumprido lembrar que interesse público não deve ser confundido com interesse do público, que é a satisfação da curiosidade pessoal sem qualquer tipo de relevância pública.

Sobre o que deve ser considerado interesse público para fins de análise de aplicação ou não do direito ao esquecimento, Maldonado (2017, p. 115) explica o seguinte:

O interesse público, em sua essência, diz respeito a um variado espectro de fatos de particular relevância, seja no que concerne àqueles que se atrelam a figuras públicas, seja no que tange aos que, formalmente, sejam importantes do ponto de vista de uma narrativa histórica, seja, por fim, no que pertine a específicos fatos notáveis em função de sua singularidade.

Repara-se que a presença de interesse público pode obstaculizar o reconhecimento do direito ao esquecimento. Todavia, este interesse público deve ser atual, uma vez que o decurso do tempo pode provocar sua diminuição ou até mesmo o seu desaparecimento, por motivo de perecimento da utilidade da informação.

Nota-se que a aplicação do direito ao esquecimento gera relação de tensão entre direitos fundamentais, principalmente entre o direito a intimidade e privacidade e o direito à informação, pois de um lado vislumbra-se o direito individual de resguardo da vida privada e de outro o direito da sociedade de acesso à informação e de liberdade de expressão vinculados ao direito de memória.

Desse modo, sua aplicação para fins de proteção da intimidade e privacidade suscita a análise de diversos parâmetros, dentre eles a presença ou não de interesse público e a utilidade social da informação que o indivíduo deseja que seja apagada ou removida, sendo essencial o exame do caso concreto e suas principais subjetividades para aplicação do direito ao esquecimento.

3 DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE

O direito de privacidade está disciplinado no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, artigo 21, o qual leciona que “a vida privada da pessoa natural é inviolável e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002). Igualmente está previsto em variados tratados internacionais de proteção dos direitos humanos como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 12), no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (artigo 17) e na

Convenção Americana dos Direitos Humanos (artigo 11) (OLIVEIRA, SIRVENTI; BENEDELLI, 2006, p. 152).

Direito à privacidade e direito à intimidade não se confundem. O primeiro resguarda o modo de ser do indivíduo e as particularidades de sua vida privada, de modo que somente venha a público aquilo que o interessado permite (REIS, 2019, p. 91). Já o segundo reporta-se ao íntimo secreto da pessoa humana, tendo relação direta com as características da personalidade humana, indisponível por natureza, visto que integra os direitos da personalidade. O amparo constitucional do direito à intimidade está previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, que faz menção expressa ao princípio da dignidade humana.

Como já dito anteriormente, os avanços tecnológicos e a internet contribuem para a maculação dos direitos à privacidade e intimidade, posto que o conteúdo informacional fica armazenado por tempo ilimitado e desprovido de cuidados básicos de segurança de acesso e preservação de sua forma original.

Com a ajuda dos provedores de busca, tais como Google e Yahoo, a inserção de uma palavra-chave no campo de pesquisa facilita o acesso imediato a qualquer dado disponível na rede, facilitando a alteração de informações, seja pela pessoa responsável pelo seu lançamento, seja por um estranho que compartilha da coletividade virtual (SARLET, FERREIRA NETO, 2019, p. 41).

A memória digital produz a eternidade da informação, fato que impede o esquecimento do passado, e, por consequência, a superação de traumas e erros cometidos, prejudicando o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e o seu direito a um novo recomeço de vida.

O direito ao esquecimento aplicado para proteção da intimidade e privacidade vincula-se também a autonomia do indivíduo e o seu direito de não ser forçado a lembrar de algo que deseja esquecer, em defesa da memória privada. Logo, como reflexo do direito da personalidade, o indivíduo lesado pode provocar o Poder Judiciário para obter medida de proteção que imponha ao agente causador do dano uma obrigação de natureza negativa, com o fito de cessar a lesão e resguardar o espectro da vida privada, inclusive com possibilidade de pagamento de indenização pelos danos morais e materiais suportados pela vítima.

O direito ao esquecimento não possui o escopo de apagar o passado, e sim de resguardar a privacidade histórica do indivíduo, assegurando-lhe a escolha de decidir se divulga ou não fatos da sua história de vida, interagindo absolutamente com o direito à identidade pessoal (DINIZ, 2017, p. 19).

Com isso, é forçoso reconhecer que a conservação de uma informação pretérita se justifica quando essencial para defesa do interesse público e desde que tenha a presença do requisito de utilidade, pois do contrário, a manutenção da informação não possui amparo e deve ser removida para fins de proteção da imagem, identidade, nome e demais aspectos da personalidade do indivíduo.

Ressalta-se que o resguardo da esfera individual humana não pode servir de fundamento para a prática de atos de censura, sob pena de violar o direito de liberdade de expressão e informação. Por esta razão, a aplicação do direito ao esquecimento deve ser precedida de juízo de ponderação, em razão do dinamismo presente no instituto e da relação de tensão que provoca entre direitos fundamentais.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inseriu o direito à liberdade de expressão no artigo 5º, inciso IV que decreta “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” e no inciso IX do mesmo artigo que institui a liberdade de “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988). A previsão está disposta no rol dos direitos fundamentais, o que por si só motiva a sua proteção, devendo ser registrado também que a base de sustentação do Estado Democrático de Direito é o respeito a opinião pública, cuja construção é resultado das informações recebidas e transmitidas pelos seus cidadãos.

Todavia, o direito à liberdade de expressão e o direito à informação não são direitos absolutos, e sofrem limitações ante a necessidade de se harmonizar com os demais direitos fundamentais previstos na Lei Maior. O discurso de ódio, o incentivo a prática de violência ou apologia ao crime são exemplos de contenção da liberdade de expressão, em razão da defesa das minorias vulneráveis, cuja salvaguarda está prevista no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

O direito à liberdade de expressão e o direito à informação possuem elo bastante rígido, haja vista que a divulgação e acesso de informações à sociedade permitem aos cidadãos participação ativa no processo civil democrático, através da fiscalização da atuação estatal que somente é possível com as informações divulgadas nos meios de imprensa.

Reis (2019, p. 60) defende que “o direito à informação é um instrumento que viabiliza o direito à memória, isso porque as informações que permitem a construção de uma memória coletiva da sociedade”, permitindo que a sociedade aprenda com os erros do passado e possa evoluir, de modo que violações pretéritas não voltem a ocorrer, em especial, violações de direitos humanos.

Convém salientar também que o direito à informação é indispensável para o desenvolvimento da personalidade humana. As informações podem ser encontradas e consultadas nos principais meios de comunicação com destaque para a internet, instrumento de consulta mais utilizado pela sociedade contemporânea, cujo acesso deve ser assegurado a todos indistintamente.

A web alterou significativamente a forma de se fazer notícia. O caráter instantâneo, a velocidade e o alcance ilimitado das informações demonstram incontestavelmente a relevância da internet para o exercício das liberdades comunicativas e desenvolvimento do processo social e democrático.

Diante disso, o reconhecimento do direito ao esquecimento encontra barreiras no direito de informar e de ser informado e no direito à liberdade de expressão que exigem análise minuciosa para sua aplicação, sob pena de supressão de informações extremamente relevantes para a sociedade, no que diz respeito à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Por essa razão, mais uma vez resta confirmado a necessidade de utilização juízo de ponderação, mediante exame de diversos critérios, tais como: utilidade social da informação, efeitos do tempo, presença do interesse público, grau de violação dos direitos da personalidade humana, e outros mais necessários para fins de reconhecimento do direito ao esquecimento, haja vista o conflito entre direitos fundamentais que sua aplicação suscita.

5 CONCLUSÃO

A conclusão deste trabalho é que a aplicação do direito ao esquecimento para proteção do direito à intimidade e privacidade dos indivíduos deve ser feita mediante utilização do juízo de ponderação, nos moldes indicados pela doutrina nacional. Além disso, a análise impõe exame de caso concreto, pois diante do dinamismo e da subjetividade do tema, qualquer resposta padrão pode configurar risco de lesão a diversos direitos fundamentais envolvidos.

Sendo assim, o reconhecimento do direito ao esquecimento deve passar pelo exame da presença de alguns critérios vistos neste trabalho. No que tange ao aspecto da privacidade, deve ser verificado se a informação objeto do esquecimento possui caráter nitidamente privado, pois se houver presença de interesse público, o conteúdo informacional deverá ser preservado em sacrifício do direito individual.

É recomendado também que seja avaliado o potencial danoso da informação, ou seja, o indivíduo deve demonstrar que a exposição pública de dado do passado culminará em prejuízos em sua esfera jurídica, seja de natureza material ou moral. Sarlet e Ferreira Neto (2019, p. 191) defendem que para avaliação do potencial danoso deve ser considerado também o grau de exposição pública do indivíduo, uma vez que para estes autores agentes públicos e personalidades famosas possuem um grau de tolerância maior de exibição de fatos pretéritos.

A contemporaneidade da informação deve ser verificada, posto que, uma informação de utilidade pública no passado, pode ter deixado de ostentar esta condição em decorrência da passagem de tempo. Deve ser verificado também se a informação é verdadeira, pois conteúdo falacioso não será objeto de tutela do direito ao esquecimento.

A presença do interesse público ou do interesse histórico também devem ser levados em consideração, bem como a peculiaridade do fato e a preservação da memória coletiva, critérios que se presentes impedem o reconhecimento do direito ao esquecimento.

Resta confirmado que o direito ao esquecimento é um direito fundamental, seja como direito autônomo, seja como implícito ao direito de personalidade. Desta forma, é inquestionável sua conexão íntima com a dignidade da pessoa humana, influenciando diretamente no desenvolvimento da personalidade humana e autoafirmação do indivíduo.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

As considerações acima corroboram o raciocínio defendido neste trabalho, qual seja, de que o conflito entre direitos fundamentais provocado pelo reconhecimento do direito ao esquecimento deve ser resolvido mediante utilização do juízo de ponderação. Os critérios sugeridos devem ser examinados de forma cumulativa, com o fito de evitar possíveis erros. Impõe afirmar que os parâmetros sugeridos não afastam outros eleitos pelo julgador e demais técnicas hermenêuticas aplicáveis.

Isto posto, resta confirmado a existência do direito ao esquecimento ligado intimamente a dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, reclamado para salvaguardar o indivíduo da exposição no universo digital. As controvérsias em torno do tema, principalmente relacionadas à relação de tensão dos direitos fundamentais envolvidos, fazem urgir a necessidade de maior amadurecimento e aprofundamento teórico do tema pela doutrina e jurisprudência nacional, com o fito de fixar parâmetros universais para análise de sua presença nos casos concretos.

6 REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt; LEONCINI, Thomas. Nascidos em tempos líquidos. Trad. Joana Angélica D'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BRANCO, Sérgio. Memória e esquecimento na internet. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

CARELLO, Clarissa Pereira. Direito ao esquecimento: parâmetros jurisprudenciais. Curitiba: Editora Appris, 2019.

DINIZ, Maria Helena. Efetividade do direito a ser esquecido. Revista Argumentum, Marília, v. 18, n. 01, p. 17- 41, jan./abr. 2017.

FRAJHOF, Isabella Z. O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicação e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

MALDONADO, Viviane Nóbrega. Direito ao esquecimento. São Paulo: Novo Século, 2017.

OLIVEIRA, Álvaro Borges. SIRVENT, José Francisco Chofre. BENEDELLI, Rachel. Transnacionalidade dos princípios da não violação de privacidade na internet. Revista Sequência do Curso de Pós-Graduação da UFSC, Santa Catarina, v. 27, n. 52, p. 145-162, jul./2006.

REIS, Jordana Maria Mathias dos. Direito fundamental à memória e ao esquecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. O direito ao “esquecimento” na sociedade de informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUZA, Bernardo de Azevedo. Oito projetos de lei sobre direito ao esquecimento no Brasil. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://besouza86.jusbrasil.com.br/artigos/759565358/8-projetos-de-lei-sobre-o-direito-ao-esquecimento-no-brasil?ref=feed>. Acesso em: 28 abr. 2020

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Revista Ciência da Informação, Brasília, v.29, n.02, p. 71-77, mai./ago. 2000.

**DOSSIÊ ESPECIAL –
PÍLULAS DE
DIREITOS HUMANOS**

Submetido em
11/09/2020
Aprovado em
08/02/2021

IGUALDADE RACIAL - CAMINHOS A SEREM CAMINHADOS

RACIAL EQUALITY - PATHS TO BE WALKED

Sérgio Luís Tavares^I

RESUMO

Este artigo tem por objetivo apresentar reflexões sobre a igualdade racial enquanto direito fundamental, discutindo sua efetividade no Brasil, diante de inúmeras violações ao longo de nossa história, a ponto de se entender que o racismo ainda não foi superado em nosso país. Observa-se que houve algum progresso quanto à igualdade racial, mais pelas lutas do Movimento Negro brasileiro, que propriamente por um avanço civilizatório espontâneo. Não obstante ter se formado um conjunto normativo protetivo à igualdade racial no Brasil, que inclui a Constituição de 1988 e leis como o Estatuto da Igualdade Racial, constata-se a carência de eficácia social a tais normas, pois persistem os episódios de racismo e as condutas preconceituosas e discriminatórias em detrimento da população negra brasileira. Vê-se que, além da legalidade posta, há a necessidade de constante implementação de políticas públicas e ações afirmativas, destinadas a compensar as desigualdades históricas e a impedir retrocessos na consecução da igualdade racial no Brasil. A pesquisa em tela é exploratória, envolvendo

ABSTRACT

This article aims to present reflections on racial equality as a fundamental right, discussing its effectiveness in Brazil, in the face of numerous violations throughout our history, to the point of understanding that racism has not yet been overcome in our country. It is observed that there has been some progress regarding racial equality, more because of the struggles of the Brazilian Black Movement, than for a spontaneous civilizing advance. Notwithstanding the formation of a normative set that protects racial equality in Brazil, which includes the 1988 Constitution and laws such as the Racial Equality Statute, there is a lack of social effectiveness to such rules, as episodes of racism and prejudiced and discriminatory behaviors to the detriment of the black Brazilian population. It can be seen that, in addition to the legality put in place, there is a need for constant implementation of public policies and affirmative actions, aimed at compensating historical inequalities and preventing setbacks in achieving racial equality in Brazil. The research on screen is exploratory, involving bibliographic

^I Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Direito e Estado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduado em Teologia pela Faculdade de Ciências, Educação e Teologia do Norte do Brasil (FACETEN). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). E-mail: sergio_tavares_2004@yahoo.com.br/; <http://orcid.org/0000-0001-9094-5574>.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

levantamento bibliográfico e documental, constante de livros, artigos científicos, legislação e editoriais publicados, obtidos tanto em meio físico, quanto digital, e empregado o método analítico-descritivo.

and documentary surveys, contained in books, scientific articles, legislation and published editorials, obtained both in physical and digital media, and using the analytical-descriptive method.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos humanos. Igualdade racial. Preconceito. Discriminação. Racismo.

KEYWORDS:

Human rights. Racial. equality Prejudice. Discrimination. Racism.

1 INTRODUÇÃO

A análise e discussão sobre a efetividade e a concretude do direito à igualdade racial no mundo, e mais especialmente no Brasil, constituiria tarefa repetida e sem valor científico e prático, não fossem as constantes e repetidas violações humanitárias nesse sentido.

Mesmo com o despontar de um mundo globalizado, conectado e avançado nos saberes e nas reflexões, observa-se que a alteridade, a empatia e a equidade ainda não são suficientemente aplicadas quando o assunto é igualdade racial.

Não obstante os notáveis avanços das Ciências Humanas e das Ciências da Saúde e, mais detidamente, todo o esforço dos estudiosos e ativistas dos direitos humanos, vê-se que as práticas racistas continuam galopantes em pleno século XXI.

As dores causadas à humanidade pelas maldades perpetradas em nome da proclamação da superioridade de alguma raça sobre outra, com o escopo de justificar algum tipo de dominação política, econômica, religiosa, cultural ou de qualquer outro viés, parece que não foram o bastante para fazer cessarem esses abusos, que persistem até os dias de hoje.

A primeira parte deste artigo dedica-se a discutir o conceito de raça e discorrer sobre a igualdade racial, enquanto direito humano reconhecido mundialmente, uma vez que é contemplado por diversos documentos e acordos internacionais, muitos dos quais o Brasil aparece como signatário.

Num segundo momento, é feita uma exposição acerca das mais conhecidas formas de violação da igualdade racial, habitualmente condensadas em três palavras: preconceito, discriminação e racismo. Contudo, há variações, conforme o grau e as consequências dessas práticas, que são apresentadas nesse tópico da pesquisa.

Na terceira parte do artigo, são apresentadas algumas normas voltadas ao combate ao racismo e à promoção da igualdade racial e exemplos de políticas públicas que, apesar de ainda tímidas, demonstram certa evolução dos mecanismos de prevenção e de reparação dos danos decorrentes da desigualdade racial em nosso país.

Importante destacar, no entanto, que tal arcabouço normativo que pretende superar o racismo no Brasil não se originou de um avanço civilizatório, mas de uma luta permanente do Movimento Negro brasileiro.

Seria fantasioso afirmar que a questão está resolvida, seja no Brasil ou em outras partes do mundo. Todavia, e mais especificamente no caso brasileiro, ainda que não se tenha o que comemorar, também não se pode negar que venham acontecendo algumas evoluções, que só não são maiores por conta da baixa eficácia social de várias dessas normas jurídicas e políticas públicas.

Portanto, nessa jornada de efetivação e concretude da igualdade racial no Brasil, pode-se dizer que há caminhos a serem caminhados, mas a partida já foi dada.

2 DISCUTINDO RAÇA E IGUALDADE RACIAL: “EU TENHO UM SONHO”

Lembrar que todos os humanos são seres iguais em sua humanidade, apesar das diferenças naturais e adquiridas ao longo da vida, de modo a constituir uma diversidade que nos enriquece como espécie, seria redundante e desnecessário não fosse a história e recorrente mentalidade de tantos indivíduos de negarem tais níveis de igualdade, inclusive racial.

Mencionar que o racismo e outras práticas violadoras da igualdade racial são perversas e constituem ignomínia que se verifica no seio de inúmeras sociedades humanas, ao longo da história em diferentes locais do planeta, também é lugar comum e que dispensa, inicialmente, qualquer consideração, a não ser de repugnância.

Enfatizar que o desrespeito à igualdade racial consiste em grave infração dos direitos humanos, transgressão essa reconhecida não só nos documentos humanitários internacionais, como também em boa parte dos ordenamentos constitucionais nacionais, da mesma forma não chega a ser uma novidade, ao contrário, é fato notório e lamentável.

No entanto, é válido situar a igualdade racial no contexto dos direitos humanos, bem como discorrer sobre as concepções dadas ao vocábulo “raça”, tarefa que é fundamental para o entendimento mais amplo da importância e dos cuidados que devem existir quanto à proteção do mencionado direito.

A análise dos significados da palavra “raça” é um belo exemplo de como a historicidade, a multidisciplinaridade científica e os interesses políticos e econômicos, afora o caráter humano, podem influenciar para a variabilidade daquilo que, em princípio, poderia ser um só conceito.

Abbagnano define o termo “raça”:

Essa palavra, portanto, deve ser reservada exclusivamente aos grupos humanos dotados de características físicas diferentes, que podem ser transmitidas por hereditariedade. Tais características são principalmente: cor de pele, altura, conformação da cabeça e do rosto, cor e qualidade dos cabelos, cor e forma dos olhos, formato do nariz e compleição física. Convencionou-se distinguir três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, linguísticos e culturais não podem ser chamados de “raças” por nenhum motivo; não constituem raças italianos, alemães, ingleses, assim como não constituíram raças latinos ou gregos etc. [...] Tampouco existem provas de que o grupo em que pode ser dividido o gênero humano diferem em sua capacidade inata de desenvolvimento intelectual ou emocional. Ao contrário, os estudos históricos e sociológicos tendem a fortalecer a ideia de que as diferenças genéticas são fatores insignificantes na determinação de diferenças sociais e culturais entre grupos humanos diferentes (ABBAGNANO, 2015, p. 969).

Ainda no campo conceitual, importa destacar “raça” de “etnia”, muito embora esses vocábulos comumente são utilizados um pelo outro, como se sinônimos perfeitos fossem. Etnia corresponde a um grupo homogêneo do ponto de vista cultural, o que é possível pela coincidência de costumes, tradições, conhecimentos, habilidades, origens, língua, religião e outros aspectos comportamentais.

Não há consenso etimológico para a palavra “raça”, que viria de *radix* (latim, significando raiz ou tronco), ou de *ratio* (latim, que quer dizer categoria) ou de *razza* (italiano, que se traduz por linhagem ou criação).

Porém, como já mencionado, o termo “raça” comporta definições que vagueiam por diversas ciências como a Biologia, a Genética, a Antropologia, a Sociologia, o Direito, a História e a Geografia, além de ser do interesse da Bioética e do Biodireito.

A começar pela Biologia, mais especificamente na Zoologia, “raça” é sinônimo de subespécie, ou seja, uma linhagem distinta de outro, dentro da mesma espécie animal, decorrente de alguma diferenciação genética relevante.

Do ponto de vista biológico, os seres vivos são classificados conforme os seguintes graus subseqüenciados: reino / filo / subfilo / classe / ordem / família / gênero / espécie / subespécie (raça).

Apesar do fato de se entender, atualmente, que no caso da espécie humana, não há o que se falar em subgrupos genéticos, ou seja, não ter comprovação científica a existência de diferenças genéticas suficientes para estabelecer “raças humanas”, nem sempre a Ciência andou nesse compasso, servindo como instrumento para “justificar” condutas práticas vergonhosas como o darwinismo social, a eugenia e o racismo científico.

O chamado “racismo científico” ou “racismo acadêmico” desenvolveu-se especialmente a partir do século XIX, a partir de teorias racistas científicas, e se mostrou influente até o os fins da Segunda Grande Guerra Mundial, apoiando-se em possíveis “evidências” quanto à diferenciação dos seres humanos entre raças superiores e raças inferiores.

Embora o racismo científico tenha sido mais marcante nas Ciências da Saúde, por conta de utilizar técnicas e conhecimentos da Medicina e de saberes afins, como a antropometria e a craniometria, irradiou também para outras ciências, como a Antropologia, a Sociologia, o Direito e a História.

Pelas “teorias” do racismo científico, um ser humano de pele negra seria mais suscetível de assumir um perfil criminoso, assim como um judeu teria uma intelectualidade mais pervertida, sofismas construídos a partir de “estudos científicos” no campo, por exemplo, das Ciências da Saúde e das Ciências Sociais.

Já o darwinismo social teve como mentor o filósofo inglês Herbert Spencer (1820-1903) e sustentava a aplicação das leis da Teoria da Seleção Natural de Charles Darwin na vida e na sociedade humanas, considerando que os seres humanos seriam desiguais por natureza, alguns superiores, outros inferiores, de modo que seria natural a sobrevivência dos mais aptos, e a morte precoce dos mais fracos (BOLSANELLO, 1996, p. 154).

Quanto à eugenia, cujos estudos foram iniciados em 1883 por Francis Galton (1822-1911), preconizava esforços estatais para formação de uma elite genética por meio

de controle científico da procriação humana, de sorte que os “inferiores” deveriam ser eliminados ou desencorajados de procriar.

Já no século XX, a eugenia foi um dos pilares do regime nazista alemão durante a Segunda Guerra e o período mais próximo que a antecedeu. O Nazismo conferia à palavra “eutanásia” o significado do eugenismo, cujo escopo era o “aprimoramento” da espécie humana, utilizando, inclusive, propaganda que apontava para finalidades “nobres”, como servir de estudos para a prevenção de enfermidades hereditárias.

Siqueira-Batista e Schramm descrevem essa deturpação semântica estruturada pelos nazistas:

[...] O desvio que transformou, e desvirtuou, a eutanásia em política pública ocorreu no século XX – acabando por cristalizar uma conotação marcadamente negativa -, por ocasião do *Terceiro Reich*, quando a palavra eutanásia foi, de fato, utilizada para referir-se a práticas que não tinham nada a ver com a morte sem sofrimento, devendo-se, a rigor utilizar seu antônimo para indicar tais práticas. Com efeito, em outubro de 1939, o Estado Nazista promulgou a *Aktion T4* – um programa financiado pelo governo que visava à eliminação de *vidas que não valiam a pena ser vividas (lebensunwerte Leben)* – que levou à morte mais de 100 mil pessoas – ciganos, negros e judeus – nos seus quase dois anos de funcionamento, antes de ser extinta em agosto de 1943 (SIQUEIRA-BATISTA; SCHRAMM, 2005, p. 112).

Todas essas e muitas outras discussões científicas em torno da noção de “raça”, notadamente pelas Ciências Biológicas, relacionadas a uma possível superioridade genética de determinados humanos, frente a outros, sofreram profundo golpe com o Projeto Genoma Humano.

Esse Projeto tomou a forma de um consórcio internacional, que durou oficialmente de 1990 a 2003, integrado originalmente pelo Canadá, Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália e Japão e aderido posteriormente por mais de cinquenta outros países, inclusive o Brasil, cuja finalidade foi fazer o mapeamento, o sequenciamento e a descrição do genoma humano (SÁ; NAVES, 2018, p. 233).

Ao término dos trabalhos do citado Projeto, uma das mais relevantes conclusões foi que as diferenças genéticas, mesmo entre as pessoas com fenótipos bem distintos, não autorizam afirmar que haja diferentes “raças humanas”. Ao contrário, há uma só raça de *Homo sapiens*, o que embasa biologicamente o primado jurídico da igualdade racial.

Sobre os resultados do Projeto Genoma, Pena declara:

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Não existem diferenças suficientes entre os distintos grupos étnicos para permitir dissociar os seres humanos em “raças” distintas. As diferenças visualizadas entre populações de diferentes continentes são muito pequenas e superficiais, não se refletindo no genoma.

Isso porque, subjacente a toda a enorme diversidade encontrada entre os seres humanos únicos, existe um genoma comum que nos difere de outros seres vivos a terra e nos define como uma espécie distinta (*Homo sapiens*). O compartilhamento desse genoma por todos nós é um fato biologicamente fundamental e extremamente importante, que deveria gerar um forte sentimento de fraternidade e de solidariedade na espécie humana (PENA, 2001).

Sob o ponto de vista da Sociologia, haverá opiniões de que o conceito de raça tem servido para estruturar desigualdades históricas. Todavia, parece haver consenso de que o conceito está atrelado ao reconhecimento das origens de determinadas coletividades.

Nesse sentido, Guimarães aponta:

O que são raças para a sociologia, portanto? São discursos sobre as origens de um grupo, que usam termos que remetem à transmissão de traços fisionômicos, qualidades morais, intelectuais, psicológicas, etc., pelo sangue (conceito fundamental para entender raças e certas essências) (GUIMARÃES, 2003, p. 96).

Numa perspectiva histórica, Almeida (2019, p. 18) explica que o sentido da palavra “raça” é atrelado às circunstâncias históricas em que é utilizada, tais como contingências, conflitos, relações de poder e decisões, tratando-se, assim, de um conceito relacional e histórico.

Nota-se que noção de raça ainda é utilizada politicamente para naturalizar desigualdades, legitimar a segregação e o genocídio de minorias, apesar de toda a demonstração científica quanto à inexistência de diferenças biológicas ou culturais que justifiquem quaisquer discriminações entre os seres humanos.

O Direito, por sua vez, identifica raça como um fenômeno social, que deve ser analisado subjetivamente, com base em valores sociais, éticos, morais e culturais de uma determinada sociedade, dentro de um contexto histórico, cronológico e geográfico.

Nota-se também que a Ciência Jurídica, de um modo geral, não se lança a conceituar o que seja raça, e sim prefere valer-se dos estudos e definições construídos por outras ciências, como a Biologia, a Genética, a Sociologia e a Antropologia.

Essa realidade é demonstrada, por exemplo, pela ausência da descrição de um conceito em importantes documentos jurídicos que tratam da igualdade racial e do combate ao racismo e outras formas de intolerância racial.

Essa omissão pode ser observada na Declaração e Programa de Ação da Terceira Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, também conhecida como Conferência de Durban, realizada na África do Sul, entre 31 de agosto e 8 de setembro de 2001.

Também não há uma conceituação específica para “raça” naquela que, abaixo da Constituição de 1988, constitui no Brasil, atualmente, a principal norma jurídica legislada acerca de igualdade racial, a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, também conhecida como o Estatuto da Igualdade Racial.

Entretanto, nem por isso o Direito internacional e o ordenamento jurídico brasileiro descuidam de regulamentar a questão da igualdade racial e do combate às formas discriminatórias, por meio de diversas regras e princípios jurídicos, a partir da noção basilar de igualdade entre os homens.

Diversas fontes para o primado de tal igualdade podem ser apontadas, em rápida análise histórica, até mesmo dentre os fundamentos da religiosidade judaico-cristã, com suas importante contribuição para a construção da noção de direitos humanos.

De tantas citações bíblicas que apontam para a concepção da igualdade entre os homens, destaque-se a máxima de que “*Deus não faz acepção de pessoas*”, presente tanto no Antigo¹, como no Novo Testamento² (BÍBLIA, 1999, p. 213; 1287; 1320; 1409; 1487; 1496).

Observa-se que os valores bíblicos de igualdade e justiça social serviram como fundamentação e incentivo para a militância de notáveis homens, como o pastor batista Martin Luther King Jr. (1929-1968), expoente do movimento de combate à opressão racial nos Estados Unidos, e que pagou com a própria vida pela defesa dessa causa, ao ser assassinado em 4 de abril de 1968.

¹ Livro de Deuteronômio, capítulo 10, versículo 17 (BÍBLIA, 1999, p. 213)

² Atos dos Apóstolos, capítulo 10, versículo 34; Carta aos Romanos, capítulo 2, versículo 11; Carta aos Efésios, capítulo 6, versículo 9; Carta de Tiago, capítulo 2, versículo 1; e Primeira Carta de Pedro, capítulo 1, versículo 17 (BÍBLIA, 1999, p. 1287; 1320; 1409; 1487; 1496).

Na busca da igualdade racial, Luther King dizia ter um sonho:

[...] Eu tenho um sonho de que, um dia, nas rubras colinas da Geórgia, os filhos de antigos escravos e os filhos de antigos senhores de escravos poderão sentar-se juntos à mesa da fraternidade. Eu tenho um sonho de que, um dia, até mesmo o estado de Mississipi, um estado sufocado pelo calor da injustiça, será transformado num oásis de liberdade e justiça. Eu tenho um sonho de que meus quatro filhinhos, um dia, viverão numa nação onde não serão julgados pela cor de sua pele e sim pelo conteúdo de seu caráter [...] (PENSADOR, 2020b)

Rivero (2006, p. 37-38) afirma que para a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 1789, mesmo que não se observe uma influência direta do Cristianismo, tal documento histórico teria sido modelado por séculos da fé cristã, o que é constatado pela análise de dois pontos principais, a dignidade da pessoa humana e a distinção entre o temporal e o espiritual.

A Revolução Francesa, simbolizada pela tríade *liberdade/igualdade/fraternidade* teve como documento mais representativo a mencionada Declaração de 1789, que inaugura a primeira geração (ou dimensão, segundo alguns outros autores) dos direitos humanos, isto é, os direitos civis e políticos, que exigem a não intervenção do Estado para que se concretizem, salvo, naturalmente, quando tal interferência se fizer necessária, em prol da própria vida em sociedade.

Importante ainda destacar que a Declaração Francesa de 1789 trouxe importantes paradigmas como a ideia da universalidade dos direitos humanos e influenciou notadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU, em 1948 e, por consequência, uma série de outros documentos internacionais e nacionais relevantes na temática dos direitos humanos.

Conforme Lepargneur (1977, p. 47-48), a Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representa o maior passo teórico, acompanhado de promessas concretas, realizado nos tempos modernos, e acentua que “*embora o Cristianismo usufrua de uma fundamentação teológico-mística própria da fé, converge empiricamente com os teóricos da ONU e a Declaração de 1948 para fazer prevalecer os direitos*”.

A igualdade racial goza do prestígio de ser um dos direitos humanos, seja pela sua universalização, como princípio, seja pelo seu reconhecimento em diversos tratados e

convenções internacionais, embora, na prática, nota-se um intrigante paradoxo na própria essência da expressão.

Como já discorrido, a ideia de raça, usualmente, tende a expor “diferenças”, afora o fato de ser um conceito cercado de controvérsias. Assim, conciliar, na mesma locução, o objetivo de um tratamento uniforme (“igualdade”) a uma reconhecida (e necessária) pluralidade de características individuais (“racial”), por si só, já é desafiador, pois aí está um dos maiores dilemas dos seres humanos: *reconhecer o outro como igual*.

Por isso mesmo, imprescindível que haja todo um aparato jurídico bem estruturado para coibir, preventiva e repressiva, toda e qualquer forma de violação do direito humano à igualdade racial, tal qual ocorre com as práticas racistas, discriminatórias e preconceituosas em geral.

Não obstante a França revolucionária de 1789 tenha oferecido a “igualdade” como um de seus avanços, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apenas direitos individuais foram alcançados e a isonomia conquistada tinha o cunho apenas formal.

A isonomia formal se limita a determinar tratamento equânime aos indivíduos, a partir da lei, numa perspectiva estática e pautada na imposição ao Estado de intervir sobre a esfera privada, isto é, na simples abstenção estatal, mas que é insuficiente para a mitigação das desigualdades sociais, já que o combate a estas requer ações afirmativas do Estado, o que equivale à aplicação da isonomia em seu caráter material, também chamado substancial ou real.

A proposição de Aristóteles (384-322 a.C.), encontrada no Livro V, de sua obra *Ética a Nicômaco*, de que “*devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade*” reflete a concepção da igualdade material, cujo escopo é exatamente igualar os indivíduos que, essencialmente, sejam desiguais, quadro que ilustra os déficits históricos e sociais sofridos pelas minorias raciais.

Apesar da divergência de opiniões, prefere-se a posição de que a Constituição brasileira de 1988 pugna não apenas pela igualdade formal, mas sobretudo pela igualdade material, que é um dos eixos centrais da ordem constitucional pátria, eis que serve de fundamento para a proposição de ações afirmativas do Estado, instrumentos para promover a igualdade de oportunidades, como é o caso das cotas raciais.

Em se tratando de reconhecimento como direito humano, a igualdade racial ainda é contemplada com diversos outros documentos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 21 de dezembro de 1965 e promulgada perante o ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto federal nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969 (BRASIL, 1969).

Outro diploma internacional importante no tocante à igualdade racial é o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto federal nº 592, de 6 de julho de 1992 (BRASIL, 1992).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, também traz cláusulas protetivas à igualdade racial, sendo promulgada no Brasil pelas vias do Decreto federal nº 678, de 6 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992b).

A igualdade racial é reafirmada pela Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1992, e ainda pela Declaração de Durban, já mencionada, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 8 de setembro de 2001 e assinada também pelo Brasil.

Desse modo, tem-se que a igualdade racial é um direito humano, reconhecido mundialmente em nosso tempo, por estar ligado à própria essência da pessoa, e materialmente fundamental perante a ordem jurídica brasileira, devendo ser promovido por todos e de modo integral pelo Estado e pela sociedade brasileiros.

3 RACISMO E OUTRAS VIOLAÇÕES: “EU NÃO CONSIGO RESPIRAR”

Por maior rigor científico que deva ser empregado no sentido de distinguir tais categorias, vale destacar que todas elas ofuscam a dignidade da pessoa humana, independentemente de serem elevadas ao status de tipo penal ou mera conduta moral reprovável, ou de serem “mais ou menos” ofensivas.

Segregar outro ser humano em razão de alguma característica sua, seja física, comportamental, histórica ou de qualquer outro naipe constitui atitude que fere os mais básicos juízos de humanidade, que comportam a solidariedade, a alteridade, a empatia e outros valores e sentimentos que deveria permanecer como intangíveis dentre os homens e mulheres de todo o mundo.

Entretanto, como se sabe que as desigualdades raciais e de outras ordens sempre existiram e continuam a existir, e como elas se apresentam circunstancialmente diferenciadas quanto aos detalhes da conduta, como a forma com que são perpetradas e os seus efeitos jurídicos, psicológicos e sociais de um modo geral, faz-se necessário comentar sobre os principais conceitos referentes às espécies de desrespeito à igualdade racial.

Começando pelo chamado “preconceito racial”, trata-se de um julgamento prévio negativo, com base em estereótipos sobre pessoas pertencentes a determinado grupo racializado, podendo resultar, ou não, em práticas discriminatórias (ALMEIDA, 2019, p. 22).

Essa consideração “precipitada” acerca de outrem, por curioso, pode não ser apenas pessimista, demeritória, como considerar que todo baiano seja “descansado”. Pode ser também otimista, elogiosa, para realçar supostas vantagens que determinados indivíduos teriam sobre outros, como afirmar que todo paulista é muito comprometido com o trabalho, para se aproveitar o mesmo contexto exemplificativo.

Ainda que redundantemente, importante frisar que, mesmo quando o preconceito, racial ou de outra ordem, seja “positivo”, enaltecendo a pessoa ou grupo, na verdade será negativo, violador do primado da igualdade, seja porque vários desses “generalismos” não possuem qualquer comprovação científica, constituindo autênticos mitos, seja porque, ainda que se firmem como “regra”, à luz da máxima popular, “toda regra possui sua exceção”, ou ainda com base na sabedoria expressada pela célebre frase do dramaturgo, escritor e jornalista brasileiro Nelson Rodrigues (1912-1980), que diz: “*Toda unanimidade é burra. Quem pensa com a unanimidade não precisa pensar*” (PENSADOR, 2020).

Já a discriminação racial consiste nas condutas comissivas ou omissivas violadoras de direitos de uma pessoa, com base em algum critério injustificado e injusto

como a raça. Consiste em se atribuir tratamento diferenciado a membro de grupos racialmente identificados, a partir da possibilidade efetiva do emprego da força, ou seja, possui como requisito fundamental a ideia de “poder”.

A expressão “discriminação racial” tende a ser um gênero, que comporta diversos tipos de atentados humanitários. Basta dizer que o racismo, especificamente tratado, e a xenofobia são frutos amargos da mesma árvore, denominada discriminação racial.

Destacam-se, de antemão, que as modalidades de discriminação racial, chamadas “direta” e a “indireta”. A primeira ocorre quando alguém ou algum grupo, em razão de sua condição racial, sofre algum repúdio ostensivo, como um tratamento menos favorável que aquele que seria dispensado a outros indivíduos ou coletividade, em situação comparável.

Assim, negar acesso a uma loja, dependências comuns ou repartição pública, ou permitir tal ingresso, mas de forma segregadora, como separação de pessoas, em função da cor da pele, configura a discriminação racial direta.

Ao passo que a discriminação direta revela-se por condutas ofensivas inequívocas, a discriminação indireta configura-se por meio de “disfarces”, que ocultam práticas discriminatórias mais explícitas. Dá-se quando, numa situação comparativa com outras pessoas ou grupos, determinados indivíduos são colocados em situação de desvantagem, em razão de sua condição racial, por conta de alguma disposição, critério ou prática aparentemente neutro.

A discriminação indireta se concretiza pela desconsideração dos interesses dos grupos minoritários, tende a perpetuar a estratificação social de modo silencioso e pode ser exemplificada pela “inocente” ausência de políticas públicas de igualdade racial ou mesmo pelo estabelecimento dessas, só que de modo insuficiente ou inefetivo.

Quanto ao conceito de racismo, que se revela mais usual nos debates sociais, pode ser apresentado, em apertada síntese, como uma ideologia que apregoa a hierarquização entre grupos humanos, onde alguns seriam superiores, e outros, inferiores.

O racismo é forma sistêmica de discriminação, que tem a raça como fundamento e que se manifesta por práticas conscientes ou inconscientes, capazes de acarretar

desvantagens ou privilégios para determinados indivíduos ou grupos, conforme o grupo racial ao qual pertençam.

Almeida (2019, p. 24) adverte sobre os desdobramentos ruins do racismo:

Não se trata, portanto, de apenas um ato discriminatório ou mesmo de um conjunto de atos, mas de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas. O racismo pode levar à segregação racial, ou seja, à divisão espacial de raças [...]

Entre tantos fatores que retroalimentam o racismo, no Brasil e no mundo, estão a negação de sua existência (“eu não sou racista”), a ideologia da democracia racial (argumento da inexistência de racismo dentro de uma sociedade) e o discurso da meritocracia (a “culpa” por sofrer a discriminação racial é da própria vítima dele, pois deveria fazer mais do que fez para não padecer daquela condição...).

O racismo é fenômeno histórico e mundial, que se desenvolveu através dos séculos, no seio das sociedades humanas, a partir de inúmeras variáveis, e que, não obstante tantas evoluções da humanidade, chega à era da globalização, produzindo ainda seus efeitos nefastos.

A amplitude desse fenômeno desperta o interesse dos estudiosos quanto a detectar os processos e vetores proeminentes que foram formatando o racismo como mentalidade global, ao longo da história das civilizações.

Nesse esforço, Moore aponta o seguinte:

Em todas as circunstâncias nas quais podemos identificar o surgimento do racismo, encontramos três dinâmicas convergentes de um mesmo processo: a) a fenotipização de diferenças civilizatórias e culturais; b) a simbologização da ordem fenotipizada por meio da transferência do conflito concreto para a esfera do fantasmático (isso implica fenômenos como a demonização das características fenotípicas do vencido em detrimento da exaltação das características do segmento populacional vencedor); e c) o estabelecimento de uma ordem social baseada numa hierarquização raciológica, mediante a subordinação política e socioeconômica permanente do mundo populacional conquistado (MOORE, 2007, p. 247).

Entre tantas outras definições e classificações para as formas de racismo, prefere-se a que aponta para três concepções de racismo, relacionando-o à subjetividade (racismo individualista), ao Estado (racismo institucional) e à economia (racismo estrutural).

Pela concepção individualista, não haveria sociedades ou instituições racistas, e sim indivíduos racistas, que agem isoladamente ou em grupo. Portanto, por essa ótica, o racismo seria um fenômeno ético ou psicológico, de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados, ou uma irracionalidade a ser combatida juridicamente.

Conforme a concepção institucional, o racismo é visto como resultado do funcionamento das instituições, que sofrem a hegemonia de determinados grupos raciais, que utilizam os mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos. Assim, a ocupação dos cargos de direção de muitas instituições por homens brancos tende a corroborar essa hegemonia institucional-racial.

No entanto, há uma crescente popularização de uma terceira concepção de racismo, nas mídias e debates sociais: o racismo estrutural, que indica que a amplitude desse fenômeno é mais abrangente, isto é, o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, de modo a ser admitido como “normal” nas relações humanas em geral, e não identificado como uma patologia social ou um desarranjo institucional.

Poderia se dizer que o racismo, nessa dimensão estrutural, seria a forma mais drástica de desnivelamento e assimetria entre os indivíduos e grupos, pois seria considerado a regra, e não a exceção, ou, sob outra analogia, uma doença grave, mas que de tão contínua em seus sintomas, gerou no enfermo a capacidade de resistir ao sofrimento.

Entender o racismo como estrutural seria, por outra ilustração, considerar que um câncer se espalhou em metástase por todo um organismo, de modo que, além da adoção de medidas que coíbam o racismo individual e institucional, faz-se indispensável a promoção de mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas.

Aliás, a constatação do racismo estrutural (também conhecido como sistêmico, social ou estruturante) não deve desaguar no mar da resignação ou do comodismo, pautado num discurso pessimista de que “nada mais pode ser feito” ou reducionista ou alienante, que induza a se pensar que o problema não exista ou que não tem a real dimensão de fato alcançada em muitas sociedades, como a brasileira.

Ao contrário, enxergar o problema com a dimensão de uma mazela enraizada na sociedade, e que já se misturou com as estruturas da mesma, demanda ações enérgicas,

por parte do Estado, e da própria sociedade, no sentido de combate ao racismo e aos racistas e da adoção de práticas e políticas eficientes de igualdade racial.

Na abordagem das categorias de violação ao primado da igualdade racial, cabível a menção à xenofobia, cuja semântica coincide com medo, aversão ou grande antipatia com relação a estrangeiros, compartilhando elementos conceituais com o racismo.

Matteucci (1986, p. 1058) afirma que há “uma Racismo entre as grandes raças (branca, amarela e negra), mas há também entre pequenas raças ou grupos étnicos particulares (xenofobia, chauvinismo)”.

A xenofobia guarda semelhanças, portanto, com a noção de racismo, e normalmente se associa a este. Todavia, a discriminação xenofóbica se pauta em tratamento diferenciado conferido a uma pessoa ou a um grupo, em razão da sua origem (cidade, região, país), religião e traços culturais em geral, e não necessariamente por conta da condição racial, embora possa haver a mesclagem do sentimento xenófobo ao racista, quando a pessoa discriminada for, por exemplo, um estrangeiro de fenótipo racial distinto do agente discriminador.

Hostilidades a adeptos de uma religião, como o Islamismo, pelo raciocínio de que todos os muçulmanos sejam terroristas, ou a repulsa contra refugiados que buscam amparo em outros países são exemplos de condutas de xenofobia, que ganham ampla publicidade devido à maior facilidade das denúncias e a quantidade e velocidade das informações obtidas pelos diversos canais de comunicação, como as redes sociais e outros recursos da internet.

Faz-se ainda útil tratar da injúria racial e de sua proximidade com a noção e tipicidade penal de racismo no Brasil, embora haja diferenças substanciais entre as duas violações à igualdade racial.

O racismo, como visto, implica gerar desvantagens ou favores indevidos para indivíduos ou grupos, em razão da condição racial, como por exemplo, negar empregos a pessoas com determinada cor de pele. Como infração jurídica, especificamente criminal, o racismo atinge a uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de uma raça

Pela sua extrema gravidade, o racismo é tipificado, no Brasil, como crime inafiançável e imprescritível, à luz do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição de 1988, e nos termos da Lei federal nº 7.716, de 1989.

Já a injúria racial, também denominada injúria discriminatória, conquanto seja violadora da igualdade racial, juridicamente é disciplinada com menor rigor, pois é tratado pelo Código Penal brasileiro (artigo 140, parágrafo 3º) como crime afiançável e prescritível.

Com frequência, notam-se pessoas do povo em geral confundirem as condutas de racismo com as de injúria racial. Porém, esta última é perpetrada contra vítimas determinadas e se configura pela ofensa à honra de alguém, valendo-se de elementos referentes à raça, cor da pele, etnia, religião, origem ou condição física.

Assim, a conduta de equiparar uma pessoa negra a um macaco, por mais odiosa que reverbere, não é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro como crime de racismo, e sim de injúria racial.

Interessantes as reflexões e estratégias que a filósofa e feminista negra Djamila Ribeiro aponta para o combate ao racismo direcionado às pessoas negras no Brasil, como entender as práticas racistas, enxergar a própria negritude, perceber o racismo que esteja inconscientemente internalizado e apoiar políticas educacionais afirmativas (RIBEIRO, 2019).

Evidente que frases como “ela é negra, mas é bonita” ou “ele é um negro de alma branca” expressam uma hostilidade racial incrustada no comportamento de uma sociedade, apontando para a confirmação do racismo sistêmico.

Os atentados à igualdade racial no Brasil e no mundo, com o devido pesar, ainda se proliferam pelas manchetes da imprensa e das mídias eletrônicas e digitais, pelas quais alguns casos se tornam mais emblemáticos, como o recente assassinato de George Perry Floyd Jr. (1973-2020) por um policial branco, em Minneapolis, Estados Unidos, no dia 25 de maio de 2020, provavelmente fruto de uma conduta racista, praticada na forma de violência policial.

Esse episódio ficou simbolizado pela frase que Floyd repetia durante os 46 segundos em que sofreu a asfixia que o matou, produzida pelo policial Derek Chauvin:

“Eu não consigo respirar”, desencadeando uma grande onda de protesto nos Estados Unidos e em boa parte do mundo, que tomou a forma do movimento ativista antirracista denominado Black LivesMatter (Vidas Negras Importam) (DIOGO, 2020).

Os atentados ao ideário da igualdade racial se dão, mundo afora, não apenas através da violência policial injustificada, como também por atitudes supostamente mais subliminares ou brandas, que incluem a piada racista, as ofensas verbais e até mesmo o racismo religioso, manifestado pelo despreço à religiosidade praticada por minorias, como é o caso das religiões afro-brasileiras.

Vê-se, portanto, diante das categorias de violações apresentadas e de outras variantes e peculiaridades, ainda tão reiteradas em pleno século XXI, que há muito a se realizar para a consecução da almejada igualdade racial.

4 PROTEÇÕES JURÍDICAS À IGUALDADE RACIAL NO BRASIL: “SE O PENHOR DESSA IGUALDADE...”

De fato, o Brasil é signatário de acordos e documentos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (a partir de 1969), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (a partir de 1992), o Pacto de São José da Costa Rica (a partir de 1992) e a Declaração de Durban (2001), que acarretam o reconhecimento do direito humano à igualdade racial como um direito fundamental do Estado brasileiro, a ser abraçado pela ordem constitucional e promovido em todos os seus termos.

Também é verdadeiro que o Brasil conta com um elenco de normas legisladas, inclusive anteriores à Constituição de 1988, que se destinam a combater e superar o racismo no Brasil. Porém, é necessário frisar que toda essa construção não decorreu propriamente de um avanço civilizatório, nem foi gerado a partir de uma conscientização espontânea e geral de nossa sociedade.

Tal arcabouço normativo protetivo originou-se de lutas permanente do Movimento Negro Brasileiro, que corresponde a uma série de movimentos de oposição ao racismo, especialmente as ações políticas de mobilização racial negra, ainda que muitas dessas frentes assumam, em diversos momentos, um perfil essencialmente cultural.

Nesse sentido, Domingues (2007) apresenta apontamentos históricos do Movimento Negro no Brasil, em três fases cronológicas (1889 a 1937; 1945 a 1964; 1978 a 2000), referindo-se ainda a uma quarta fase em aberto, a contar do ano 2000, centrada na figura do hip-hop, voltado a dar voz e vez à comunidade negra periférica e com o escopo de resgatar a autoestima do negro.

Na comparação entre as três fases acima indicadas, Domingues enfatiza que nos dois primeiros momentos, o Movimento Negro optou pela via educacional e cultural, mantendo-se afastado das formas mais tradicionais de organização das classes sociais, como sindicatos e partidos.

Todavia, na terceira fase, de 1978 a 2000, buscou a via política como solução para o racismo, razão pela qual se pode compreender que boa parte das normas brasileiras destinadas ao objetivo da igualdade racial, além da própria Constituição de 1988, tenha sido promulgada nesse período, como reflexo desse maior engajamento político de setores representativos dos interesses da população negra brasileira.

O próprio método das lutas contra o racismo no Brasil variou. Na primeira fase do Movimento Negro, o protagonismo se deu com as agremiações negras e atividades cívicas e jornais. A segunda fase focou na difusão da cultura negra, através do teatro, imprensa e eventos acadêmicos, que buscava sensibilizar a elite branca para os problemas dos negros no país. Somente na terceira fase, o Movimento ganha contornos políticos, por meio de manifestações públicas, formação de comitês de base e de um movimento de espectro nacional (DOMINGUES, 2007, p. 118).

Na análise das principais normas brasileiras vocacionadas para o combate e a superação do racismo, vê que o texto da Constituição de 1988 não traz a expressão “igualdade racial”, porém a reconhece como um direito fundamental, com base na interpretação sistêmica de vários dispositivos.

O próprio preâmbulo constitucional menciona o ideal de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, seguido do artigo 1º, inciso III, que homenageia a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira.

Em seguida, o artigo 3º, inciso IV, aponta como objetivo fundamental republicano a promoção do bem comum, inadmitindo preconceitos ou discriminações de qualquer

natureza, enquanto o artigo 4º, inciso VIII, anuncia o combate ao racismo como um dos princípios que regem o Brasil nas suas relações internacionais.

O caput do artigo 5º, da Constituição, ao se referir à condição de que “todos são iguais perante a lei”, lança de imediato luzes a uma igualdade apenas formal, assentada sobre o pilar da isonomia como forma de imparcialidade. No entanto, conforme já exposto, a igualdade formal não é suficiente na busca por uma igualdade racial.

Para tanto, no mesmo caput mencionado e em outros pontos da Carta de Outubro de 1988, há elementos jurídicos satisfatórios para compreender que existem também mecanismos programáticos e promotores da igualdade material, por meio da qual defasagens raciais históricas, como a sofrida por minorias étnicas no Brasil, podem ser compensadas ou ao menos mitigadas.

Assim compreende Novelino (2013, p. 462):

É possível afirmar que a Constituição brasileira consagrou não apenas a igualdade formal, mas também um direito geral de igualdade jurídica material (CF, art. 5.º, caput). Esse direito pode ser extraído a partir de uma interpretação ampla da expressão “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, como da parte seguinte do dispositivo que consagra a “inviolabilidade do direito [...] à igualdade”.

Vale destacar, ainda, a presença no texto constitucional de diversos dispositivos que estabelecem diferenças de tratamento baseadas na noção de igualdade material.

Na direção da igualdade racial, a Constituição se mostra severa ao determinar que a lei seja usada para punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI) e, mais especificamente, a prática do racismo, qualificada como crime inafiançável e imprescritível (artigo 5º, XLII).

A falta da literal inserção no texto constitucional da expressão “igualdade racial” dentre os direitos fundamentais não desmente esse reconhecimento, conforme os argumentos já explanados. Contudo, acrescentem-se os efeitos produzidos pelo parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição, que afirma que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O Código Penal brasileiro basicamente tipifica a injúria discriminatória, no seu artigo 140, parágrafo 3º, e ainda estabelece para o crime de redução à condição análoga à

de escravo uma hipótese de aumento de pena por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem, no artigo 149, parágrafo 2º, inciso II (BRASIL, 1940).

A chamada Lei de Segurança Nacional, também anterior a Constituição de 1988, Lei federal nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, tipifica e manda punir, em seu artigo 22, inciso II, quem fizer propaganda em público de discriminação racial, contrapondo-se à incitação ao ódio racial.

Outro avanço para o resgate de perdas históricas sofridas pela raça negra no Brasil foi a promulgação da Lei federal nº 7.668, de 22 de agosto de 1988, que autorizou a criação da Fundação Cultural Palmares, com a finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira.

Um diploma legal marcante é a Lei federal nº 7.716/1989, também conhecida como Lei do Crime Racial ou Lei Caó (numa homenagem ao ex-deputado Carlos Alberto Caó de Oliveira, autor do respectivo projeto de lei), que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Os tipos penais dessa lei especial traduzem a ideia da desvantagem ilícita que é causada por algum motivo preconceituoso, como a condição racial, o que fica claro pelos verbos que são usados como núcleos dos tipos, tais como “impedir”, “obstar”, “negar” e “recusar”.

A Lei nº 7.716/89 certamente foi um progresso em relação à anterior Lei federal nº 1.390, de 3 de julho de 1951, a famosa Lei Afonso Arinos, considerada a primeira norma contra o racismo no Brasil, mas que se limitava a enquadrar como contravenção penal a prática de atos resultantes de preconceito de raça e de cor de pele.

No aspecto da educação e cultura, também merece lembrança a Lei federal nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que alterou dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei federal nº 9.394/1996), para tornar obrigatório o ensino de história e da cultura afro-brasileira e africana no Ensino Fundamental e Médio, público e particular, com o escopo de proporcionar uma reparação histórica e aumentar a autoestima da população negra brasileira.

Relevante apontar que a luta pela introdução da História da África e do Negro no Brasil nos currículos escolares já era uma reivindicação contida no Programa de Ação de 1982, do Movimento Negro Unificado (MNU), fundado em 1978, responsável pelo retorno da causa negra à cena política brasileira (DOMINGUES, 2007, p. 112; 114).

A bem da verdade, no Primeiro Congresso do Negro Brasileiro, organizado pelo Teatro Experimental do Negro (TEN), ocorrido entre 26 de agosto e 4 de setembro de 1950, essa temática já aparece (SANTOS, 2005).

Na esteira desse movimento de valorizar a cultura afro-brasileira, até mesmo como forma de combater o racismo que reverbera inclusive na religiosidade em nosso país, cumpre realçar algumas produções legislativas fluminenses, cujos objetos foram as declarações de reconhecimento dos idiomas iorubá, banto e jêje, praticados nas religiões afro-brasileiras, como patrimônio imaterial do Estado do Rio de Janeiro, conforme, respectivamente, a Lei RJ nº 8.085, de 28/08/2018, a Lei RJ nº 8.758, de 18/03/2020 e o Projeto de Lei nº 4.455, de 10/10/2018.

Não seria exagero afirmar que eventuais insucessos quanto à aplicabilidade da Lei nº 10.639/2003 podem ser entendidos como um considerável prejuízo às políticas de igualdade racial no Brasil, pois significam um fracasso na educação antirracista e podem servir de prenúncio a um etnocídio, uma vez que a não preservação ou a subestimação de uma cultura conduzem ao risco de fazê-la desaparecer ou enfraquecê-la paulatinamente ao longo dos tempos.

Nesse sentido, observa-se que a aplicação e a efetividade de Lei nº 10.639/2003 estiveram (e por que não dizer que ainda estejam) sob a aura de discussões jurídicas e filosóficas, alimentadas por diversos argumentos, dentre os quais o mito da democracia racial, pelo qual a mencionada lei não passaria de uma “letra morta”, norma desnecessária e oportunista.

Por justiça, deve-se mencionar a atuação dos Ministérios Públicos brasileiros em prol da efetividade da Lei 10.639, não só a nível judiciário, como também pedagógico, fomentando a eficácia social da norma em tela, por exemplo, por meio da criação de um Guia para Implementação da Lei 10.639, pelo Conselho Nacional de Ministério Público

(CNMP)³ e da expedição de Recomendações por parte do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para que as escolas da Baixada Fluminense ensinassem história e cultura afro-brasileira e indígena⁴.

Afora isso, os MP também vêm atuando processualmente, por meio de inquéritos civis públicos, ações civis públicas e outros procedimentos, que reclamam pela defesa do cumprimento efetivo da Lei 10.639, justamente para que não se transforme em “letra morta”.

Exemplificam⁵ essa atuação ministerial o Procedimento Interno nº 08190.017043/08-02, instaurado em 29/04/2008, pelo Ministério Público do Distrito Federal, que teve como propósito verificar se a Secretaria de Estado de Educação do DF estaria zelando pelo acatamento da mencionada lei com relação aos estabelecimentos de ensino fundamental e médio da correspondente rede educacional.

O Ministério Público do Estado do Pará impulsionou os Procedimentos Extrajudiciais nº 032/2007-MP/PJ/DC/PP e nº 005/2007-MP/PJ/DC/PP, ambos direcionados a cobrarem o fiel cumprimento da Lei 10.639 pelos estabelecimentos de ensino daquele Estado.

Ainda, a título de exemplos, o Ministério Público alagoano ajuizou a Ação Civil Pública nº 001.07.074.696-7; o MP de Sergipe moveu o Inquérito Civil nº 01/2008; e o MP da Bahia instaurou o Inquérito Civil nº 01/2007.

A esse histórico de atuações, acrescentem-se os esforços do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro para que a aplicação da Lei 10.639 fosse devidamente observada por três instituições federais de ensino fluminenses (Colégio Pedro II; CEFET-RJ e Cap UFRJ), a partir de uma Representação apresentada em 2005, pelo Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) e dos desdobramentos do Inquérito Civil Público nº 26/2006.

3 Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9154-guia-de-atuacao-ministerial-o-ministerio-publico-e-a-igualdade-etnico-racial-na-educacao-contribuicoes-para-a-implementacao-da-lbt-alterada-lei-10-639-2003>. Acesso em: 05 dez. 2020.

4 Disponível em: https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/48009?p_p_state=maximized. Acesso em: 05 dez. 2020.

5 Os exemplos apontados constam da dissertação de Mestrado, intitulada Cumpra-se a Lei: o Ministério Público e os paradoxos da Lei de Ensino de História e Cultura Afro-brasileira (Lei 10.639/03) (FREITAS, 2010).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Outra norma relacionada ao tema da igualdade racial é a Lei federal nº 10.678, de 23 de maio de 2003, que criou a Secretaria Especial (denominada “Nacional”) de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, subordinada ao atual Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, e que tem como metas desenvolver ações e mecanismos para a inclusão, a preservação cultural e a implementação de políticas públicas voltadas para os interesses das comunidades quilombolas, de matriz africana e cigana (BRASIL, MDH, 2018).

Com a missão de ser um marco regulatório de proteção jurídica à igualdade racial, a Lei federal nº 12.288, de 20 de julho de 2010, também denominada Estado da Igualdade Racial, surge como uma espécie de “Segundo Ato” da Lei Áurea (Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888), apresentado à sociedade brasileira, ainda racista, preconceituosa e discriminadora, 122 anos após a abolição da escravatura em nosso país.

Essa conexão entre a Lei Áurea e o Estatuto da Igualdade Racial é realçada devido às inúmeras opiniões de diversos cientistas sociais, como antropólogos, sociólogos, historiadores, geógrafos e juristas, que entendem que o fim do regime escravocrata em 13 de maio de 1888 foi apenas o início de um longo e inacabado processo de busca de igualdade racial no Brasil, e nesse particular, em relação a negros e a não-negros, e respectivas descendências.

Mas ainda que haja “caminhos a serem caminhados”, o Estatuto da Igualdade Racial tem o seu valor, no sentido de projetar alcance e velocidade para as condutas que o país deve adotar, a fim de compensar os atrasos e impedir retrocessos que possam ameaçar ainda mais a consecução de uma equidade fraternal e solidária entre as raças e etnias que compõem o povo brasileiro, apesar de no seu artigo introdutório referir-se apenas à “população negra”.

O Estatuto da Igualdade Racial incorpora algumas conquistas, dentre as quais, a instituição do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINAPIR), cujo escopo é organizar e articular políticas e serviços destinados a superar as iniquidades raciais existentes no Brasil, em regime de participação de todos os entes federativos.

Em seus 65 artigos, o Estatuto da Igualdade Racial elenca regras e princípios voltados à efetivação de direitos sociais à população negra (saúde, educação, cultura, esporte, lazer, moradia, trabalho), trata da questão da liberdade de consciência e crença

conforme as tradições afro-brasileiras e disciplina a criação, organização e funcionamento do SINAPIR.

Como esclarecido, a igualdade racial, na qualidade de direito humano e mais notadamente como direito fundamental no Brasil, requer que tal igualdade deixe de ser apenas no plano formal, para atingir a esfera material, isto é, que sejam adotadas pelo Estado e pela própria sociedade medidas que visem corrigir relações sociais assimétricas, por conta de preconceitos e discriminações históricas.

Nesse sentido, as ações afirmativas são essenciais, de caráter público ou privado, coercitivas ou não, mas que almejam a promoção da igualdade material, por meio daquilo que se convencionou chamar “discriminação positiva”, ou seja, a concessão de alguns “privilégios”, de modo a alcançar a paridade com os demais indivíduos e grupos sociais.

As ações afirmativas destinam-se à tutela dos interesses de grupos vulneráveis, que padecem alguma discriminação ou estão sob algum risco social, como é o caso dos idosos, das mulheres, das crianças e adolescentes, dos indígenas, dos homossexuais e da população negra.

Uma dessas ações, tratada ainda sob alguma polêmica, é a instituição das cotas sociais e das cotas raciais, o que se deu no Brasil com o advento da Lei federal nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

A Lei 12.711/2012 e o seu regulamento, o Decreto federal nº 7.824/2012, estipulam a reserva de 50% dessas vagas para alunos oriundos integralmente do ensino médio público, sendo que as vagas reservadas às cotas serão subdivididas metade para alunos oriundos de famílias com renda familiar bruta *per capita* igual ou inferior a um salário-mínimo e meio e ainda um percentual correspondente ao da soma dos autodeclarados pretos, pardos e indígenas e deficientes, que compõem a população de cada Estado da Federação brasileira.

Entretanto, a Lei 12.711 foi alvo de questionamentos, notadamente nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, movida pelo Partido Democratas contra os atos da Universidade de Brasília (UnB) que instituíram o sistema de cotas raciais naquela instituição de ensino superior.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Em julgamento datado de 16/04/2012, o STF julgou constitucional a política de cotas da UnB, entendendo pela improcedência daquela ADP, sob fundamentos como a premência da formação de um ambiente acadêmico plural e diversificado, que supere distorções sociais historicamente consolidadas e a transitoriedade e possibilidade de revisão periódica dos resultados dessa ação afirmativa.

Outra lei que instrumentaliza ação afirmativa de igualdade racial é a Lei federal nº 12.990, de 9 de junho de 2014, que reserva 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública federal, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União.

O propósito dessa lei de 2014, também chamada Lei de Cotas no Serviço Público, é servir para corrigir distorções históricas presentes no serviço público, com o fim de garantir o acesso de negros a esse mercado de trabalho, sem diferenças na remuneração ou nas oportunidades, e ainda contribuir para o ganho de autoestima da população negra e o aumento da diversidade e pluralismo nas repartições públicas.

Mais uma vez, buscando estancar as vozes contrárias às ações afirmativas propostas pela Lei 12.990/2014, viu-se por necessário levar a questão ao Supremo Tribunal Federal, no caso, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com o intuito de que a aludida lei fosse declarada compatível com a Constituição de 1988.

O Plenário do STF julgou procedente a ADC, em 08/06/2017, declarando a constitucionalidade da Lei 12.900, e ainda fixou uma tese a ser observada pela Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta”.

É bem verdade que ações afirmativas, como as preconizadas pelas Leis 12.711/2012 e 12.990/2014, levantam controvérsias e opiniões em contrário. Muitos questionam se tais mecanismos compensatórios e o patrocínio a uma discriminação positiva ou reversa seriam por si suficientes para promover a igualdade racial, ou mesmo se não seriam “medidas racistas” contra os demais grupos étnico-raciais.

Deve-se lembrar que falar de igualdade sem praticá-la, de nada serve, ao não ser para perpetuar as diferenças já existentes. Aliás, não combater o mal, também é praticá-lo, numa visão existencial.

Não obstante todo o arcabouço normativo apresentado, a simples observação do cotidiano revela que o racismo estrutural existente no Brasil não é superável tão-somente com a proposição e aprovação de normas legais, sendo imprescindível também a implementação sistemática e permanente de políticas públicas direcionadas ao atingimento efetivo da igualdade racial.

Mais uma vez, a título meramente exemplificativo, podem ser citadas algumas políticas públicas e atos de gestão administrativa endereçados à causa do combate ao racismo, como a criação de diversos órgãos policiais especializados no país, como se deu no Estado do Rio de Janeiro, em 2018, com a instituição da Delegacia de Crimes Raciais.

Também no Estado do Rio de Janeiro, foram adotadas medidas relacionadas a Políticas de Combate ao Racismo no SUS, em 2012, e criado o CEDINE (Conselho Estadual dos Direitos do Negro), autorizada pela Lei RJ nº 3.730 de 13 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto RJ nº 33.165, de 13 de maio de 2003, cuja finalidade é permitir a participação da sociedade civil na criação de políticas públicas para a população negra.

Com igual importância, foi criado o CEDIND (Conselho Estadual dos Direitos Indígenas), com o escopo de permitir a participação da sociedade civil na criação de políticas públicas para a população indígena, nos termos do Decreto RJ nº 46.218, de 11 de janeiro de 2018.

Além disso, outras tantas ações e políticas são desenvolvidas no Estado do Rio de Janeiro pela Superintendência de Promoção da Igualdade Racial, da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos. Em nível de Brasil, existe a Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR).

Portanto, imaginar que a igualdade racial possa ser alcançada no Brasil, ou em qualquer parte do mundo, sem aplainar os desníveis que a História foi esculpindo, é acreditar ou apostar num resultado absolutamente improvável.

Tratar a igualdade racial, apenas por uma ótica formal, é aprisionar o competidor mais fraco à condição de eterno perdedor e ao que já vinha vencendo, mais vantagem ainda na competição, como num “jogo de cartas marcadas”.

Assim, “*se o penhor dessa igualdade, conseguimos conquistar com braço forte...*”, é sinal que a igualdade, plena e verdadeira, deve ser reputada como valor essencial, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de se desenvolver, erradicar as mazelas e promover o bem de TODOS, todos mesmo.

5 CONSIDERAÇÕES

Ao final da presente pesquisa, conclui-se que a igualdade racial, em termos de sua efetividade no Brasil, ainda é uma questão inacabada, realidade não muito diferenciada em outros lugares do mundo, como é o caso dos Estados Unidos da América e da Europa Ocidental.

Analisando-se as dimensões do vocábulo “raça”, viu-se o quanto a interpretação indevida desse conteúdo semântico pode servir de instrumento para hediondas formas de desigualdade entre os seres humanos, alicerçadas no falso pressuposto de que haja superioridade de determinada raça sobre outra, mediante algum critério ou fator genético, e ainda na concepção da existência de diferenças genéticas significativas, capazes de estabelecer subespécies humanas, o que foi desmentido pelos exaustivos, porém louváveis resultados obtidos ao fim dos trabalhos científicos do Projeto Genoma Humano.

No estudo da igualdade racial, categorias como “discriminação”, “preconceito” e “racismo” condensam uma diversidade de comportamentos abusivos, variáveis apenas em detalhes como o grau da ofensa ou o aparato jurídico sancionatório.

O entranhamento das práticas racistas numa sociedade, como a brasileira, é capaz de conduzir o funcionamento das instituições, conforme os interesses dos grupos raciais que tiram proveito de tal desigualdade e atinge até mesmo uma dimensão cultural, gerando, por exemplo, comodismo diante dessa anomalia ou a mentalidade equivocada de uma pretensa democracia racial, quando o que se tem, verdadeiramente, são grandes assimetrias.

Quanto ao reconhecimento da igualdade racial como direito humano, não resta dúvidas sobre essa realidade, à luz das decisões da jurisprudência internacional a respeito e da razoável quantidade e qualidade dos documentos e acordos internacionais, vários dos quais o Brasil aparece como signatário.

O Brasil reconhece a igualdade racial como direito fundamental, conjugando dispositivos da Constituição de 1988 com um feixe de normas legisladas, cuja efetividade ainda se mostra aquém das expectativas razoáveis de superação do racismo em nosso país.

Não basta a presença de um arcabouço normativo instituído, uma vez que o racismo estrutural, enraizado no Brasil, somente tende a ser vencido com a implementação sistemática e permanente de políticas públicas comprometidas com essa reparação histórica, em favor da população brasileira negra, o que inclui diretrizes como a valorização e a preservação da cultura negra e o fortalecimento da autoestima de toda essa camada étnica.

O Movimento Negro no Brasil teve e ainda tem papel fundamental para o surgimento de leis e ações afirmativas orientadoras da igualdade racial, pois tais conquistas jurídicas e políticas não se deram como fruto de um avanço civilizatório espontâneo, e sim constituíram legado das lutas dos negros brasileiros, especialmente a partir da década de setenta do século passado.

Portanto, a efetividade da igualdade racial depende da conscientização de toda a sociedade brasileira e do sincrônico funcionamento de mecanismos mais específicos, notadamente ações afirmativas e atos de gestão destinados a promover a reparação das desigualdades históricas, bem como projetar instrumentos de controle que impeçam retrocessos às conquistas já obtidas pela população negra no Brasil.

Sim, nós temos um sonho, sem o qual não conseguiremos mais respirar, sonho de conviver em uma sociedade livre, justa e solidária, cujo penhor dessa igualdade, conseguimos conquistar com braço forte.

6 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 6. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Borheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BÍBLIA. Bíblia de Estudo de Genebra. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Cultura Cristã; Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

BOLSANELLO, Maria Augusta. Darwinismo social, eugenia e racismo “científico”: sua repercussão na sociedade e na educação brasileiras. Educar em Revista, Curitiba, n. 12, 1996, p. 153-165. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/er/n12/n12a14.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992(b)**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012**. Regulamenta a Lei 12.711, de 29 de agosto de 20, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7824.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 dez. 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951**. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. Brasília, DF:

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1390.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.639.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.678.htm#:~:text=LEI%20No%2010.678%2C%20DE%2023%20DE%20MAIO%20DE%202003.&text=Cria%20a%20Secretaria%20Especial%20de,Rep%20C%20BAblica%20e%20d%20C%20A1%20outras%20provid%20C%20AAncias.&text=12%20da%20Resolu%20C%20A7%20C%20A3o%20n%20C%20BA%201,Art. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm#:~:text=Define%20os%20crimes%20contra%20a,julgamento%20e%20d%20C%20A1%20outras%20provid%20C%20AAncias. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988. Autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7668.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.668%2C%20DE%2022,Art. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MDH). Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, 30 ago. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/secretaria-nacional-de-politicas-de-promocao-da-igualdade-racial#:~:text=Secretaria%20Nacional%20de%20Pol%C3%ADticas%20de%20Promo%C3%A7%C3%A3o%20da%20Igualdade%20Racial,-Compartilhe%3A&text=III.,comunidades%20quilombolas%20nas%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Igualdade étnico-racial, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/igualdade-racial>. Acesso em: 05 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política nacional de saúde integral da população negra: uma política do SUS, 3. ed., 2017. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_populacao_negra_3_d.pdf. Acesso em: 05 dez. 2020.

CNJ 15Anos. Conheça a diferença entre racismo e injúria racial. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/conheca-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São José da Costa Rica. 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Guia de Atuação Ministerial: o Ministério Público e a igualdade étnico-racial na educação. 2016. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9154-guia-de-atuacao-ministerial-o-ministerio-publico-e-a-igualdade-etnico-racial-na-educacao-contribuicoes-para-a-implementacao-da-lbt-alterada-lei-10-639-2003>. Acesso em: 05 dez. 2020.

DIOGO, José Manuel. Eu não consigo respirar. ISTO É. São Paulo, ed. 2630, 05 jun. 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/eu-nao-consigo-respirar/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

DOMINGUES, Petrônio. Movements negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. Tempo [online], Niterói, v. 12, n. 23, 2007, p. 100-122. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042007000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 05 dez. 2020.

FREITAS, Ludmila Fernandes de. Cumpra-se a lei: o Ministério Público e os paradoxos da Lei de Ensino de História e Cultura Afro-brasileira (Lei 10.639/03). Dissertação (Mestrado em Sociologia e Antropologia). Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2020.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

G1. Polícia cria Delegacia de Crimes Raciais no Rio de Janeiro. 24 ago. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/08/24/policia-cria-delegacia-de-crimes-raciais-no-rio-de-janeiro.ghtml>. Acesso em: 05 dez. 2020.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Como trabalhar com “raça” em sociologia. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 29, n. 1, 2003, p. 93-107. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ep/v29n1/a08v29n1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

LEPARGNEUR, Hubert. A igreja e o reconhecimento dos direitos humanos na história. São Paulo: Cortez& Moraes, 1977.

MATTEUCCI, Nicola. Racismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Brasília: UNB, 1986.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. MPRJ expede Recomendações para que escolas da Baixada ensinem história e cultura afro-brasileiras e indígenas. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/48009?p_p_state=maximized. Acesso em: 05 dez. 2020.

MOORE, Carlos. Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007.

NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional, 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. 18 dez. 1992. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-os-direitos-das-pessoas-pertencentes-a-minorias-nacionais-ou-etnicas-religiosas-e-linguisticas.html>. Acesso em: 20 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Declaração e Programa de Ação adotados na Terceira Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. 31 ago./08 set. 2001. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/03/durban-2001.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. 16 dez. 1966. Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 21 dez. 1965. Disponível em:

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

[https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%202106%20\(XX\)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf](https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%202106%20(XX)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf). Acesso em: 20 ago. 2020.

PENA, Sérgio Danilo. Lições de vida do genoma humano. FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 23 jan. 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2301200110.htm>. Acesso em: 21 ago. 2020.

PENSADOR. Autores. Nelson Rodrigues. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/NTc3MDY5/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

PENSADOR. Eu tenho um sonho Martin Luther King. Disponível em: https://www.pensador.com/eu_tenho_um_sonho_martin_luther_king/. Acesso em: 20 ago. 2020 (b).

RIBEIRO, Djamila. Pequeno manual antirracista. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Lei nº 8.758, de 18 de março de 2020**. Declara patrimônio imaterial do Estado do Rio de Janeiro o idioma banto, praticado nas religiões de matrizes afro-brasileiras. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/0a12ebad92fe2e490325853b0070d006?OpenDocument&Highlight=0,LEI,8758>. Acesso em: 05 dez. 2020.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Lei nº 8.085, de 28 de agosto de 2018**. Declara patrimônio imaterial do Estado do Rio de Janeiro o idioma em ioruba, praticado nas religiões afro-brasileiras. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/14c6b9b6292880e5832582f8006a7cc8?OpenDocument>. Acesso em: 05 dez. 2020.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Lei nº 3.730, de 13 de dezembro de 2001**. Fica o Poder Executivo autorizado a instituir o Conselho Estadual dos direitos do negro - CEDINE/RJ, e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/7a7db339ec270f7c03256b25004ec0ee?OpenDocument>. Acesso em: 05 dez. 2020.

RIO DE JANEIRO. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Políticas de combate ao racismo no SUS, 2012. Disponível em: <https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTA5MTQ%2C>. Acesso em: 05 dez. 2020.

RIO DE JANEIRO. **Projeto de Lei nº 4.455, de 10 de outubro de 2018**. Declara patrimônio imaterial do Estado do Rio de Janeiro dos idiomas jêje, praticados nas religiões afro-brasileiras. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1519.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/622bc39c4698e30b83258322005358d0?OpenDocument>. Acesso em: 05 dez. 2020.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

RIVERO, Jean; MOUTOUCH, Huges. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito*, 4. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SANTOS, Sales Augusto dos. A Lei nº 10.639/03 como fruto da luta anti-racista no Movimento Negro. *In: MEC/SECAD Educação anti-racista: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Conversações sobre a “boa morte”: o debate bioético acerca da eutanásia. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v.21, n.1, p.111-119, jan.-fev. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v21n1/13.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

**DOSSIÊ ESPECIAL –
PÍLULAS DE
DIREITOS HUMANOS**

Submetido em
20/10/2020
Aprovado em
02/07/2021

EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO AO IDOSO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

EFFECTIVENESS OF THE RIGHTS OF THE ELDERLY IN BRASIL: THE PROTECTION OF THE ELDERLY AFTER THE CONSTITUTION OF 1988

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann^I

Sérgio Assunção Rodrigues Junior^{II}

Catia Martins Gonçalves^{III}

RESUMO

Considerando o rápido e crescente envelhecimento da população brasileira, bem como o fato de que o Direito da Pessoa Idosa é uma área ainda recente e pouco trabalhada no Brasil, o presente trabalho tem como problema da pesquisa: analisar a efetividade dos direitos dos idosos no Brasil, tendo como base a

ABSTRACT

Considering the fast and growing aging of the Brazilian population, as well as the fact that the Right of the Elderly is an area still recent and little worked in Brazil, the present work has as problem of the research: to analyze the effectiveness of the rights of the elderly in Brazil, having as base the protection to the elderly after

^I Pós-Doutora em Direito, pela Universidade Estácio de Sá/RJ, Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2006), Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2002), Pós-Graduação Lato Sensu em Bioética, pela Red Bioética UNESCO (2010), Pós-Graduação Lato-Sensu em História do Direito Brasileiro, pela Universidade Estácio de Sá - UNESA (2007), Graduada em Jornalismo, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1977) e Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (1999). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Decana Pro Tempore, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UniRio. Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability (Bioethics, Biolaw, Biotechnology) e do Grupo Direito Humanos e Transformação Social.

^{II} Professor da Pós-Graduação em Direito Público da UNESA, Mestrando em Ciência Jurídica Forense pela UPT, Pós Graduado em Direito Público pela UNESA, Pós Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela UNESA, Pós Graduado em Direito Desportivo pela UCAM e Pós Graduado em Ciência Jurídica Forense pela Universidade Portucalense, Pesquisador GPDHTS/UNIRIO

^{III} Graduada em: Engenharia de Produção pela UERJ; Oficial de Náutica pela Marinha do Brasil. Graduanda em: Direito pela Mackenzie Rio; Administração Pública pela UFF. Especialista em: Gestão de Projetos pela Uni Dom Bosco; Análise Financeira pela Universidade Gama Filho; Engenharia de Segurança do Trabalho pela Universidade Católica de Petrópolis; Docência do Ensino Superior pela Universidade Cândido Mendes; Direito Administrativo pelo Instituto Elpídio Donizetti; Pós-Graduada em: Direito Constitucional pela Faculdade Legalle; Direito Público pela Faculdade Legalle, participo do Grupo de Pesquisa: Direitos Humanos e Transformação Social - Grupo de Estudos e Debates (DHTS-GED) da UNIRIO e do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Direito e Diversidades: Gênero, Etnia, Raça, Religião e Etnomúsica (NEPEDDE) da Mackenzie-Rio.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

proteção ao idoso pós-Constituição Federal de 1988, regulamentada infra constitucionalmente pelas Leis da Política Nacional do Idoso – PNI (Lei 8.482/94) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.471/03). Analisou-se a evolução da tutela ao idoso nos principais códigos do ordenamento brasileiro, com fins de pensar possíveis soluções que dependeriam do preenchimento de lacunas no ordenamento vigente. Utilizando o método indutivo, trata-se de uma pesquisa bibliográfica de documentos científicos, além da análise da legislação e estatística de dados das tabelas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a pesquisa, constatou-se que o Brasil possui uma vasta gama normativa, a qual visa à proteção do idoso, entretanto, o maior desafio hoje é a efetividade desses direitos pelo poder público e pela sociedade em geral.

PALAVRAS-CHAVE

Idoso. Vulnerável. Efetividade de Direitos. Política Nacional do Idoso. Estatuto do Idoso.

the Federal Constitution of 1988, regulated infra constitutionally by the Laws of the National Policy of the Elderly - PNI (Law 8.482/94) and the Statute of the Elderly (Law 10.471/03). We analyzed the evolution of the guardianship of the elderly in the main codes of the Brazilian order, with the purpose of thinking possible solutions that would depend on the filling of gaps in the current order. Using the inductive method, it is a bibliographic research of scientific documents, in addition to the analysis of legislation and data statistics from the tables of the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE). After the research, it was found that Brazil has a wide range of regulations, which aims to protect the elderly, however, the biggest challenge today is the effectiveness of these rights by the public power and society in general.

KEYWORDS

Elderly. Vulnerable. Effective Rights. National Policy for the Elderly. Statute of the Elderly.

1 INTRODUÇÃO

Em 2018, o Brasil atingiu mais de 28 milhões de pessoas idosas, o que representava 13% da população. E esse percentual tende a dobrar nas próximas décadas, segundo a projeção divulgada pelo IBGE. Esse avanço no número da população idosa está conectado com o crescimento das classes sociais urbanas e exige novas respostas do Estado e da sociedade (PERRISÉ; MARLI, 2019).

Como será aprofundado a seguir, o grupo etário dos idosos tem importância diferenciada em relação ao que tinha décadas atrás, pelo seu aumento quantitativo, maior expectativa de vida da população e crescimento percentual desse grupo etário em relação ao todo populacional.

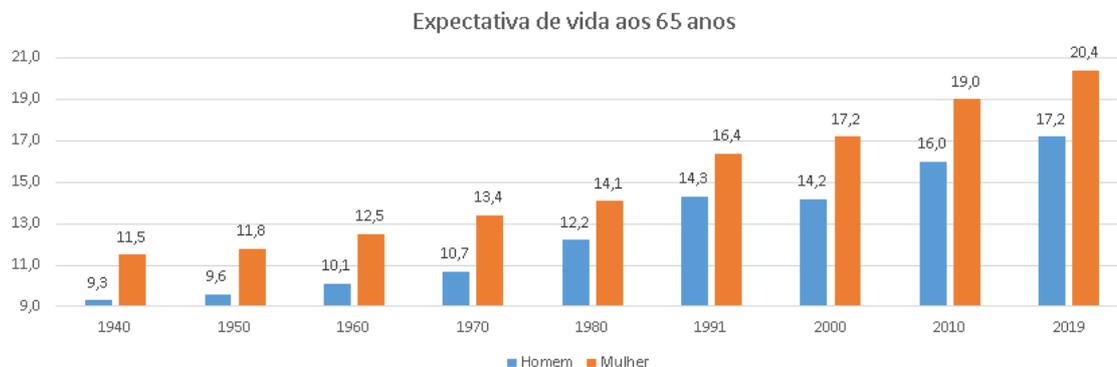
Pelo método indutivo, o presente artigo tem o objetivo de analisar a positivação de direitos de garantia do grupo etário de idosos, pela pesquisa de análise da legislação pátria e sua evolução no tempo, bem como a efetividade dos direitos dos idosos, pela pesquisa de análise estatística de dados das tabelas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e outros. A pesquisa inclui a análise bibliográfica de documentos científicos.

Inicialmente estuda-se o conceito de quem é considerado idoso no Brasil. Na sequência, verifica-se quais os direitos garantidos no ordenamento brasileiro. Posteriormente, se examina se há, de fato, a efetividade destes direitos.

2 A EVOLUÇÃO DA POPULAÇÃO BRASILEIRA

A crescente melhoria na qualidade de vida do homem e a rápida evolução tecnológica, permitiram uma expansão na expectativa de vida da população, de forma antes impensável. Segundo dados da Tábua de Mortalidade, divulgada pelo IBGE (2020), o brasileiro nascido no ano de 1940 tinha uma expectativa de viver até os 45,5 anos. Enquanto o brasileiro nascido em 2019 tinha uma expectativa de viver até os 76,6 anos. Ainda segundo a Tábua do IBGE, em 1940 o brasileiro que chegasse aos seus 65 anos de idade tinha uma expectativa de viver mais 9,3 anos no caso dos homens e mais 11,5 anos no caso das mulheres. Já no ano de 2019 o brasileiro que chegasse aos seus 65 anos de

idade tinha uma expectativa de viver mais 17,2 anos no caso dos homens e mais 20,4 anos no caso das mulheres.



Fonte: adaptado IBGE – *Tábula completa de mortalidade para o Brasil – 2019 (2020)*

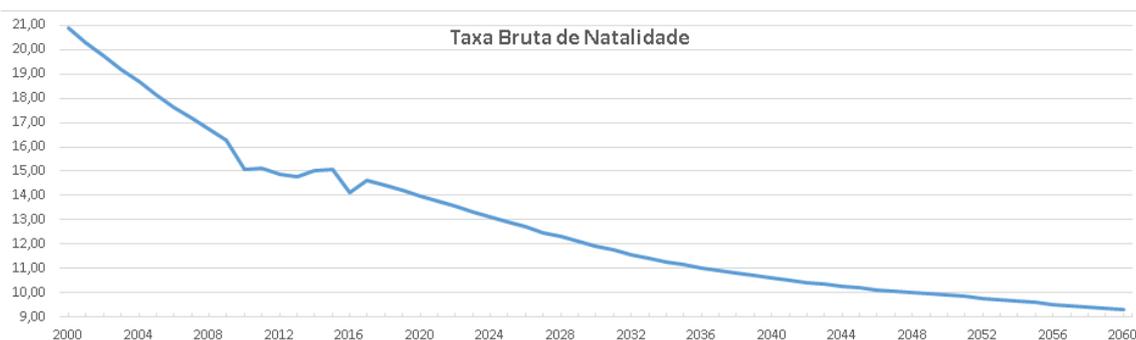
Esses dados revelam que, entre os anos de 1940 e 2019, ocorreu um aumento de 31,1 anos na expectativa de vida do brasileiro. Considerando-se o início da fase adulta aos 24 anos¹, também é possível constatar que o brasileiro nascido em 2019, em média, viverá 52,6 anos na fase adulta, contra os 21,5 anos da média vivida pelo brasileiro nascido em 1940. Esses números demonstram que a fase adulta do brasileiro, agora, dura 245% do tempo que durava para aquele brasileiro nascido em 1940. Conforme Peres (2007), para autores como Pierre Fadeuilhe, essa nova fase é chamada de *quarta idade*.

Somado a esse aumento da longevidade do brasileiro, temos uma redução contínua da taxa de natalidade no país. Unindo as informações da projeção da população do Brasil do IBGE (2013), com as da ferramenta de projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação do IBGE (2018), a taxa bruta de natalidade – o número de nascidos a cada mil habitantes – foi de 20,86 no ano de 2000, caiu para 15,08 em 2010 e 14,20 em 2019. A projeção do IBGE é de que essa taxa continuará a cair, chegando em 9,29 no ano de 2060.

¹ O Ministério da Saúde segue a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), que classifica como adolescência o período dos 10 aos 19 anos de idade e como juventude a fase dos 15 aos 24 anos (BRASIL, 2018).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

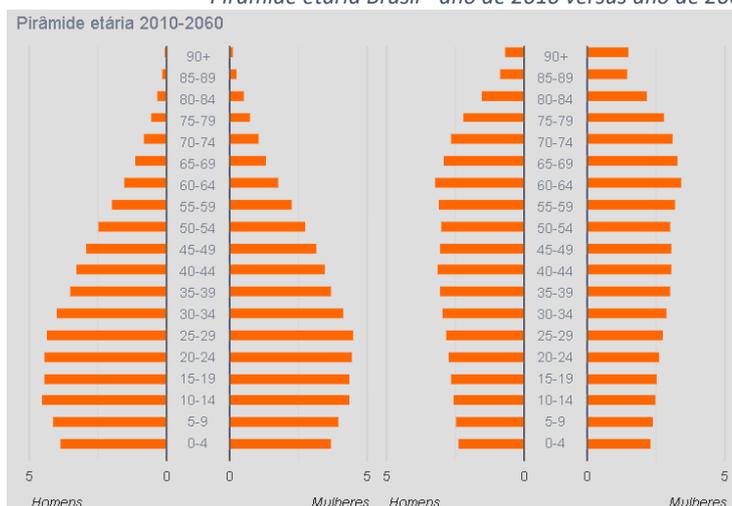
REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO



Fonte: adaptado IBGE – projeção da população do Brasil (2013), ferramenta de projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação (2018)

Com essa mudança contínua, o formato do gráfico da pirâmide populacional do Brasil se afasta, cada vez mais, da forma triangular, estendendo-se para as faixas etárias das idades mais elevadas e encurtando a base que corresponde as faixas etárias dos mais jovens. Haverá a mudança de uma pirâmide triangular para uma na forma semelhante à de um sarcófago. Segundo Braga (2011), o envelhecimento populacional no Brasil ocorre de forma acelerada, mas trata-se de um fenômeno mundial. Ainda segundo essa autora, no Brasil, além do envelhecimento da população, há uma elevação da proporção da população “mais idosa” (os acima de 80 anos), portanto, a própria população idosa do Brasil envelheceu.

Pirâmide etária Brasil - ano de 2010 versus ano de 2060



Fonte: adaptado IBGE – Ferramenta de projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação (2018)

Segundo Peres (2007), o envelhecimento da população é um fenômeno contemporâneo que atinge diversos países, trazendo sérias repercussões econômicas, culturais, éticas, sociais e legais. Junto com o aumento do número de idosos, ocorreu um

aumento da longevidade humana, que chega a alcançar a faixa etária próxima aos 100 anos de idade, cerca de 30 anos a mais do que alcançava no século passado.

3 A VULNERABILIDADE DO IDOSO E A NECESSIDADE DE PROTEGÊ-LO

Conforme artigo 1º do Estatuto, idoso é qualquer pessoa com idade a partir de 60 anos (BRASIL, 2003). Com o advento da Lei 13.466/17, estendeu-se esse conceito pela criação da figura do super idoso², que é aquele indivíduo com mais de 80 anos de idade.

Segundo Ramos (2020, p.251), a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, feita no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)³, define envelhecimento como um processo progressivo biológico, físico e psicossocial que altera as funções ao longo da vida trazendo consequências permanentes para o indivíduo.

Por isso, há a necessidade de o Estado promover um envelhecimento saudável para este indivíduo, oferecendo-lhe oportunidade de bem estar físico, mental e social, como também assegurar-lhe a proteção devida, com vistas a ampliar sua expectativa de vida saudável e permitindo que este idoso possa continuar fazendo parte e contribuindo com a sociedade.

² O termo SuperAgers foi usado pelo Dr. Marek-Marsel Mesulam, Diretor do Centro de Neurologia Cognitiva e Alzheimer da Escola de Medicina Feinberg da Universidade Northwestern, em Chicago nos Estados Unidos. Em seus estudos, SuperAgers se referia aquelas pessoas acima dos 80 anos com excepcional memória e outras habilidades cognitivas.

No Brasil o termo super idosos é usado no mesmo sentido, como nos estudos do projeto de pesquisa: Estudo Pietà da UFMG (CAMPOS, 2019), como também é usado em sentido mais genérico para se referir à população acima dos 80 anos, como é empregado nas pesquisas sobre o COVID-19 no Centro de Pesquisas do Genoma Humano e Células-Tronco da USP (RÉ, 2020) e nos estudos sobre trauma do Serviço de Emergência da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de SP (PARREIRA, 2013).

Braga (2011) adota os termos: população idosa (aquela entre 60 e 80 anos) e mais idosa (os acima de 80 anos), para diferenciar os dois grupos etários.

Silva (2012), sem distinção, adota o termo idoso, pelo entendimento que se deve definir esse grupo segundo vários critérios e não, exclusivamente, pelo fator etário, como a realidade sociojurídica distingue as pessoas de sessenta anos ou mais.

³ Tendo em vista a sua relevância, a aprovação do texto da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, concluída no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), celebrada em Washington, em 15 de junho de 2015, tramita na Câmara dos Deputados por meio de Projeto de Decreto Legislativo (PDC 863/2017), contando com parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, para que seja levado à votação com fins de ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2018).

Consoante estudos de Barbosa et al (2019, p.355), o envelhecimento, embora não seja um processo patológico, implica aumento do risco para o desenvolvimento de problemas na saúde física e/ou mental. Fatores, como a deterioração da saúde, diminuição dos sentidos, redução do processo cognitivo, declínio psicológico, episódios recorrentes de quedas e fragilidade, demonstram a vulnerabilidade da pessoa idosa.

Em 2008, durante a Cúpula Judicial Ibero-americana⁴, realizada em Brasília, foi criada a declaração das "100 regras de Brasília" de garantia efetiva aos direitos humanos, principalmente pela facilitação do acesso à justiça voltado às pessoas em situação de maior vulnerabilidade, a pessoas em situação de risco, segundo critérios de idade, incapacidade, procedência indígena, gênero.

As 100 regras, que detém caráter de *soft law*, em seu capítulo 1, seção 2^a, item 2, trata o envelhecimento como causa de vulnerabilidade e fornece instrumentos para que tais indivíduos exercitem seus direitos perante o sistema de justiça (FORUM JUSTIÇA, 2011).

A vulnerabilidade do idoso é um dos motivos pelos quais há artigos no corpo da Constituição específicos para garantir a proteção desse grupo etário. E no âmbito infraconstitucional, temos a Política Nacional do Idoso – PNI e o Estatuto do Idoso, normativas federais, que visam proporcionar dignidade e proteção ao grupo.

Para Lenza (2020, p. 704), os grupos sociais vulneráveis são aqueles que merecem proteção especial do Estado, tais como a criança e adolescente, o idoso, a pessoa com deficiência, a mulher vítima de violência doméstica, o consumidor, assim, a vulnerabilidade não se resumiria apenas ao aspecto financeiro. São grupos sociais que a própria Constituição segmentou em necessitados e socialmente vulneráveis.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Resp. 1.264.116 em 2011, com Relatoria do Ministro Herman Benjamin, definiu hiper vulneráveis como:

os hiper vulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade

⁴ A Cúpula Judicial Ibero-Americana, cuja Secretaria Permanente está sediada em Madri, na Espanha, tem como principal objetivo adotar projetos e ações em parceria, com a finalidade de promover o fortalecimento das instituições judiciárias e, por extensão, da democracia na Comunidade Ibero-Americana de Nações. A organização congrega em seu seio presidentes de cortes supremas, tribunais superiores e de conselhos da magistratura ou órgãos equivalentes de 23 países (STJ, p.internet).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, ‘necessitem’ da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado [...]. (REsp 1.264.116, 2.^a T., STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.10.2011, DJE de 13.04.2012, fls. 7 do acórdão).

O Ministro Herman Benjamin classificou o idoso como um grupo hiper vulnerável, porém, como citado anteriormente, o Estatuto do Idoso, assegura direitos a todos os maiores de 60 anos. E, somente em 2017, quando da inclusão do parágrafo 2º do artigo 3º, é que o Estatuto passou a dispor de uma graduação de vulnerabilidade, distinguindo a figura do vulnerável (60 a 79 anos) e do hiper vulnerável (maior que 80 anos).

Ao citar Matheus Papaléo Neto, o autor Silva (2012, p.29) destaca a seguinte dificuldade encontrada ao lidar com o idoso, que por sua natureza biológica, pela via do envelhecimento acometido por doenças que trazem alterações funcionais (senilidade) é levado a um estado estado de incapacidade para a vida ativa, enquanto que, pela via do envelhecimento natural (senescência), frequentemente, mas não necessariamente, de forma progressiva, poderá chegar a este mesmo estado de incapacidade:

Entende-se por senescência ou senectude as alterações orgânicas, morfológicas e funcionais, que ocorrem em consequência do processo de envelhecimento e por senilidade as modificações determinadas pelas afecções que frequentemente comprometem os indivíduos idosos. A diferenciação entre essas duas condições é por vezes extremamente difícil, existindo situações nas quais há grande dificuldade em definir uma determinada alteração como manifestação de senescência ou de senilidade (PAPALÉO NETO Apud. SILVA, 2012, p.29).

O processo de envelhecimento tão amplo pelo qual passamos altera a vida dos indivíduos, a estrutura familiar e a da própria sociedade, modificando a demanda por políticas públicas e a pressão pela distribuição de recursos na sociedade (BRAGA, 2011). A reflexão deve ser: como o sistema jurídico tem sido impactado por essas mutações e, principalmente, se ele respondeu de modo positivo ou negativo a essa reconfiguração mundial no que diz respeito ao idoso (SILVA, 2012).

Braga (2011) defende que não há que se falar em resgate da cidadania do idoso, pois não se pode recuperar o que nunca existiu! Trata-se de garantirmos a construção da cidadania do idoso. Já Silva (2012) defende que distinguir o idoso dos demais idosos implica compreender o ser humano em determinada fase da sua existência, aceitando essa

realidade como merecedora de uma proteção jurídica adequada. E Peres (2007) destaca que a longevidade faz emergir o problema da falibilidade dos sistemas de tutela e proteção social vigentes, mesmo nas nações desenvolvidas.

Essa nova configuração populacional do Brasil exige políticas econômicas e sociais adaptadas à nova realidade, ou seja, fortalecendo a reinserção e manutenção do idoso no mercado de trabalho, a redução do analfabetismo e aumento do tempo de escolaridade da população adulta, a educação continuada e constante requalificação profissional, além da melhoria da saúde do idoso. Especial cuidado há que se ter com as diferenças biológicas do idoso, protegendo àquele que se tornar incapaz, em contraposição, garantindo aos demais a sua autonomia de escolhas e decisões, para que possa manter a sua vivência na sua moradia tradicional, com a liberdade de que ele mesmo faça a gestão dos seus recursos financeiros.

4 DA DIGNIDADE DO IDOSO

Conforme Sarlet (2011, p. 24), “a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais”, ou seja, é algo que pertence a cada indivíduo, é indisponível e impõe ao Estado que respeite toda pessoa humana, ao mesmo tempo traça diretrizes de ações para este Estado que permitam a preservação, desenvolvimento e pleno exercício da dignidade.

Para Barroso (2014, p.14) a dignidade humana pressupõe que cada ser humano é único e possui um valor intrínseco. A dignidade da pessoa humana passou a fazer parte do discurso jurídico, porque foi incluída em diferentes tratados, documentos internacionais e Constituições, além de reaproximar o direito da moral e da filosofia política, minimizando o positivismo anterior a Segunda Guerra Mundial.

Sarmento (2016, p. 27) entende que a dignidade humana “consiste no reconhecimento de que o ser humano ocupa uma posição superior e privilegiada entre todos os seres que habitam o nosso mundo”. Uma das razões para essa superioridade seria a dotação da razão, a existência e possibilidade do livre arbítrio e, em termos religiosos, que o homem foi criado à imagem de Deus. Para esse autor, a dignidade envolve a ideia de que todas as pessoas, pelo fato de serem humanas, possuem a dignidade intrínseca e devem ser tratadas com respeito e consideração.

Vários doutrinadores entendem que o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto, sendo os demais princípios constitucionais corolário deste. Desta forma, considerando certas fases da vida humana, há um conjunto de pessoas que podem ser consideradas vulneráveis por encontrar-se em situação física ou psíquica diferenciada, de forma que ela mereça tratamento especial, como é o caso da criança e do adolescente, bem como do idoso, é a chamada condição de vulnerabilidade (RAMOS, 2020, p. 567).

Silva (2012) destaca que a configuração de senilidade é expressiva no grupo dos idosos, levando a maioria das pessoas a confundir as mutações naturais, próprias da senescência, com as anormais ou patológicas, típicas da senilidade. É cediço que a sociedade vê, em regra geral, a velhice como associada à demência. Cria-se o mito de que ser idoso é ser incapaz.

Segundo Braga (2011), como ocorre em outros países, no Brasil os idosos têm grande dificuldade para exercer a sua cidadania, sendo comum a expropriação de autonomia na velhice. Esse exercício da cidadania do idoso depende da criação de condições favoráveis à manutenção de seu poder de decisão, escolha e deliberação. É comum, sob o pretexto de cuidar do bem-estar do seu idoso, de protegê-lo e de poupá-lo, a família alijá-lo das decisões e tirar a sua liberdade de escolha, chegando a decidir o que o idoso deve comer, vestir e como ele deve gastar o seu dinheiro. Assim, a família assume a administração dos bens do idoso e desfaz a sua casa, fazendo o idoso tornar-se um dependente, sem autonomia e que não controla nem mesmo suas próprias finanças.

Ramidoff e Ramidoff (2018) destacam que a pessoa idosa é desrespeitada de diversas maneiras em sua convivencialidade familiar e social como na falta de acessibilidades (arquitetônica, urbanística, digital, cultural, etc), no uso indevido das vagas prioritárias que lhe são destinadas, pelo abandono familiar (afetivo e hospitalar), com a discriminação no mercado de trabalho, com a apropriação patrimonial indevida, com agressões físicas e psicológicas (morais), tratamento cruel e degradante, outras formas de ameaças e violência.

5 DA POSITIVAÇÃO DA PROTEÇÃO AO IDOSO NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo Braga (2011), o envelhecimento populacional é uma realidade que exige que se mude a forma como as instituições públicas e privadas enxergam os idosos. Nesse cenário, empregado como técnica social específica, o direito pode motivar esta ou aquela conduta recíproca entre os homens, podendo o direito surgir como resposta a uma necessidade apresentada pelo idoso, mas também ser um mecanismo eficiente de adequação da sociedade, conduzindo-a a reconhecer o idoso como membro socialmente ativo e capaz, autêntico sujeito de direitos.

O comportamento social é norteado pelo conjunto de princípios a que chamamos de ética social. Quando o idoso se encontra excluído socialmente ou se os seus direitos não estão sendo respeitados, a sociedade está norteada por princípios equivocados. E quando o idoso está socialmente excluído, as leis que a sociedade faz promulgar e cumprir acabam por não refletirem as necessidades do idoso, não representando os seus interesses (BRAGA, 2011).

Silva (2012) nos chama a reflexão: o Direito ainda se presta como legitimado à pacificação de conflitos? Ou como fazer para que a aplicação do direito seja conforme prescreve a Constituição?

Ramidoff e Ramidoff (2018) nos lembram que pelo advento da CRFB/88 surgiu o Direito da Pessoa Idosa. Ao regulamentar os arts. 229 e 230 da CRFB/88, o Estatuto estabeleceu os deveres de amparo (proteção integral) das pessoas idosas, seus direitos individuais, de cunho fundamental, assegurando, assim, a participação comunitária do idoso, mediante a adoção de políticas de atendimento e através de medidas de prevenção e de proteção a toda sorte de ameaças e de violência.

5.1 NO PLANO CONSTITUCIONAL

Em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, para salvaguardar o dever do Estado e da sociedade de reduzirem a miséria e a desigualdade, é necessário que os direitos sociais estejam garantidos na Constituição, evitando que mudanças partidário-ideológicas de governo afastem o gozo efetivo dos direitos fundamentais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p.63).

Na Constituição Política do Império do Brasil de 1824 inexistia tutelas específicas para grupos etários, o que se manteve nas Constituições brasileiras de 1891, 1934 e 1937. Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 surgem algumas proteções para o grupo etário dos menores de idade, com a vedação do trabalho aos menores de 14 anos e do trabalho noturno ou em indústrias insalubres aos menores de 18 anos (artigo 157, IX).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 foram mantidas as proteções trabalhistas aos menores de idade, basicamente, com as mesmas vedações da Constituição anterior (artigo 158, X). Apenas, alterou-se a vedação do trabalho aos menores, que passou dos 14 para os 12 anos, assim, reduzindo o alcance dessa tutela.

Até a Carta Magna de 1988, inexistia qualquer tutela para grupos etários, que não as proteções trabalhistas ao menor. Decorreram 42 anos e três Constituições da positividade das tutelas de proteção ao menor, até vermos as tutelas para o idoso serem positivadas, pela primeira vez, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, onde é possível identificar políticas e princípios de proteção a esse grupo etário (BRASIL, 1988).

A Carta Magna de 1988, que ficou conhecida como a “Constituição Cidadã”, trouxe muitos avanços para as diversas classes de vulneráveis (GONÇALVES, 2019).

Conforme Gonçalves (2019), ainda que de forma genérica, o artigo 1º, incisos I e II da CRFB/88, que tratam respectivamente da cidadania e dignidade da pessoa humana, refletem princípios que devem ser dirigidos, também, aos idosos. Cidadania no sentido de conferir ao idoso o direito de interagir com a sociedade, compreendendo a sua realidade e podendo atuar sobre ela; dignidade no sentido de proporcionar o gozo e respeito de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Tamanha a importância dada pela CRFB/88 ao cidadão, com especial proteção a determinados grupos etários, que ela trouxe um capítulo específico para esses grupos: “Capítulo VII - Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso”. Contudo, reservou à tutela do idoso, tão somente, dois artigos do capítulo (BRASIL, 1988).

O artigo 229 da CFRB/88 impõe o dever recíproco de assistência dos pais quanto aos filhos menores e destes com seus pais na velhice. Adicionalmente o artigo 230 da CFRB/88 impõe a família, a sociedade e ao Estado o dever de proteção ao idoso (BRASIL, 1988).

Há de se ressaltar que a CFRB/88 desonera o maior de 70 anos da obrigatoriedade de votar, conforme o artigo 14, § 1º, inciso II, alínea “b” e confere a gratuidade nos transportes coletivos aos maiores de 65 anos, conforme artigo 230, § 2º (BRASIL, 1988).

Com a CRFB/1988 surge a Assistência Social, como institucionalidade de proteção ao idoso, destacando-se como importante gerador de melhoria das condições de vida desse grupo etário. Pela CRFB/1988, a Assistência Social pautou-se pelo paradigma da cidadania ampliada, focada nas famílias e pessoas social e economicamente vulneráveis, particularmente, crianças, idosos, portadores de deficiência. A Assistência Social passou a funcionar como política concretizadora de direitos sociais básicos desses grupos de vulneráveis (PEREIRA-PEREIRA, 2002).

Assim, a CRFB/1988 garantiu especial proteção da Assistência Social ao cidadão na velhice, conforme artigo 203, inciso I. Além de, mesmo para aquele idoso que não contribuiu para a Previdência Social, mas que comprove não possuir meios de subsistência própria, garante um benefício mensal de um salário mínimo, conforme inciso V do mesmo dispositivo (BRASIL, 1988).

5.2 NO ÂMBITO DA SEGURIDADE SOCIAL

Com a elevação da Assistência Social à condição de política pública, por determinação da CRFB/1988, junto com a Previdência Social e a Saúde, formando o tripé da Seguridade Social (artigo 194, Caput CFRB/88), em 1993, foi promulgada a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei 8.742/1993).

A LOAS, no inciso I do artigo 2, determina que a Assistência Social tem, entre os seus objetivos, a proteção à velhice. E no inciso V do mesmo artigo, em alinhamento com o artigo 203, V da CFRB/88, a LOAS normatiza a garantia do benefício de um salário mínimo ao idoso que não possa prover a própria manutenção ou tê-la provida pela família (BRASIL, 1993).

Inicialmente, o benefício mensal da LOAS era garantido aos maiores de 70 anos, que preenchessem os requisitos de hipossuficiência (artigo 20, caput). Em 1994 a idade foi reduzida para 60 anos (Decreto 1.330/1994); em 1995 foi aumentada para 70 anos (Decreto 1.744/1995); em 2007 foi reduzida para 65 anos (Decreto 6.214/2007), o que ainda permanece vigente (BRASIL, 2007).

Lei 8.080/1990, que dispõe da promoção, proteção e recuperação da saúde, além da organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS, não traz qualquer tratamento diferenciado para atendimento ou melhoria da qualidade da saúde dos idosos (BRASIL, 1990).

A Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e sobre o modelo assistencial em saúde mental, em seu artigo 1, veda a discriminação das pessoas acometidas por transtorno mental em razão, dentre outros fatores, da sua idade (BRASIL, 2001).

Somente em 2003, com o advento do Estatuto do Idoso, que dispõe de um capítulo específico para a tutela do direito do idoso à saúde (Título II, Capítulo IV), é que foi positivada a garantia de atenção às doenças que afetam preferencialmente os idosos (artigo 15) (BRASIL, 2003).

5.3 LEIS ESPECÍFICAS PARA OS IDOSOS

O Estado se preocupou em criar a Consolidação das Leis de Assistência e Proteção a Menores em 1927 (Decreto 17.943-A/1927); criou o Instituto Sete de Setembro em 1932 (Decreto 21.518/1932) e o reestruturou com mais atribuições em 1939 (Decreto-Lei 1.797/1939); criou o Serviço de Assistência a Menores em 1941 (Decreto-Lei 3.799/1941); criou a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor em 1964 (Lei 4.513/1964); cuidou da Legitimidade Adotiva em 1965 (Lei 4.655/1965); normatizou as Medidas Socio Educativas Aplicáveis ao Menor Infrator em 1967 (Lei 5.258/1967); criou o Código dos Menores de 1979 (Lei 6.697/1979); criou o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 (Lei 8.069/1990). E se esqueceu do idoso!

A Lei 8.842/94 criou a Política Nacional do Idoso – PNI, que busca, entre outros direitos, garantir a autonomia, a integração e a efetiva participação do idoso na sociedade, conferindo-lhe cidadania. Contudo, esta lei não se mostrou suficiente para combater a discriminação, o preconceito e outras condutas criminosas em face do idoso, além de não tipificar o crime de abandono do idoso por seus parentes (GONÇALVES, 2019).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Conforme Gonçalves (2019), diante desse vácuo legislativo e com o crescente envelhecimento da população brasileira, em 2003 foi sancionado o Estatuto do Idoso, com relevante caráter protetivo dos direitos fundamentais do idoso.

O artigo 3º do Estatuto impõe, textualmente, que a efetividade dos direitos do idoso são de responsabilidade da: “família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público”, estando alinhado com o que já se encontrava no artigo 3, I da PNI, que pouco diferia do texto encontrado no artigo 230 da CFRB/88 (BRASIL, 1988).

O artigo 8º do Estatuto traz o envelhecimento como um direito personalíssimo e garante a sua proteção como um direito social. Em seu título IV, o Estatuto implementa um rol de crimes em espécie, além dos já previstos em outros diplomas legais, assim ampliando a tutela penal ao idoso (BRASIL, 2003).

No título IV do Estatuto, o legislador tratou das políticas de atendimento ao idoso, com articulação de entidades governamentais e não governamentais, no âmbito dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), no Capítulo I, dispondo das linhas de ações dessa política de atendimento. Neste capítulo, confirma-se a necessidade de obediência às normas emanadas do órgão competente da PNI pelas entidades de atendimento aos idosos (GONÇALVES, 2019).

O Estatuto estabeleceu um conjunto de direitos fundamentais, garantias e efetividade desses direitos, onde podem ser destacados: o atendimento preferencial em órgãos que prestem serviços à comunidade; garantia de acesso à assistência social e à saúde; estímulo às empresas privadas de contratação de idoso; transporte coletivo gratuito para os maiores de 65 anos de idade; prioridade na tramitação dos processos judiciais e administrativos; vedação à discriminação ao idoso de planos de saúde pela cobrança de valores mais elevados em razão da idade; atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde (SUS); disposição legislativa obrigatória de toda pessoa comunicar às autoridades competentes qualquer violação que o idoso vier a sofrer; prioridade nos programas habitacionais, reservando-lhes 3% das unidades (BRASIL, 2003).

A Lei 8.842/94, que criou a PNI, criou também o Conselho Nacional do Idoso, contudo, todo o capítulo que tratava do Conselho (Capítulo V) foi vetado, esvaziando a sua implementação (BRASIL, 1994).

Somente em 1996, por meio do Decreto 1.948/1996, houve a reformulação da PNI, tornando a coordenação das ações da PNI de responsabilidade do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Por meio do Decreto 4.227/2002, criou-se o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, dentro da estrutura básica do Ministério da Justiça, o qual competia a supervisão e avaliação, o aperfeiçoamento legislativo da PNI, acompanhando a implementação da PNI nos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com o Decreto 5.109/2004 o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso passou para a estrutura básica da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e teve suas atribuições reformuladas.

A Lei 12.213/2010 criou o Fundo Nacional do Idoso, prevendo a dedução do Imposto de Renda Pessoa Física e Pessoa Jurídica das doações feitas aos Fundos Municipais, Estaduais e Nacional do Idoso.

O FNI visa financiar os programas e as ações relativas ao idoso, para assegurar os seus direitos sociais e promover a sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade (artigo 1).

Inicialmente, a gestão do FNI ficou a cargo do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa, a quem incumbia fixar os critérios para a sua utilização (artigo 4).

O Decreto 9.893/2019 criou o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa, responsável pela supervisão, acompanhamento, fiscalização e avaliação da PNI; por zelar pelo cumprimento dos direitos do idoso definidos pelo Estatuto do Idoso; por gerir o Fundo Nacional do Idoso, fixando os critérios da sua utilização.

5.4 NO ÂMBITO CÍVEL

A Consolidação das Leis Civis de 1858 (Decreto 2318/1858), de autoria de Teixeira de Freitas, continha positivada uma única proteção para o idoso, que era a possibilidade de o maior de 70 anos escusar-se da obrigação de ser tutor de um incapaz (artigo 263, § 6º). Nas notas de remissão, o autor informa que essa escusa de tutela foi incorporada do Livro 4º, Título 104, § 3º da Ordenações Filipinas (BRASIL, 1858).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

O primeiro Código Civil Brasileiro – CC (Lei 3.071/1916), também conhecido como Código Beviláqua, manteve a escusa da obrigação de tutela do incapaz, com modificação na idade, que passou de 70 para 60 anos (artigo 414, II), assim, estendendo essa proteção a um maior número de idosos (BRASIL, 1916).

Além disso, o CC/1916 implementou uma nova tutela do idoso, pelo regime obrigatório de separação de bens no casamento do homem maior de 60 anos e da mulher maior de 50 anos (artigo 258, II), tutela que visa proteger o idoso do casamento por interesse patrimonial (BRASIL, 1916).

Também no CC/1916 se reformou o dever de prestação de alimentos, definindo a obrigação recíproca entre pais e filhos, subsidiária a todos os ascendentes (artigo 397), na falta desses, ficando obrigados os irmãos (artigo 398). Nesse primeiro momento, a obrigação de alimentos sendo intransmissível aos herdeiros (artigo 402) (BRASIL, 1916).

O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) quase não inovou na questão da proteção do idoso. Manteve a permissão de escusa da obrigação de tutela (artigo 1.736, II), contudo, retornando a permissão ao maior de 70 anos, como inicialmente previsto nas Ordenações Filipinas, assim, reduzindo essa proteção para um menor número de idosos (BRASIL, 2002).

O CC/2002 também manteve o regime obrigatório de separação de bens, contudo igualando a proteção dos homens e mulheres, com a obrigação sendo aplicada ao maior de 60 anos, independente do sexo (artigo 1.641, II) (BRASIL, 2002).

Também foi mantido no CC/2002 o dever de prestar alimentos trazido no CC/1916, que permaneceu recíproco entre pais e filhos, sendo subsidiário aos ascendentes (artigo 1.696), na falta deles atingindo aos irmãos (artigo 1.697). Contudo, a obrigação foi aprimorada, passando a ser solidária na proporção dos recursos dos obrigados (artigo 1.698) e transmissível aos herdeiros do obrigado (artigo 1.700), assim, buscando a sua maior efetividade (BRASIL, 2002).

Com advento da Lei 12.344/2010, que tratou somente deste assunto, alterou-se a idade de 60 para 70 anos na compulsoriedade do regime de casamento, modificando o artigo 1.641, II do CC/2002 (BRASIL, 2010).

5.5 NO ÂMBITO CRIMINAL

No Código Criminal Imperial de 1830 (Lei de 16 de dezembro de 1830) e no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 (Decreto 847/1890), a única proteção a grupos etários era em relação aos menores de idade, que gozavam de uma condenação diferenciada dos demais cidadãos, aplicada ao menor que cometesse crime considerado grave e fosse considerado perigoso, sendo maior de 14 anos e menor de 17 anos, receberia uma condenação calculada por meio da pena de cumplicidade. Inexistia qualquer proteção a outros grupos etários nesses dois códigos (BRASIL, 1890).

O grupo etário dos menores mereceu uma tutela específica do Estado, a ponto de se criar a Consolidação das Leis de Assistência e Proteção a Menores de 1927 (Decreto 17.943-A/1927), código que implementou tipos penais em defesa do menor, além de manter a condenação diferenciada para o menor, por meio da pena de cumplicidade, que passou a ser aplicada ao maior de 16 anos e menor de 18 anos (artigo 71). Naquele momento, o grupo etário dos idosos permaneceu sem atenção da legislação criminal (BRASIL, 1927).

A Consolidação das Leis Penais de 1932 (Decreto 22.213/1932), de autoria de Vicente Piragibe, manteve a proteção aos menores, inexistindo, ainda, qualquer proteção ao idoso (BRASIL, 1932).

A tutela para os idosos foi positivada no Código Penal Brasileiro – CP (Decreto Lei 2.848/1940), onde é possível identificar, originalmente, uma tutela penal do idoso tímida, a qual dispunha de uma exceção à regra de vedação de suspensão condicional para a pena de reclusão, admitindo-a aos agentes maiores de 70 anos (antigo artigo 30, § 3º), além disso, para esses agentes, a idade era uma causa atenuante (antigo artigo 48, I); também lhes sendo concedida a redução do prazo prescricional pela metade (artigo 115 caput) (BRASIL, 1940).

Com o advento da Lei 7.209/1984, alterou-se no CP a causa atenuante e a redução do prazo prescricional, que passaram a considerar a idade do agente na data da sentença e não mais na data do fato, assim, estendendo essas duas tutelas a um maior número de agentes (respectivamente, atuais artigos 65, I e 115 caput) (BRASIL, 1984).

Também na Lei 7.209/1984, alterou-se no CP a suspensão condicional para a pena de reclusão, que no caso dos agentes maiores de 70 anos, passou a admitir a sua adoção

para as penas até quatro anos e não somente para as penas até dois anos, estendendo essa tutela a um maior número de agentes (atual artigo 77, § 2º) (BRASIL, 1984).

Essas três tutelas iniciais visam proteger o bem da vida entendido como a integridade física e psíquica do idoso, implementando formas de mitigar o encarceramento da população de idade mais avançada.

Com o Estatuto em 2003, que, em seu artigo 4, trouxe a vedação à negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão do idoso, reforçando que será punido qualquer atentado aos direitos do idoso, seja por ação ou omissão, gerou-se a necessidade de criar novos tipos penais, os quais foram positivados no próprio Estatuto, que conta com um título específico para a tutela penal desse grupo etário (Título VI - Dos Crimes) (BRASIL, 2003).

Com o Estatuto, a proteção ao idoso foi elevada à categoria de bem jurídico a ser tutelado, assim, ocorreu a maior positivação de tutelas penais em favor do idoso do Código Penal Brasileiro. Foram dez artigos do CP impactados pelo Estatuto (BRASIL, 2003). Em busca de aumento da proteção ao idoso, ocorreu a inclusão de uma circunstância agravante no CP, para quando o ofendido for maior de 60 anos (artigo 61, II, "h"), além de tornar-se causa de aumento de pena nos crimes de abandono de incapaz na forma do artigo 133, § 3º, III; do homicídio doloso na forma do artigo 121, § 4; da calúnia e difamação na forma do artigo 141, IV (BRASIL, 2003).

Com o mesmo objetivo de conferir pena mais gravosa no crime contra o idoso, ocorreu a inclusão do ofendido maior de 60 anos nos crimes qualificados da injúria racial na forma do artigo 140, § 3 e da extorsão mediante sequestro, conforme a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), na forma do artigo 159, § 1 do CP (BRASIL, 2003).

Também pelo Estatuto, se implementou a excludente do artigo 183, III, para que nos crimes contra o patrimônio (Título II do CP), não se apliquem as regras gerais de isenção de pena quando o agente for cônjuge ou ascendente / descendente do ofendido (artigo 181) e nem de condicionamento a representação do ofendido (artigo 182) (BRASIL, 2003). Por fim, o fato do ofendido ser maior de 60 anos foi incluído como um dos requisitos da incidência do tipo penal do abandono material do artigo 244, não sendo mais necessário que o ascendente esteja na condição de inválido para a sua incidência (BRASIL, 2003).

O grupo etário do idoso, por tantos anos esquecido no direito penal, ao tornar-se possuidor de direitos especiais positivados no Estatuto, com o avançar do tempo, continuou sendo objeto de tutelas específicas no CP.

Posteriormente, o CP sofreu alterações por leis esparsas no tempo:

- A) Com a Lei 11.106/2005, houve a inclusão do ofendido maior de 60 anos como um dos requisitos de incidência do tipo penal de sequestro e cárcere privado, na forma qualificada do artigo 148, § 1, I (BRASIL, 2005);
- B) Com a Lei 13.228/2015, houve a inclusão de uma nova causa de aumento de pena no crime de estelionato, para quando este é praticado contra pessoa idosa (artigo 171, § 4) (BRASIL, 2015);
- C) Com a Lei 13.771/2018, houve a inclusão do ofendido maior de 60 anos como um dos requisitos de incidência da causa de aumento de pena no crime de feminicídio, na forma do artigo 121, § 7, II (BRASIL, 2018);
- D) Com a Lei 13.964/2019, houve a inclusão do ofendido maior de 70 anos como um dos requisitos de incidência da não aplicação da regra geral de condicionante a representação do ofendido no crime de estelionato (artigo 171, § 5, IV) (BRASIL, 2019).

Destaca-se na tutela do idoso insculpida no CP que:

- A) as normas que visam o desencarceramento da população idosa são aplicadas aos maiores de 70 anos (artigos 65, I; 77, § 2º; 115, Caput);
- B) as tutelas que buscam a proteção do idoso, seja pelo agravamento da pena do agente, seja pela exceção de regras de condicionamento de representação do ofendido, são aplicadas aos casos em que o ofendido é maior de 60 anos (artigos 61, II, "h"; 121, § 4; 121, § 7, II; 133, § 3, III; 140, § 3; 141, IV; 148, § 1o, I; 159, § 1; 171, § 4; 181, Caput; 182, Caput; 183, III; 244), exceto no caso de não condicionante da representação do ofendido para a ação do crime de estelionato, que se aplica ao ofendido maior de 70 anos (artigo 171, § 5, IV).

5.6 NO ÂMBITO PROCESSUAL

No âmbito do processo civil, a Consolidação das Leis do Processo Civil de 1876, de autoria de Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, não trazia uma tutela diferenciada para nenhum grupo etário. O Código de Processo Civil – CPC de 1939 (Decreto-Lei 1.608/1939) e o de 1973 (Lei 5.869/1973), mantiveram a Lei processual sem qualquer tratamento diferenciado aos grupos etários (BRASIL, 1973).

Com o advento da Lei 10.173/2001, houve a modificação do CPC/1973, para implementar a prioridade de tramitação processual nas causas em que a parte ou interveniente seja maior de 65 anos (artigo 1.211-A), benefício que ficava mantido em caso de sucessão processual por: “cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável” maior de 65 anos (artigo 1.211-C) (BRASIL, 2001).

O CPC/2015 (Lei 13.105/2015) manteve a prioridade de tramitação processual para o idoso, alterando o benefício para contemplar as causas: “em que figure como parte ou interessado” maior de 60 anos (artigo 1.048, I), assim, estendendo o alcance da tutela a mais cidadãos idosos (BRASIL, 2015).

No âmbito do processo penal, a Consolidação do Processo Criminal do Império do Brasil de 1832, de autoria de Tristão de Alencar Araripe, trazia uma tutela diferenciada para grupos etários em dois casos, ambos para proteção dos menores. Independente da parte interpor apelação, era dever do juiz apelar (apelação necessária), quando da condenação de menor de 14 anos (artigo 627, § 1º, 1º), além disso, havia a determinação de que, durante o procedimento de qualificação do réu, se este fosse menor de 21 anos, o juiz lhe designaria um curador para a sua defesa (Livro: Formulário, Capítulo III - Modelo dos Atos da Formação da Culpa, Artigo 5 - Inquirição de Testemunhas, § 12º) (BRASIL, 1832).

O Código de Processo Penal – CPP (Decreto-Lei 3.689/1941) descontinuou as tutelas de proteção ao menor existentes, tendo em vista as mudanças introduzidas no ordenamento pela Consolidação das Leis de Assistência e Proteção a Menores de 1927, assim, a Lei processual penal ficou sem qualquer tratamento diferenciado para os grupos etários (BRASIL, 1941).

Com o advento da Lei 11.689/2008, o CPP foi alterado para excluir os cidadãos maiores de 70 anos do serviço do júri (artigo 437, IX) (BRASIL, 2008).

Com o advento da Lei 12.403/2011 o CPP sofreu nova alteração, dessa vez, para implementar o direito de o agente maior de 80 anos ter a prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar (artigo 318, I) (BRASIL, 2011).

5.7 NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

A Lei 7.713/1988, em seu artigo 6º, XV, trouxe o benefício de isenção de parcela dos rendimentos recebidos pelo maior de 65 anos, quando o rendimento for proveniente de aposentadoria, pensão, passagem para a reserva ou reforma (BRASIL, 1988).

5.8 NO ÂMBITO TRABALHISTA

Na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto Lei 5.452/1943) o menor recebeu um extenso capítulo para a tutelar a sua proteção (Capítulo IV - Da Proteção do Trabalho do Menor), já o idoso não foi contemplado com qualquer garantia, nem mesmo a vedação ao trabalho insalubre ou perigoso (BRASIL, 1943).

Com o advento do Decreto-Lei 9.797/1946, que dispõe sobre a Justiça do Trabalho, determinou-se o limite de 45 anos para o ingresso no cargo de juiz do trabalho substituto, criando-se verdadeira norma discriminatória. E o Decreto-Lei 229/1967 manteve a limitação de 45 anos para ingresso no cargo de juiz do trabalho substituto (BRASIL, 1967).

Tal discriminação foi considerada não recepcionada pela CRFB/1988, inclusive, sendo criada a Súmula 683 STF que determina que, para fins de inscrição em concurso público, só é legítimo a limitação de idade, quando esta se justificar pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido (BRASIL, 2003).

Com o advento da Lei 9.029/1995, em sintonia com a vedação de discriminação do artigo 7, XXX da CFRB/1988, houve a vedação da discriminação para efeitos de admissão ou de permanência da relação de trabalho, por conta da idade, entre outros fatores (artigo 1) (BRASIL, 1995).

Pela Lei 9.029/1995, em caso de dispensa discriminatória por idade, o empregado fará jus à reparação pelo dano moral (artigo 4, Caput), ainda, podendo optar por ter a reintegração do trabalho mais o pagamento integral do período de afastamento, corrigidas

monetariamente e com juros (artigo 4, I) ou por não ser reintegrado ao trabalho, em compensação, recebendo o valor em dobro (artigo 4, II) (BRASIL, 1995).

Em relação as Normas Regulamentadoras (NR's) que preveem um conjunto de requisitos e procedimentos relativos à segurança e medicina do trabalho, com o advento da Norma Regulamentadora 15 em 06/07/1978, criou-se a proteção para o menor de 18 anos, sendo vedado o seu trabalho em local com exposição à poeira de asbesto (anexo N° 11, 2), proteção que até hoje não se estendeu ao idoso (BRASIL, 1978).

Por meio da Portaria 05/1983 do Secretário de Segurança e Medicina do Trabalho – SSMT, regulamentou-se o trabalho sob pressões hiperbáricas, este sendo vedado aos menores de 18 anos e aos maiores de 45 anos (Anexo VI, 1.3.6, "a"), sendo essa a primeira tutela de proteção por idade avançada (BRASIL, 1983).

Com o advento da Norma Regulamentadora 31 (Portaria 86/2005 do Ministério de Estado do Trabalho e Emprego - MTE), regulamentou-se o trabalho com agrotóxicos, este sendo vedado aos menores de 18 anos e aos maiores de 60 anos (Anexo I, 31.8.3) (BRASIL, 2005).

Há que se atentar que a reforma da previdência (EC 103/2019) alterou o sistema previdenciário do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e do Regime Próprio de Previdência Social da União (RPPS), implementando a idade mínima para aposentadoria, e aumentando o tempo mínimo de contribuição (BRASIL, 2019).

No RGPS a regra geral de aposentadoria passou a exigir a idade mínima de 62 anos para as mulheres, com 15 anos de contribuição e 65 anos para homens, com 20 anos de contribuição. Contudo, o valor do benefício previdenciário fica limitado a 60%, para aquele que atingir a idade e o tempo de contribuição mínimos para aposentadoria, sendo necessário acrescer um ano de contribuição além do mínimo, para acrescer dois pontos percentuais ao valor do benefício (BRASIL, 2019).

Na prática, para ter direito a 100% do benefício, é necessário ter a idade mínima de 62 anos com 35 anos de contribuição para as mulheres e idade mínima de 65 anos com 40 anos de contribuição para os homens. Ocorre que a EC/103 também alterou a forma de cálculo do benefício, que passa a ser a média de todas as contribuições, não mais descartando do cálculo as 20% menores contribuições (BRASIL, 2019).

Essa mudança do cálculo tende a retardar o pedido de aposentadoria pelo trabalhador, pois, em regra, as pessoas recebem menos no início da vida profissional, somente depois de alguns anos tendo sua remuneração elevada. Assim, será necessário acumular mais contribuições do final da vida laboral, para compensar aquelas do início, caso contrário, o trabalhador passa para a aposentadoria recebendo um benefício previdenciário muito inferior ao valor do rendimento recebido no período laboral.

Durante o debate sobre a aprovação do relatório da Medida Provisória do Programa Verde e Amarelo (MP 905/2019), que acabou não sendo convertida em lei, foi sugerido no Senado a extensão da nova modalidade de contratação, originalmente focada em jovens de 18 a 29 anos, para incluir nessa nova modalidade as pessoas com mais de 55 anos que estivessem sem vínculo formal de trabalho há mais de 12 meses. Com a não conversão da MP em lei, deu-se frustrada a possibilidade de implementar no ordenamento essa importante tutela ao idoso (BRASIL, 2019).

6 DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS IDOSOS

Segundo entendem Ramidoff e Ramidoff (2018, p.14), as pessoas idosas não necessitam tanto da "bondade dos bons", quanto, na verdade, do profundo, sério e sincero respeito aos seus direitos individuais e às suas garantias fundamentais. E os autores complementam afirmando que, os programas estatais e sociais têm pouca adesão em função mesmo da pouca mobilização de opinião pública(da) e do senso comum (técnico) em prol da emancipação subjetiva da pessoa idosa, enquanto sujeito de Direito.

Toda essa questão de direitos relacionados aos idosos reflete diretamente em políticas sociais e torna urgente a participação do Estado na tarefa de garantir a cidadania e a dignidade para esse grupo. Embora haja dificuldades em relação à efetividade, há uma estrutura formada para essa concretização (FERREIRA;TEIXEIRA, 2014, p.165).

O Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa – CNDPI, é um órgão colegiado e vinculado ao Ministério dos Direitos Humanos, que tem como objetivo elaborar diretrizes para a formulação e implementação da Política Nacional do Idoso (GOVERNO FEDERAL, 2020).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Conforme Ramos (2020, p. 398), o CNDPI deve apoiar a promoção de campanhas educativas sobre os direitos do idoso, com a indicação das medidas a serem adotadas nas hipóteses de violação desses direitos, realizar pesquisas e estudos sobre a situação do idoso no Brasil, manifestar-se sobre as questões demandadas pelo secretário nacional nesse sentido, acompanhar e avaliar a expedição de orientações sobre a aplicação do Estatuto do Idoso e demais atos normativos relacionados ao idosos. No âmbito econômico deve também gerir o Fundo Nacional do Idoso.

A quinta conferência do CNDPI, realizada em 2019, teve como tema “Os Desafios de Envelhecer no Século XXI e o Papel das Políticas Públicas” e trouxe espaços democráticos de reflexão em torno de propostas que apontam diretrizes para as várias políticas setoriais, como uma forma de demonstração da real preocupação sobre a proteção efetiva dos direitos dos idosos (GOVERNO FEDERAL, 2020).

Outra importante estrutura de implementação de política social é a Secretaria Federal de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa que tem o objetivo de coordenar, propor e manter ações que aperfeiçoem a Política Nacional do Idoso, além de acompanhar as medidas para a promoção, garantia e defesa dos direitos da pessoa idosa. A Secretaria deverá, também, gerir acordos e outros instrumentos na área de promoção e defesa dos direitos da pessoa idosa além de articular, com órgãos governamentais e não governamentais, as ações para a implementação da Política Nacional do Idoso (RAMOS, 2020, p. 393).

Todas as ações, iniciativas e políticas direcionadas à população idosa, resguardadas as suas limitações, são imperativas. No entanto, muitos são os desafios de se concretizar tais direitos e de consolidar políticas sociais, uma vez que o capitalismo reorganiza as funções do aparelho estatal com intenção de reduzir sua responsabilização com o atendimento das questões sociais (FERREIRA; TEIXEIRA, 2014, p.171).

Do ponto de vista normativo, os direitos da pessoa idosa no Brasil avançaram bastante, entretanto, o maior desafio hoje é a garantia desses direitos pelo poder público e pela sociedade em geral. Essas garantias não se expressam em ações efetivas, pois cabe ao Poder Público, prioritariamente gerir os fundos públicos e executar ações políticas e sociais além de fiscalizar, tendo em vista que os direitos e garantias desses idosos são desrespeitados. Em conjunto com a fiscalização, também é preciso apresentar programas

de esclarecimento à população idosa, para que continue buscando junto ao poder público a efetividade dos seus direitos normatizados e a sua integração na sociedade como sujeitos de direitos (FERREIRA; TEIXEIRA, 2014, p. 160).

O Estatuto da Pessoa Idosa foi promulgado na data de 01/10/2003, com tantos anos de vigência, validade (formal e material), e eficácia jurídica, lamentavelmente, ainda tem pouca eficácia social. E passados cerca de 30 anos do advento da CRFB/88, não só o Direito da Pessoa Idosa ainda não se constituiu como uma disciplina autônoma e curricular nos Cursos de Graduação, mas sequer é difundido através da mobilização da opinião pública(da) e do senso comum técnico (RAMIDOFF; RAMIDOFF, 2018).

Quando as ações e fiscalização do poder executivo não são suficientes, ou quando o legislativo estadual ou local viola as leis que apoiam os idosos, o judiciário é acionado. No REsp 1.543.465-RS, julgado em dezembro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça – STJ foi chamado para decidir se a gratuidade do transporte coletivo que determina a CRFB/88 (artigo 230 § 2º) e o Estatuto do Idoso (artigo 40, I) incluem ou não a tarifa de pedágio.

Nessa oportunidade, por unanimidade, o STJ confirmou que a atenção especial dada pelo constituinte originário ao transporte dos idosos de baixa renda, tem o condão de amparar esses idosos e assegurar sua participação na comunidade conferindo-lhe dignidade, decidindo pela gratuidade da passagem combinada com a isenção da tarifa de pedágio para esses idosos (REsp 1.543.465, 1.ª T., STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 13.12.2018, DJe de 04.02.2019, fl. 1 do acórdão).

6.1 OS IDOSOS NA EDUCAÇÃO

Em relação a educação, o PNAD contínua de 2019 apresentou o número de quase 6 milhões de analfabetos no Brasil, no grupo etário dos idosos (60 anos ou mais), o que equivalia a uma taxa de 18,0% de analfabetismo nesse grupo etário.

Comparando-se a variação do indicador entre os anos de 2016 a 2019, a taxa de analfabetismo para o grupo etário dos idosos, apresenta queda, contudo, essa queda torna-se menos expressiva com o passar dos anos.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Taxa de Analfabetismo (%)

15 anos ou mais	7,2	6,9	6,8	6,6
25 anos ou mais	8,8	8,5	8,2	7,9
40 anos ou mais	12,3	11,8	11,5	11,1
60 anos ou mais de idade	20,4	19,2	18,6	18,0
	■ 2016	■ 2017	■ 2018	■ 2019

Fonte: IBGE – PNAD Contínua – Educação 2019 (2020)

Ao incluir, gradualmente, os grupos etários mais novos, foi observada queda na taxa de analfabetismo, no ano de 2019: 11,1% entre as pessoas com 40 anos ou mais, 7,9% entre aquelas com 25 anos ou mais e 6,6% entre a população de 15 anos ou mais. Assim, indicando que o analfabetismo vem caindo com o passar dos anos, contudo, havendo um contingente de analfabetismo concentrado nos grupos de idade mais avançada.

6.2 OS IDOSOS NO MERCADO DE TRABALHO

O constituinte originário vedou as discriminações nas relações de trabalho, conforme artigo 7, XXX da CRFB/88. E a Lei 9.029/1995, em seu artigo 1, reforça o comando, prevendo penalidade econômica ao empregador que infringir a norma. O Estatuto do Idoso também trouxe expressa previsão contra condutas discriminatórias ao idoso nas relações de trabalho, conforme o seu artigo 27, caput (BRASIL, 2003).

Embora o ordenamento expressamente proíba tal conduta, é comum encontrar anúncios em classificados com ofertas de emprego, onde as empresas limitam a idade, ignorando às garantias constitucionais contra essa prática, e as potencialidades do idoso.

Conforme Silva (2005, p. 220), a idade é um motivo de discriminação no Brasil. As empresas costumam negar emprego às pessoas mais idosas e quando oferecem essa possibilidade costumam pagar menores salários que aos demais trabalhadores.

Pesquisa realizada pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV EAESP), em parceria com a Aging Free Fair, entre fevereiro e março de 2018, com o apoio da Associação Brasileira de Recursos Humanos

(ABRH) e da Brasilprev, tendo a participação de 140 empresas, das quais: 72,14% são empresas brasileiras e 27,86% estrangeiras; 22,14% são empresas de capital aberto e 77,86% de capital fechado; 49% delas possuem receita bruta anual de até 99 milhões de reais, verificou-se:

1. As principais barreiras enxergadas para ter profissionais mais velhos compondo as equipes são: a) dificuldade em lidar com as novas tecnologias (62,14%); b) falta de flexibilidade e adaptação às mudanças ocorridas na empresa (48,57%); c) dificuldades de reconhecimento da liderança quando os mais velhos são liderados pelos mais novos (45%) (TONELLI et al., 2018).
2. Já os principais benefícios enxergados são: a) experiência profissional com relação aos conhecimentos técnicos adquiridos ao longo da carreira (70%); b) comprometimento e senso de responsabilidade demonstrados pelos profissionais mais velhos (54,29%); c) diversidade de ideias e pontos de vistas dentro das equipes, enriquecendo abordagens de trabalho ou formas de resolução de problemas (49,29%) (TONELLI et al., 2018).

Conforme ficou claro na análise da positivação de tutelas ao idoso no âmbito trabalhista, com fins de não agravar a discriminação desse grupo etário, o legislador evita criar garantias diferenciadas, custos extras ao empregador, ou barreiras do exercício do idoso em qualquer posto de trabalho, assim, buscando garantir a inclusão e a manutenção do idoso no mercado de trabalho.

Apesar do debate promovido no Senado quando da aprovação do relatório da Medida Provisória do Programa Verde e Amarelo (MP 905/2019), como citado anteriormente, esta não foi votada, portanto, não se inserindo o idoso em uma modalidade diferenciada, com fins de inclusão desse grupo no mercado de trabalho.

A inclusão e manutenção do idoso no mercado de trabalho é medida necessária, principalmente após a Emenda Constitucional 103/2019, conhecida como Reforma da Previdência, já que esta, conforme citado acima, impôs novas regras de idade mínima para aposentadoria aos segurados do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), onde se encontram a maioria dos trabalhadores.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) disponibiliza para sociedade, desde 2012, um conjunto de indicadores com periodicidade trimestral resultante da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua.

De acordo com o IBGE, a população brasileira pode ser segmentada, em relação ao mercado de trabalho, da seguinte forma:

1. pessoas abaixo da idade de trabalhar: abaixo de 14 anos; e
2. pessoas em idade de trabalho: a partir de 14 anos; que se subdivide em:
 - 2.1 pessoas fora da força de trabalho: não trabalha e não busca ocupação;
 - 2.2 pessoas dentro da força de trabalho; que se subdivide em:
 - 2.2.1 pessoas ocupadas: trabalha de maneira formal ou informal;
 - 2.2.2 pessoas desocupadas: não trabalha, mas busca ocupação; (IBGE, 2020).

Assim, a força de trabalho é definida pela soma das pessoas ocupadas mais as pessoas desocupadas, grupos que são mutuamente excludentes. É importante ressaltar que o recebimento de algum benefício de programas sociais, como por exemplo: bolsa família, benefício de prestação continuada (LOAS-BPC), seguro desemprego, etc., não tem correlação direta com a ocupação ou desocupação (IBGE, 2020).

Para análise, consideramos a taxa do grupo de idosos ocupados (60 anos ou mais, que trabalha de maneira formal ou informal), em relação ao grupo de idosos que integram a força de trabalho (60 anos ou mais, que trabalha ou que está em busca de ocupação). E, também, consideramos a taxa do grupo de NÃO idosos ocupados (entre 14 e 59 anos, que trabalha de maneira formal ou informal), em relação ao grupo de NÃO idosos que integram a força de trabalho (entre 14 e 59 anos, que trabalha ou que está em busca de ocupação).

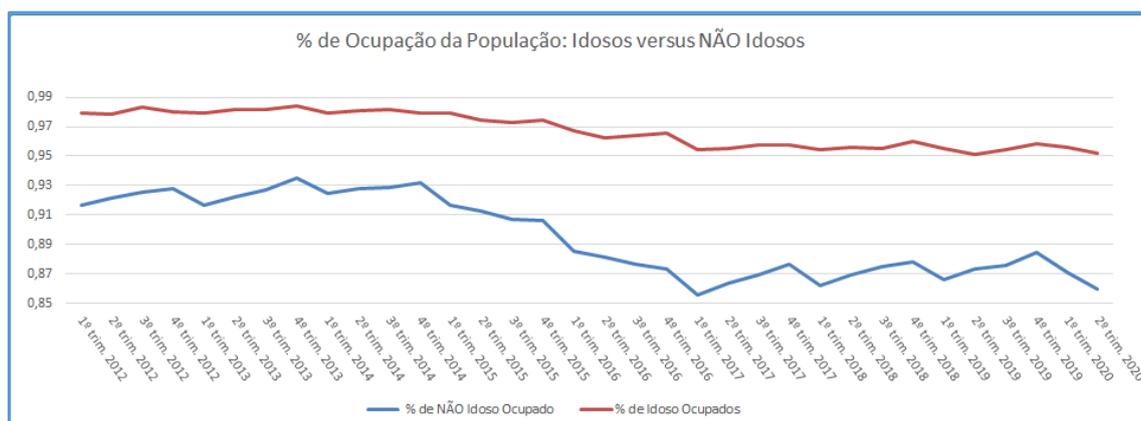
Conforme dados derivados daqueles disponibilizados nas tabelas do PNAD 2020, no primeiro trimestre de 2012 observa-se que a taxa de não idosos ocupados era de 91,69% enquanto a de idosos era de 97,95%. No segundo trimestre de 2020, já em meio a pandemia, a taxa de não idosos ocupados caiu para 85,97% enquanto a de idosos caiu para 95,23%.

Portanto, observa-se que:

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

1. a taxa de ocupação entre os idosos (acima de 60 anos), mesmo em situações adversas, como é o caso da pandemia do COVID-19, se mantém visivelmente maior do que a do grupo de não idosos (entre 14 e 59 anos);
2. conforme gráfico em linhas abaixo, a variabilidade dessa taxa de ocupação é maior no grupo de não idosos, verificando-se maior estabilidade na taxa de ocupação do grupo de idosos.



Fonte: os autores (2020)

A hipótese é que o grupo etário dos idosos, grupo onde há maior concentração de analfabetos e sobre este grupo havendo discriminação no mercado de trabalho com a oferta de postos de trabalho de menor remuneração, sofre menor variação da taxa de ocupação por ser um grupo de trabalhadores que aceita, com maior facilidade, mudanças no trabalho exercido, não faça grandes exigências com relação as condições laborais, remuneratórias ou recebimento de benefícios do empregador.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos resultados obtidos com a pesquisa, entende-se por fundamental o reconhecimento da proteção do direito do idoso em diplomas legais, tendo em vista a maior vulnerabilidade desse grupo etário no contexto contemporâneo de mundo globalizado, com uma política de minimização do Estado.

O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de Direito impulsiona a tutela dos direitos das minorias e dos mais

vulneráveis, uma vez que influencia e programa a normativa infraconstitucional para garantir a prioridade e proteção dos direitos fundamentais desses indivíduos.

Diante deste contexto, o idoso tornou-se sujeito de direito, com especial proteção constitucional e infraconstitucional bem como outros grupos de vulneráveis.

Com a pesquisa, evidenciou-se que embora haja diversas leis voltadas a tutela do idoso, todo esse amparo legislativo não tem sido suficiente quando esses direitos são ignorados e desrespeitados no contexto social, ou seja, quando essas leis não são postas em prática no sentido de proteger os sujeitos de direito, oferecendo-lhes garantias e efetividade de tais direitos.

Para tanto, é importante que as instituições e a sociedade estejam diariamente envolvidas com a necessidade de modificar a condição do idoso, pois apenas o diploma legal se torna uma abstração, se não for legitimado pelas práticas sociais.

Evidenciou-se que, embora haja a criação de leis voltadas ao idoso, todo o amparo legislativo não vem sendo suficiente para enfrentar o desafio do envelhecimento da sociedade brasileira, grupo etário de maior vulnerabilidade, principalmente, quando exposto ao novo contexto do mercado de trabalho, da tecnologia do cotidiano, das relações sociais e comerciais.

Segundo alguns autores visitados, o problema maior seria a falta de identificação da população não idosa com os membros idosos da sociedade, uma falta de reconhecimento de que toda a sociedade está em um processo de envelhecimento constante, portanto cuidar e proteger o idoso é trabalhar para que todos sejam cuidados e protegidos no amanhã. Lutar pelo bem-estar do idoso é lutar pelo bem-estar futuro de todos os cidadãos, uma vez que em algum momento, espera-se, todo cidadão chegará à velhice.

Se há o direito de proteção bem positivado, mas o sujeito de direito (o idoso) não tiver recursos para exigir a sua implementação pelas instituições públicas e privadas ou o cumprimento pela família e sociedade, há pouca efetividade do ordenamento jurídico. Ter representatividade social não significa ser um grupo grande, sendo perfeitamente possível ser minoria, mesmo sendo um grupo numericamente expressivo, como ocorre com outros grupos na sociedade brasileira.

O Estado Democrático de Direito que deve ser perseguido é aquele em que são bem respeitados os mandamentos do Art. 1 da CRFB/88, ou seja, aquele que tem como seus fundamentos: a soberania, mas também a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho. Mais do que isso, é o Estado que está alinhado com os objetivos fundamentais do Art. 3 da CRFB/88, com fins de concretizar uma sociedade justa e solidária, que busca erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, promovendo o bem de todos os brasileiros, sem preconceitos de idade!

8 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Keylla Talitha Fernandes; OLIVEIRA, Fabiana Maria Rodrigues Lopes de; FERNANDES, Maria das Graças Melo. Vulnerabilidade da pessoa idosa: análise conceitual. *Rev. Bras. Enferm.*, Brasília, v. 72, supl. 2, p. 337-344, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672019000800337&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. Curso de direito do idoso. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados, ano LXXIII, nº 199 (p. 113 col 1 letra b). Parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa. Brasília: Câmara dos Deputados, Diário da Câmara dos Deputados, 2018. 262 p.

BRASIL. Consolidação das Leis Penais. 1938. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Consolidação das Leis Civis de 1858. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496206>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Proteger e cuidar da saúde de adolescentes na atenção básica – 2. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/proteger_cuidar_adolescentes_atencao_basica_2ed.pdf>. Acesso em 02 Fev. 2021. ISBN 978-85-334-2627-6.

CAMPOS, Laryssa. Boa memória e sem depressão: quem são os superidosos do Brasil? Faculdade de Medicina UFMG, Belo Horizonte, 29 out 2019. Divulgação científica. Disponível em: <<https://www.medicina.ufmg.br/boa-memoria-e-sem-sinais-de-depressao-superidosos-sao-estudados-no-brasil/>>. Acesso em: 02 fev 2021.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

FERREIRA, Ana Paula; TEIXEIRA, Solange Maria. Direitos da pessoa idosa: desafios à sua efetivação na sociedade brasileira. *Argumentum*, Vitória (ES), v. 6, n.1, p. 160-173, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://sjcdh.rs.gov.br/upload/arquivos/201807/13161839-direitos-da-pessoa-idosa-desafios-a-sua-efetivacao-na-sociedade-brasileira.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

GONÇALVES, Raony R. F. Menezes. A proteção constitucional ao idoso e a (i)legalidade do reajuste das mensalidades dos planos de saúde por mudança de faixa etária. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-protecao-constitucional-ao-idoso-e-a-ilegalidade-do-reajuste-das-mensalidades-dos-planos-de-saude-por-mudanca-de-faixa-etaria>. 2019. Acesso em: 14 set. 2020.

FORUM JUSTIÇA. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. 20/10/2011. Disponível em: <https://forumjustica.vlannetwork.com/wp-content/uploads/2011/10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 04 out. 2020.

GOVERNO FEDERAL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-pessoa-idosa-ndi/conferencias-1>. Acesso em: 14 set. 2020.

IBGE. Desemprego. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 23 set. 2020.

IBGE. Projeção da População do Brasil - 2013. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-brutas-de-natalidade.html>. Acesso em: 02 Fev. 2021.

IBGE. Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 02 Fev. 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PARREIRA, José Gustavo et al. Análise comparativa das características do trauma entre idosos com idade superior e inferior a 80 anos. *Rev. Col. Bras. Cir.*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 269-274. Ago. 2013. ISSN 0100-6991.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. Política de assistência social: avanços e retrocessos. In: *Cadernos do CEAM* nº 11. Brasília: CEAM/UnB, 2002.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Proteção aos idosos*. Curitiba: Juruá, 2007.

PERISSÉ, Camille. MARLI, Mônica. Retratos, a revista do IBGE. n.16 fev. 2019. Disponível

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

em:https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/d4581e6bc87ad8768073f974c0a1102b.pdf. Acesso em 03 ago. 2020.

RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Henrique Munhz Bürgel. Direito da pessoa idosa. Curitiba: Juruá, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 3^oed. São Paulo: Editora saraiva, 2020.

RE, Roxane. USP estuda resistência de “superidosos” à covid-19. Jornal da USP no Ar. São Paulo, 15 jul 2020. Ciência da Saúde. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/usp-estuda-resistencia-de-superidosos-a-covid-19/>. Acesso em: 02 fev 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SENADO FEDERAL. Contrato Verde e Amarelo poderá atender maiores de 55 anos desempregados. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/02/20/contrato-verde-e-amarelo-podera-empregar-pessoas-com-mais-de-55-anos-1>. Acesso em: 04 out. 2020.

SOUZA NETO. Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25^a ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Direito do idoso: tutela jurídica constitucional. Curitiba: Juruá, 2012.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1.264.116**, 2.^a T., STJ, Relator Ministro Herman Benjamin, DJE: 13.04.2012, JusBrasil. Consult. em 14/09/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21602570/recurso-especial-resp-1264116-rs-2011-0156529-9-stj/inteiro-teor-21602571>. Acesso em: 15 set 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1.543.465-RS**, 1.^a T., STJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJE: 04.02.2019, JusBrasil. Consult. em 16/09/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/672696785/recurso-especial-resp-1543465-rs-2015-0169261-6/inteiro-teor-672696802>. Acesso em 16 set. 2020.

**DOSSIÊ ESPECIAL –
PÍLULAS DE
DIREITOS HUMANOS**

Submetido em
19/11/2020
Aprovado em
15/05/2022

OS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E AS VIOLAÇÕES EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19

THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AND VIOLATIONS IN TIMES OF COVID-19 PANDEMIC

Loriene Assis Dourado Duarte^I

Acácia Gardênia Santos Lelis^{II}

Thiago Vieira^{III}

RESUMO

A história da valorização e defesa dos direitos da criança e do adolescente se embrinca com o próprio desenvolvimento da humanidade. O século XX, no Brasil, foi marcado por lutas e transformações sociais que ressignificaram o ordenamento jurídico e as Políticas Públicas voltadas para crianças e adolescentes por serem reconhecidos como pessoas em desenvolvimento. Apesar de um arcabouço legislativo especial de proteção a crianças e adolescentes, o estudo pretende trazer a constante e crescente violação de direitos do público infanto-juvenil, evidenciando a falta de efetivação das normas dirigidas a esse público. Como evidência da ausência da efetivação das leis de proteção especial o estudo é pautado em dados da violência ocorrida em 2020, em meio a pandemia do

ABSTRACT

The history of valuing and defending the rights of children and adolescents gets involved with the very development of humanity. The twentieth century in Brazil was marked by struggles and social changes that gave new meaning to the legal system and Public Policies aimed at children and adolescents for being recognized as people in development. Despite a special legislative framework for the protection of children and adolescents, the study intends to discuss about the constant and growing violation of the rights of children and adolescents, evidencing the lack of effectiveness of the norms directed to this public. As evidence of the absence of the enforcement of special protection laws, the study is based on data on the violence that occurred in 2020, during the pandemic of COVID-19,

^I Advogada, Professora, Mestre em Direito Público e Transformação Social pela Universidade Estácio de Sá -RJ, Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Transformação Social - UNIRIO. Membro da Law Society Association - USA; Membro da Rede de Direito e Literatura.

^{II} Advogada. Professora da Universidade Tiradentes. Doutora em Direito Público e Transformação Social; Professora da Faculdade Pio X; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Transformação Social – UNIRIO.

^{III} Psicólogo; Pedagogo; Mestrando em Humanidades Culturais e Artes; Coordenador de Promoção e Defesa dos Direitos das Crianças e do Adolescente.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

COVID-19, e com referência em aportes teóricos de Sarlet e Santos que permitem através da dialética analisar o problema a partir de sua complexidade.

PALAVRAS-CHAVE

Dignidade. Direitos Humanos. Violência.

and with reference to theoretical contributions by Sarlet and Santos that allow, through dialectics, to analyze the problem from its complexity.

KEYWORDS

Dignity. Human rights. Violence.

1 INTRODUÇÃO

Com a transformação da sociedade, crianças e adolescentes foram considerados sujeitos de direitos, protegidos por tratados e convenções, bem como, na Lei Maior de cada Estado-Nação. Entretanto, o índice de **violações** desses direitos reverbera até os dias atuais, colaborando para que haja uma mobilização, em caráter mundial, a fim de que seja assegurada a proteção integral de crianças e adolescentes.

Conforme a Lei Federal 8.069 de 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente, como um marco significativo que coloca em vigor a responsabilidade da família, sociedade e Estado a respeito da garantia plena de uma infância e adolescência digna e livre de qualquer tipo de violências. Dessa maneira o Estatuto assegura de forma categórica a intervenção a respeito de questões relacionadas a violação dos direitos de crianças e adolescentes tendo estes a prioridade absoluta.

No tocante ao Brasil, a violação de direitos como uma realidade, não é diferente, uma vez que dados recentes da sociedade brasileira de pediatria, relata, 233 atendimentos feitos por dia nas instituições de saúde de crianças e adolescentes vítimas de violência em todo território nacional.

O Estatuto através do Art. 6º recomenda e considera a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Assim se faz claro quando estabelece o direito fundamental o acesso à saúde, a educação e ao lazer; dessa forma o Art. 227 da Constituição Federal e no artigo 4º valida a atenção especial frente a vulnerabilidade que crianças e adolescentes possam estar inseridas.

Neste sentido, o Projeto Pílulas de Direitos Humanos, em conjunto também com a Subsecretaria de Promoção Defesa e Garantia dos Direitos Humanos da SEDSODH¹, a UNIRIO, e o Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Transformação Social, lançam um olhar especial para essa parte da população que se encontra em vulnerabilidade social, em especial, Crianças e os Adolescentes, nesse período de calamidade pública, que ocasionou medidas sanitárias de isolamento, em virtude da COVID-19.

¹ Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos

Para tanto, a força tarefa se deu iniciando através de diálogos através de informações, sobre direitos e acesso aos canais disponibilizados pelos órgãos e instituições governamentais, judiciárias e a sociedade civil, envolvidos no combate às violações frente ao crescente número de ocorrências de violência doméstica e abusos no tocante às crianças e os adolescentes.

2 O HISTÓRICO SÓCIOJURÍDICO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

A violência contra a criança e adolescentes faz parte de uma herança histórica da sociedade mundial. E nessa perspectiva, Bernal (2004, p. 31) afirma que “a produção historiográfica sobre crianças e adolescentes tem sido significativa, na medida em que a infância e a juventude vêm sendo estudadas com um novo tratamento conceitual e metodológico.”

Durante longo tempo houve uma grande resistência para reconhecer que a infância poderia ser objeto de análise e investigação científica. O interesse pelo estudo da infância surgiu a partir da influência de estudiosos sobre a educação, pois segundo afirmam Nascimento; Branscher; Oliveira (2008), estudiosos como Phillipe Ariès, com a obra “História social da infância e da família” (1973), e De Mause, com a obra “A evolução da infância” (1991), iniciou-se um processo de construção do conhecimento da infância.

Só a partir das décadas de 60 e 70 é que, a partir da obra de estudiosos, em especial da área da Pedagogia e da Sociologia, passou-se a perceber a infância e a conceber a ideia de proteção, o que motivou o surgimento de várias normas de garantias de direitos e não só de repressão.

Através de pressões externas tais como a Declaração Universal dos Direitos da Criança, como também por organizações governamentais e não governamentais a proteção à criança passou a ter um espaço maior e melhor na sociedade. A educação e a proteção surgiram como objeto de tutela da sociedade e do Estado, e as políticas voltadas a esta temática passou então a fazer parte deste cenário.

Este novo cenário foi percebido dentre outros registros com o Código de Menores de 1927, que representou grande avanço e pioneirismo no Brasil sendo na área jurídica o primeiro conjunto de leis voltado à tutela da criança. A distinção de mundos de crianças

pobres e ricas fica bem mais evidente, e como a demanda por esta tutela aumenta significativamente.

O pátrio poder e a tutela das famílias sobre os filhos eram vigiados e, condicionados, podendo ser destituídos. Vigiar e Punir tornou-se um lema e tema de discussões, bem diversificados e polêmicos. Durante muito tempo a infância foi marginalizada pela sociedade e no seio familiar, subjugada à vontade e poderio adulto, ficando inclusive numa situação de invisibilidade social visto que não era vista como um ator social.

O reconhecimento da infância deu-se de forma paulatina, em um processo de construção social, como afirma Ariès (1973) que:

A família começou então a se organizar em torno da criança e a lhe dar uma, tal importância, que a criança saía do seu antigo anonimato, que se tornou impossível perdê-la ou substituí-la sem enorme dor, que ela não pôde mais ser reproduzida muitas vezes e que se tornou necessário limitar seu número para melhor cuidar dela.

A necessidade da proteção da infância era uma demanda social, não só no Brasil, mas no cenário mundial, em razão da visão discriminatória e preconceituosa das normas até então existentes, que ao invés de proteger, cuidavam mais de tutelar os desvalidos, os abandonados, os enjeitados, que assim consideravam os menores em situação irregular.

Segundo Liberati (2010, p. 14), essa era a visão da proteção de crianças e adolescentes pela legislação brasileira, ao afirmar que:

As leis brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988 emprestavam ao menor uma assistência jurídica que não passava de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas em medidas de proteção; não relacionavam nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não traziam nenhuma medida de apoio à família; cuidavam da situação irregular da criança e do jovem, que na verdade, eram seres privados de seus direitos.

As normas de proteção à criança decorriam da ausência de conhecimentos sobre a infância, da importância de cada etapa de suas vidas, e de suas especiais necessidades. Só a partir dos estudos realizados sobre a infância, como exemplo do historiador francês Philippe Ariès, é que se passou a considerar as particularidades da infância, com

necessidades especiais em razão de suas etapas de desenvolvimento humano. Antes, segundo Ariès (1973), as crianças não eram percebidas pela consciência social, pois eram vistos como adultos em miniatura, tendo as mesmas obrigações que esses, só tendo tratamento diferenciado nos primeiros anos de vida, enquanto dependiam do cuidado materno.

A mudança de visão sobre a infância deu-se a partir do reconhecimento de que as crianças são pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos, independentemente de sua condição social. Segundo Liberati (2010) “pela primeira vez na história das constituições brasileiras, a criança é tratada como uma questão pública, metodologia que atinge, radicalmente, o sistema jurídico.”

O sistema jurídico brasileiro de proteção à criança foi realinhado a partir da Constituição Federal de 1988, e a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, sendo instituído no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que traz em bojo, em especial seu artigo 6º o reconhecimento de que a criança é um ser em formação, e necessita de cuidados especiais, quando assim estabelece:

Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

A defesa dos direitos naturais da criança e do adolescente precisou ser normatizada, pelo reconhecimento de suas especificidades, e em razão do reconhecimento de sua vulnerabilidade. Foram assim criadas normativas internacionais para a proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista que prescindia de garantias para sua efetivação.

Já assegurados por normas internacionais, o Brasil foi impulsionado a assegurar os direitos de crianças e adolescentes, e a partir da Constituição Federal de 1988 adotou a doutrina da proteção integral em seu artigo 227, que preceitua:

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

A Constituição Federal além de garantir e assegurar os direitos devidos à infância possibilitou uma maior conscientização da sociedade quanto a estes direitos, atribuindo-lhe ainda obrigações a assegurar o exercício desses direitos.

Nos moldes da Constituição Federal, foi promulgado o Estatuto da Criança e o Adolescente- ECA, em 1990 pela Lei 8.069, com vistas a promover grandes mudanças e conquistas acerca de direitos e proteção à criança e adolescente.

Bernal (2004, p. 25) comenta que dentre várias modificações e orientações, o ECA propõe a colocação no mesmo patamar de relevância a infância e a adolescência, com a exclusão da nomenclatura menor. Ele representa o marco da ruptura com a cultura da violência, de traço ideológico excludente.

O ECA segundo Amaro (2011, p. 38), garante as crianças e adolescentes o reconhecimento dos direitos e garantias sociais, mediante os quais passam a ser atendidos e respeitados, não mais como clientes, menores ou objetos de tutela, mas como sujeitos, credores de direito.

3 DA VULNERABILIDADE E OBJETIFICAÇÃO À PESSOA DE DIREITOS TUTELADOS CONSTITUCIONALMENTE

É na família que o indivíduo tem a base de sua formação uma vez que ela oferece várias referências, desde afeto, hierarquia, respeito, de regras e outros aprendizados que lhe condicionam e prepara para a vida na sociedade como um todo.

Nas civilizações gregas e romanas a família tinha também outra conotação na sociedade, como política e religiosa, não se limitando a sentimentos como elo, mas outras afinidades, referências e interesses, como os econômicos, ambiente de desenvolvimento e promoção humana.

Com o advento da Constituição de 1988 reconheceu-se a democratização do instituto família, admitindo-se a pluralidade de seus modelos, ampliando as possibilidades de outros elos como sanguíneos e de afeto, aplicando-se os princípios constitucionalmente assegurados, em especial o princípio da Dignidade Humana. Assim, o respeito a seus integrantes é tão necessário quanto a proteção do instituto Família.

A preocupação com a proteção com a família e seus membros destaca-se com o novo modelo familiar onde há a relevância do direito das crianças e adolescentes, referendado no princípio da Dignidade humana, e a da prioridade absoluta dos direitos da criança. Segundo Maciel (2010), a nova Lei 12.010/2009 estabelece as medidas específicas de proteção, o princípio da prevalência da família, significando que na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente.

No entanto, esse ambiente que deveria ser de proteção, muitas vezes apresenta-se como ambiente de risco, e principal *locus* de violação dos direitos da criança e do adolescente. Culturalmente no Brasil, até o início do século XX, os castigos físicos nas escolas eram aceitos e até legitimados pelos pais e pela sociedade. Não havia limites estabelecidos aos educadores ao exigir respeito, que não era visto como uma conquista, e sim como uma imposição, ultrapassando fronteiras do bom senso, com a falta de moderação.

Essa prática, pouco a pouco foi perdendo força, com o desenvolvimento social, tornando-se menos frequentes nas escolas. A violência através de ações e omissões com referência a crianças e adolescentes é antológica, não há nada de moderno, porém atual pela reincidência quanto ao abandono, espancamento, abuso sexual e outras formas e violência contra crianças e adolescentes.

Percebe-se, assim, que muitas crianças e adolescentes no Brasil vivem em situação de total violência, muitas vezes fruto daqueles que deveriam tutelar seus direitos, como a liberdade, a educação, o bem estar, e a saúde. As crianças vitimadas são as que passaram ou passam por situações da ausência do direito elementar ao exercício da cidadania, como habitação, educação, saúde, até segurança a sua sexualidade, privacidade. Notícias sobre violência intrafamiliar é cotidianamente veiculada na mídia, tanto nacional como na internacional.

Minayo (2010) comenta como o status econômico influencia na incidência da violência doméstica, no abuso de crianças e adolescentes que está presente em todas as classes sociais, mas que a sua distribuição é socialmente diferenciada. Os dados mostram que a notificação dos casos é muito maior entre os pobres, mas também há estudos sobre tendência de médicos, enfermeiros e policiais em reportar mais casos e suspeitas de casos

entre as pessoas de baixa renda do que nas classes médias e abastadas (MINAYO, 2010, p.286).

A desordem econômica ocasiona uma desordem de algumas famílias e com toda esta desestruturação e vulnerabilidade financeira, ocasiona a desestruturação das relações familiares possibilitando a violência doméstica como fruto da fragilidade do ambiente, pois segundo Minayo (2010), a violência e o abuso existem nas várias classes sociais, mas, sua maior incidência ainda é nas classes menos privilegiadas.

A violência doméstica decorre de um histórico de concepção muito anterior à este século e com registros cruéis desde a colonização, como comenta Dourado (2009, p. 13) “os navios negreiros que traziam escravos da África, as crianças embarcadas viveram em condições de vida muito piores”. Por ocasião, então, da colonização com o trafico de negros para tal, nem as crianças foram poupadas, e assim neste período houve registro significativo já da vulnerabilidade característica da infância.

Afirma Dourado (2009, p. 14), em sua análise sobre as crianças que as crianças e adolescentes das famílias ricas se habituaram desde cedo, no Brasil, a reproduzir comportamentos autoritários e por vezes tirânicos face aos escravos adultos, ou crianças que trabalhavam em suas residências. Esse comportamento autoritário passou a ser referencial de comportamento, predominando nas famílias como modelo, e aceitos com naturalidade pela sociedade.

Focault (1992, apud Amaro 2011, p. 28), afirma que diante disso surge o padrão adultocêntrico, com uma cultura de aplicação de castigos corporais como medida de correção e disciplina. Bontempo (2010, p. 831) afirma que por muito tempo as crianças foram vistas a partir de um olhar adultocêntrico, qualificadas como seres inferiores, sem autonomia, integradas ao mundo dos adultos. Percebe-se, assim, que o ciclo de violência foi reproduzido pela sociedade, que adotou a medida de correção como forma de educação e controle, através de castigos corporais.

A violência doméstica é um fenômeno que não faz distinção, instala-se em classes sociais e intelectuais diversas. Distingue-se tão somente pela forma de se relacionar com esta violência. Os agentes passivos e ativos variam conforme o gênero da violência doméstica, e nem sempre há consciência da sua existência. Para Saffiotti (1997 apud Amaro, 2011, p. 105), o amor é aprendido, mas o desamparo também.

A punição corporal revela que pais que foram punidos fisicamente tendem a punir fisicamente seus filhos. A partir de uma revisão literária percebeu-se que a origem da violência decorre da reprodução de modelos. Segundo Azevedo e Guerra (2011), várias teorias procuraram levantar os fundamentos das Teorias críticas sobre a violência doméstica contra criança e adolescente como a Teoria Crítica da infância, Teoria Crítica da família, Teoria crítica da sexualidade humana, todas para compreender o fenômeno e inacabadas pela necessidade, que abarca famílias brasileiras frutos de conflitos urbanos e rurais, e intercalasses.

A Teoria Crítica é uma teoria social e humana na medida em que o social é uma criação humana ancorada no compromisso social com aqueles que em determinadas relações se incluem no polo oprimido, a partir do pressuposto de que toda relação social é uma relação de poder que pode exercer-se sob a forma de dominação versus subordinação (AZEVEDO e GUERRA, 2011, p.42/43).

As Teorias Críticas discutem sobre violência criminalidade, família, infância, sexualidade, o domínio, e possibilita segundo Azevedo e Guerra (2011, p. 43), a distinção entre violência e agressão. A primeira existe no domínio da cultura e a segunda no domínio da natureza. A infância nem sempre é vivida plenamente por todas as crianças, pois para muitos ela torna-se fragmentada pela violação dos direitos através da violência.

Percebe-se através das Teorias críticas que a violência tem um histórico social, podendo assim ser por vezes ser controladas através de ações que previnam e combatam a violência. Quando do estudo destas teorias observa-se que a violência é um fenômeno que se apresenta em varias modalidades e uma delas é a violência doméstica, a ecologia deste fenômeno é a família.

Segundo Scliar apud Azevedo e Guerra “há um país chamado infância, cuja localização ninguém conhece ao certo. Nem todas as crianças, contudo, podem viver no País da Infância.” (AZEVEDO e GUERRA, 2011, p. 245)

A infância vítima de violência é tão variada quanto os meios e modos de violentar crianças e adolescentes, embora toda violência seja social, estas crianças são os filhos da violência que denominamos de social em sentido amplo (AZEVEDO; GUERRA, 2011, p. 246).

Percebe-se, assim que muitas crianças têm fragmentadas à sua infância, alternando momentos raros de singeleza da infância com cenas cruéis de violência e terror, significando que ser criança, nem sempre significa ter infância. São vítimas do desamor, de uma sociedade doente e acometida de falta de tolerância e de solidariedade, e seus principais algozes são aqueles que lhes deviam garantir amor e proteção.

4 UM NOVO CÁRCERE: O ISOLAMENTO SOCIAL E O AUMENTO DA VIOLÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Frente ao período de pandemia do Covid-19 vivenciado desde meados de março de 2020 foi estabelecido pelo Governo Estadual do Rio de Janeiro o isolamento social como forma de prevenção. Sendo assim a dinâmica das pessoas consistiu no confinamento em suas casas recorrente ao não descobrimento da vacina. Assim os maus tratos como forma de violência contra crianças e adolescentes tiveram alto índice segundo apontamento de diversas pesquisas realizadas.

Nesse sentido o abuso sexual infantil intrafamiliar tem sido uma constante uma vez que crianças e adolescentes vítimas foram e estão confinadas com seus agressores sendo reféns desses violadores. Esse contexto se faz negativo pelo não acesso a espaços sociais como escola, redes de assistência e locais adequados também para o lazer e a convivência social. Sendo assim, a ausência de contato com o mundo externo impede que se dê visibilidade à violência sofrida no ambiente doméstico, como comumente ocorre em situação não pandêmica.

Antes da pandemia a sociedade já atravessava tamanha crise econômica e social o que provoca o desmonte de programas sociais educacionais como, por exemplo, o declínio de movimentos de Defesa e Direitos voltados para a infância e juventude. Com a pandemia essa situação tem sido potencializada refletindo em diversas violações como o aumento da desigualdade social logo, a negligência e o abandono – também do poder público – o que começa por gerar o aumento da exploração sexual sendo essa uma das piores formas do trabalho infantil assim como a evasão escolar pelo não acesso à internet, situação de rua uma vez que famílias sem emprego foram despejadas, criminalidade infanto-juvenil pelo aliciamento do tráfico local dentre demais violações que ferem a dignidade humana.

O que fica evidente é que o desconhecimento pelo direito se faz fundamental para o aumento de violações múltiplas. Nesse sentido a subnotificação tem sido uma realidade constante o que leva a creditar que a violência psicológica por parte desse agressor é um ato que coage de tal maneira ocasionando a naturalização da violência. Nesse sentido o não conhecimento sobre os direitos fundamentais da infância e adolescência contribui de forma significativa para o aumento da subnotificação.

De acordo com o Ministério da Saúde (2002) a violência doméstica pode ser dividida em violência física, sexual, negligência e psicológica. Nesse sentido a violência sexual se faz por toda ação onde uma pessoa em posição de poder coage a vítima à realizar práticas sexuais sem vontade, de maneira forçada frente ao aliciamento e intimidação. A negligência nada mais é do que a omissão pela responsabilidade dos membros familiares sobre crianças e adolescentes e por final a violência psicológica consiste pela ação ou omissão que cause danos não só na autoestima mas no desenvolvimento da criança e do adolescente.

A violência psicológica se mostra a mais sutil pois o agressor a usa a fim de coibir a vítima a impedindo de dar qualquer passo sem que seja de seu conhecimento o que de fato provoca de fato o isolamento frente ao não contato com demais pessoas. Esse tipo de violência é a mais difícil de ser se identificar uma vez que a vítima se faz submissa ao agressor. O sintoma por vezes pode ser o sentimento de desvalorização provocando a ansiedade logo o adoecimento. Nesse sentido algumas pessoas podem provocar até mesmo o suicídio.

A criança tem por exemplo o adulto como figura de autoridade o que a leva a submissão ao compreende-lo como aquele que zela pelo seu bem estar. A disfuncionalidade ocorre quando o autoritarismo aparece de forma cruel pautado no abuso ocasionando a violência.

A violência é uma forma de relação social que está inexoravelmente atada ao modo pelo qual os homens reproduzem suas condições sociais de existência. Sob esta ótica, a violência expressa padrões de sociabilidade, modos de vida, modelos atualizados de comportamento vigentes em uma sociedade em um momento determinado do seu processo histórico. Sua compreensão não pode prescindir, por conseguinte, da referência às estruturas sociais; igualmente não pode prescindir da referência aos sujeitos que a

fomentam enquanto experiência social. É no mundo da família, do cotidiano, que se instala a representação do poder doméstico, dos papéis familiares e da relação de dependência (ADORNO apud GUERRA, 1998)

A sequela do abuso pode se apresentar por vezes como a lesão física assim como sintomas emocionais que alteram a interação com a família e o círculo social. Diversas podem ser as evidências físicas sendo as emocionais a negação pelo diálogo, o comportamento agressivo e também o choro excessivo como sintoma no âmbito social.

Para Mena e Werneck (2002) o abuso pode gerar o medo, a culpa, a vergonha, e a baixa autoestima o que pode levar a criança ao isolamento. De acordo com Faria (2001) as alterações comportamentais evidenciam tanto a agressividade como a introversão o que fica evidente que as vítimas de abuso sexual infanto-juvenil antes do ocorrido verbalizavam e interagiam com mais frequência do que após o ato violento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo antes da pandemia, o conselho estadual de defesa da criança e do adolescente do Estado do Rio de Janeiro² reforçou o pedido e a necessidade de criar uma rede de proteção, com a criação de centros integrados para atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência; o Ministério Público recomenda aos municípios fluminenses para que os órgãos de proteção, como os conselhos tutelares, não deixem de funcionar durante a pandemia.

Por isso, em atuação conjunta com os conselhos tutelares, no que tange o combate à violência e o abuso contra crianças e adolescentes, nesse sentido ressaltando os casos de violência doméstica, e para isso, todos possuem a responsabilidade em denunciar. Neste sentido, além da conscientização acerca dos direitos dos cidadãos, também têm caráter informativo, os telefones onde essas denúncias podem ser feitas.

No Estado do Rio de Janeiro, as denúncias podem ser feitas através do disque 190 para crimes, do disque 192 para questões de saúde, e também há o disque cidadania e direitos humanos, que é um canal de comunicação entre o governo e a sociedade para que

² CEDCA

qualquer cidadão denuncie violações de direitos (seus e de outras pessoas) e também para que possam tirar suas dúvidas sobre o assunto.

As denúncias podem ser feitas de forma anônima, não precisando se identificar caso corra algum risco. A nível nacional, as denúncias podem ser feitas pelo disque 100 e (disque 180) onde são encaminhadas para os órgãos de proteção como o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), os órgãos de acolhimento e os conselhos tutelares, o serviço funciona de forma gratuita 24h por dia.

A violação de direitos de crianças e adolescentes é na atualidade um desafio a ser enfrentado. Modelos antagônicos de uma pedagogia violenta não consegue ser rompido de maneira abrupta, mas num processo de evolução e comprometimento da sociedade e do Estado. Valores culturais e éticos hão de ser colocados em discussão para quem sabe ser refletidos com esperança de uma mudança social, jurídica e humanitária.

A violência doméstica é um fenômeno que extrapola limites nacionais, e, negar sua complexidade é omitir-se quanto a sua existência e espaço que ocupa no eixo intrafamiliar. O agente passivo deste fenômeno é sempre a criança e ou o adolescente, e o ativo em sua maioria o adulto, com relação consanguínea ou não, mas que assume um poderio assegurado muitas vezes pelo econômico.

A vulnerabilidade da criança fomenta a proliferação da violência, sendo potencializada com a aceitação da sociedade e até do Estado, de forma muitas vezes velada, mas cruel. Essa violência fragmenta a fase da infância, tornando inóspitos os direitos que a ela são peculiares.

O grande desafio para combater o problema é o bloqueio deste ciclo, pois há as evidências demonstram que adultos, que sofreram violência na infância, tendem a reproduzi-la com naturalidade. Os avanços da modernidade de nada adiantam se o abandono, o desamparo, e as atitudes cruéis contra crianças e adolescentes tornam-se atos rotineiros e naturalizados pela sociedade.

A violência doméstica e intrafamiliar contra crianças e adolescentes precisa ser assumida, como questão de ordem pública, para que possa ser identificada, e que seja objeto de políticas públicas eficazes capazes de preveni-la e erradicá-la da sociedade, permitindo o exercício pleno da infância.

6 REFERÊNCIAS

AMARO, Sarita. **Crianças vítimas de violência, das sombras do sofrimento à genealogia da resistência: uma nova teoria científica.** - 2º ed.- Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

AMIN, Andrea Rodrigues. **Evolução histórica do direito da criança e do adolescente** in Maciel, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (p. 3/10)

ANDRADE, Anderson Pereira de - **A Convenção Sobre os Direitos da Criança em seu Décimo Aniversário: Avanços, Efetividade e Desafios.** Revista Igualdade, 2003 - Disponível em Acesso em 19/10/2020 às 22h30min.

ANDRADE, Lucimary Bernabé Pedrosa de. **Direitos da infância: da tutela e proteção à cidadania e educação.** São Paulo: Unesp. Scielo books, 2010.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família.** 2 ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Afiliada, 1973.

_____. **Historia social da criança e da família.** Editions Seuil Maisons Laffitt. 1914 -1984, tradução 1973 LTC- Livros Técnicos Nacional –GEN – Grupo Editorial Nacional, 1978.

AZEVEDO, Maria Amélia e GUERRA, Viviane N. de A. **Infância e Violência Doméstica: Fronteiras do conhecimento.** 6ª ed. Editora Cortez, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 19 de outubro de 2020.

_____. **Estatuto da Criação e do Adolescente.** Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/18069.htm. Acesso em 19 de outubro de 2020.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar: orientações para a prática em serviço.** Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

FARIA, F. P. **Violência Contra Criança e Adolescente – atendimento Psicológico.** Departamento de Pediatria FCM UNICAMP. Campinas, 2002.

GUERRA. V.N.A. **Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada.** 3a ed. São Paulo: Cortez, 1998.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 4 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

LIMA, Fausto Rodrigues e SANTOS, Claudiene. **Violência Doméstica Vulnerabilidade e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar** – 2ª. Tiragem, Editora Lumen Juris, 2010

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Ed. 4ª– IBDFAM. Coordenadora – Editora Lumen Juris -2010.

MARCILIO, Maria Luiza. **História Social da Criança Abandonada**. – Editora Hucitec,1998.

MINAYO, Maria Cecília - **O que você ainda não sabe sobre violência contra a criança - in revista Crescer em Família** - Ed. Globo: 2010.

Ministério da Saúde. COVID-19: Paineis Coronavírus. <https://covid.saude.gov.br/> Acessado em 10 de junho de 2020.

Nações Unidas Brasil. Relatora da ONU: Estados devem combater violência doméstica na quarentena por COVID-19. <https://nacoesunidas.org/relatora-da-onu-estados-devem-combater-violencia-domestica-na-quarentena-por-covid-19/> Acessado em 10 de junho de 2020.

NASCIMENTO, Cláudia Terra do; BRANCHER, Vantoir Roberto; OLIVEIRA, Valeska Fortes. **A construção Social do Conceito de Infância: algumas interlocuções históricas e sociológicas**. Revista Contexto & Educação. Ano 23. n. 79. Jan/jun. Ed. Unijui, 2008. p. 47- 63. Disponível em : <https://www.resvistas.unijui.edu.br/index.php/contextoeducacao/article/view/1051/802>

SALTO PARA O Futuro-Edição Especial –**Historia da Infância e direitos da criança** –Ano XIX, nº. 10- 2009- Secretaria de Educação a distância-Ministério da Educação –Governo Federal –Dourado, Ana Cristina Dubeux.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flavia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. 2ª. tiragem. editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2010.

ULTIMATO, mãos dadas. **A história da heroína que criou a Declaração dos Direitos da Criança** citando ANDREATO, Elifas, ALMANAQUE BRASIL, janeiro, 2003. Disponível em <http://ultimo.com.br/sites/maosdadas/2013/01/22/a-historia-da-heroina-que-criou-adeclaracao-dos-direitos-da-crianca/>. Acesso em 19 de outubro de 2020.

VIGOTSKI, Lev Semenovich, 1896-1934. **Psicologia Pedagógica**. Trad. Do russo e introdução de Paulo Bezerra. 2ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 2004.

**DOSSIÊ ESPECIAL –
PÍLULAS DE
DIREITOS HUMANOS**

Submetido em
12/10/2021
Aprovado em
18/03/2022

**A QUESTÃO DA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS
NUMA DIMENSÃO BIOÉTICA, SOB UM CENÁRIO PANDÊMICO.**

***THE QUESTION OF DEFENSE OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS IN A
BIOETHICAL DIMENSION, UNDER A PANDEMIC SCENARIO.***

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann¹

RESUMO

As reflexões bioéticas e bio-jurídicas propostas no desenvolvimento do tema enunciam a violação de Direitos Fundamentais na dinâmica do equilíbrio econômico, social e humanitário, no cenário pandêmico nacional. A propagação cruel e célere do vírus chamado “Coronavírus” no seio social, gera impacto pessoal, político e social, seja pelo interesse privado ou público, gerando problemas jurídico-constitucionais na órbita nacional e internacional. O referencial teórico tem assento na concepção de riscos e ambivalências e necropolítica, delineados

ABSTRACT

The bioethical and bio-legal reflections proposed in development of the theme enunciate violation of Fundamental Rights in the dynamics of economic, social and humanitarian balance, in national pandemic scenario. The cruel and rapid propagation of virus called "Coronavirus" in social bosom, generates personal, political and social impact, whether by private or public interest, generating legal and constitutional problems in national and international orbit. Theoretical referential is based on conception of risks and ambivalence and necropolitics, outlined

¹ Pós-Doutora em Direito, pela Universidade Estácio de Sá/RJ, Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2006), Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2002), Pós-Graduação Lato Sensu em Bioética, pela Red Bioética UNESCO (2010), Pós-Graduação Lato-Sensu em História do Direito Brasileiro, pela Universidade Estácio de Sá - UNESA (2007), Graduada em Jornalismo, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1977) e Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (1999). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Decana Pro Tempore, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UniRio. Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability (Bioethics, Biolaw, Biotecnology) e do Grupo Direitos Humanos e Transformação Social.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

por Giorgio Agambem, Ulrich Beck e by Agambem, Beck and Mbembe. This is Aquille Mbembe Trata-se de pesquisa exploratory research, of qualitative type, exploratória, de tipo qualitativo, de with bibliographic and documental recursos bibliográficos, documentais e resources, dialectic method, with recourse método dialético, com recurso de casos to concrete cases. concretos.

PALAVRAS-CHAVE**KEYWORDS**

Bioética. Direitos Fundamentais. Bioethics. Fundamental Rights.
Pandemia. Sociedade de risco. Pandemic. Risk Society. Necropolitics.
Necropolítica.

1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo primeiro, dispõe que *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos e que, portanto, dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*. Partindo do pressuposto, elaborado pelo filósofo alemão Immanuel Kant, de que o ser humano é, primordialmente, fruto daquilo que a educação faz dele, é plausível pensar que a construção de uma sociedade livre, fraterna e igualitária passa pelo acesso ao conhecimento. Argumenta-se, contudo, que não todo e qualquer tipo de conhecimento se põe a serviço do respeito à diversidade em amplo aspecto como fator preponderante para a humanização das relações sociais de modo a assegurar o convívio livre, fraterno e igualitário entre as pessoas (Ostermann & Fontana, 2010, p. 294).

Em consonância a “teoria política de Aristóteles”, o homem é *zoé, diante da vida* nua, numa existência meramente biológica, que tem como qualidade a linguagem, que o diferencia dos demais seres vivos, bem como uma vivência política onde advém de *zoé a politikòn zôon* – um animal político, com uma vida política (*bios políticos*). Assim, referindo-se a Foucault, apresenta Agamben que o “limiar de modernidade biológica” de uma sociedade situa-se no ponto em que a espécie e o indivíduo enquanto simples corpo vivo tornam-se a aposta que está em jogo nas suas estratégias políticas. (FOUCAULT, 1994, p. 719). (AGAMBEN, 2007)

O questionamento que se pretende ressaltar no presente ensaio e sobre o qual recaem, em certa medida, as reflexões relativas à concepção de riscos e ambivalências e necropolítica, delineados por Giorgio Agamben, o cenário demarcado por uma sociedade de risco, conforme concepção de Ulrich Beck e sob a contingência da aplicação de medidas ou da sua ausência, nos marcos da evidência de uma necropolítica, à luz do pensamento de Aquille Mbembe, remetem à dimensão dos discursos e práticas políticas que envolvem o enfrentamento à pandemia pelo Coronavírus no Brasil.

Trata-se de um refletir crítico, à luz dos dados levantados ao longo da pesquisa, acerca das vivências diante do novo estado de exceção agamberiano, com formas de controle e vigilância, perante a doçura e obediência dos chamados sujeitos biopolíticos, em presença dessa necropolítica, onde o Estado se utiliza do biopoder e em suas

tecnologias de “controlar” populações, uma política que decide quem vive e quem morre, ou seja, uma triste realidade de esperas por uma vaga na UTI, diante de um cenário pandêmico, tendo em conta a situação do Brasil.

2 O EXCEPCIONAL CENÁRIO NACIONAL DA PANDEMIA POR COVID-19

A doença provocada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), denominada COVID-19 que teve, aparentemente, seu início na comunidade de Wuham, da província chinesa de Hubei, em 01 de dezembro de 2019 e, em passo acelerado, tomou proporções planetárias (pandemia), afetou, sob os mais variados ângulos, as relações sociais, econômicas, religiosas e jurídicas em todas as partes do globo.

Aqui em terras brasileiras, foi editada, por iniciativa do Ministério da Saúde, em 6 de fevereiro de 2020, em processo de tramitação de urgência, a lei 13.979, cognominada Lei Nacional da Quarentena, que regulamente algumas das possíveis medidas a serem seguidas para enfrentar-se a disseminação da doença que tanto está impactando a população mundial. Por outro lado, foi editada a Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Importante demarcar que entre as principais decorrências dessa lei, em seu artigo terceiro, inciso VII, está previsto:

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas: (...)

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e(...)” (negrito nosso)

Como via de consequência, tem-se que o profissional da área de saúde, ainda que não esteja vinculado laboralmente ao serviço público (SUS), poderá ser requisitado para atender casos que envolvam o COVID 19 se necessário for. Do mesmo modo, as instalações hospitalares da rede privada podem ser requisitadas pelo poder público para dar conta da demanda.

Inúmeros são os questionamentos gerados, sendo certo que, um dos mais tocantes envolve o drama – vivenciado em diversos hospitais da rede pública – da escassez de vagas em Unidades de Terapia Intensiva – UTI e a consequente impossibilidade de atender à demanda daqueles que necessitam de tais cuidados.

Cumpre apontar, inicialmente, que o direito à saúde é um direito social fundamental, não sendo possível negar seu caráter de fundamentalidade, em razão da própria Constituição Federal de 1988, em especial, do que dispõe o seu art. 196.

Atualmente, no Brasil, as estimativas apontam para o iminente colapso dos sistemas de saúde causado (ou agravado) pelo exponencial aumento de casos da doença, situação tragicamente já experimentada por países em que o índice de contágio tenha causado um maior “espalhamento” do vírus, dentre outros fatores, pela hesitação de seus líderes na adoção das medidas recomendadas de isolamento social. No entanto, o caso da pandemia e das políticas para seu enfrentamento no Brasil, tem sido, indubitavelmente, uma sucessão mortífera de fracassos.

Não sem motivo, um dos mais reconhecidos médicos do Brasil, o neurocientista Miguel Nicolelis afirmou, em 03 de março de 2021, portanto mais de um ano após a constatação do primeiro caso de contágio pela doença em nosso país, que o Brasil “viverá a maior catástrofe de sua história” se não adotar *lockdown* geral para desafogar o sistema de saúde e frear a expansão de casos e mortes por coronavírus”. Naquele momento, o neurocientista já previa que “março pode ser o pior mês da pandemia no Brasil, com até três mil mortes diárias”.

No momento que se redige o presente ensaio, o Brasil já superou a marca dos 12 milhões e oitocentos mil infectados e 325 mil mortos em decorrência da doença. A média de mortes diárias já superou a cifra das 3 mil.

Figura 1



Fonte: JHU CCSE COVID-19 Data

Os dados apresentados no quadro acima da figura 1 demonstram que a evolução da pandemia em nosso país entra em seu pior momento e a tendência, desafortunadamente, é a de piorar. O país tem registrado recordes de mortes e casos do novo coronavírus, em termos mundiais, tornando-se, assim, o epicentro da pandemia no planeta; o Brasil entrou em 2021 num quadro sombrio da covid-19, com negacionismo, má gestão da situação em termos nacionais, sob o pano de fundo de uma crise econômica sem precedentes. As projeções no sentido da superação são pouco animadoras, e os especialistas esperam um futuro próximo ainda pior.

Em decorrência da péssima gestão¹, em termos federais, o país entrou numa situação de quase caos na saúde: mortes por ausência de oxigênio para os pacientes

¹ A chegada e a disseminação do coronavírus no país ocorreu justo quando o Brasil tem como presidente um político de perfil de extrema direita. O atual presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, desde o início, a despeito dos alertas da Organização Mundial de Saúde – OMS e dos cientistas brasileiros, especialistas em infectologia, negou a gravidade da doença e a importância da ciência para lidar com a pandemia.

À frente do governo, demitiu dois ministros da Saúde (Mandetta e Teich) que se recusaram a apoiar o uso do kit de medicamentos sem eficácia contra a doença, enfraqueceu a coordenação na área de saúde pública com estados e municípios e colocou à frente do Ministério da Saúde um militar, com nenhuma experiência na área e que depois de um retumbante fracasso à frente da gestão do ministério foi substituído.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

entubados, no Amazonas, necessidade de transferência de doentes entre estados pelo colapso nas redes públicas e privadas de diversos estados (Amazonas, Pará, Santa Catarina, entre outros). E no presente momento, não somente insuficiência de oxigênio em diversos estados, mas também o esgotamento dos estoques de insumos médicos para a sedação dos pacientes entubados, em nível nacional.

É certo que finalmente o país começou a realizar a vacinação da população. Mas, pelo fato de o governo federal não ter, em tempo hábil, realizado as negociações com os fabricantes para a aquisição das vacinas ou dos insumos próprios para que fosse possível a fabricação das mesmas em nosso país, não há vacinas suficientes para uma vacinação em massa, estando o país na dependência de conseguir as sobras de vacinas de países, como os Estados Unidos da América ou de uma futura fabricação que pode estender a vacinação até o final de 2021 ou ao longo de 2022.

Figura 2



Fonte: Our world in data

É possível perceber, do cotejo entre as figuras 1 e 2 que enquanto os casos de contaminação crescem em progressão geométrica, os números da vacinação sobem numa progressão aritmética lenta e incapaz de garantir um freio objetivo ou uma diminuição do cenário nacional da doença. Isso porque, menos de 10 por cento da população conseguiu

receber a primeira dose da vacina (7.1%) e nem três por cento da população nacional recebeu a segunda dose (2,41%), até o dia 01 de abril de 2021.

O resultado desse quadro, somado ao negacionismo oficial que influencia grande parte da população, é a perspectiva diariamente evidenciada, do aumento de contaminados, existência de novas cepas do vírus – como é o caso da variante brasileira do novo coronavírus, conhecida como P.1. ou variante de Manaus, comprovadamente mais grave e de alta contaminação.

3 OS DILEMAS BIO-JURÍDICOS CONSEQUÊNCIA DE ESCOLHAS POLÍTICAS NO CENÁRIO ATUAL DA PANDEMIA NO BRASIL

Diante das circunstâncias extremas expostas no presente ensaio – aumento do número de infectados, evolução rápida dos casos para uma maior gravidade, esgotamento da capacidade de existência de vagas nos hospitais - está cada dia mais colocada a questão da priorização de atendimentos a certos pacientes, que se apresentem sob certas condições em detrimento de outros.

O tema envolve **aspectos jurídicos e bioéticos**, na medida em que implica numa decisão externa, tomada pelo profissional médico - e com base em certos critérios posteriormente mencionados – que afeta diretamente o direito à vida de ambos os pacientes – aquele ao qual foi destinada primazia para a alocação dos recursos disponíveis e aquele que não se encontra em posição prioritária, dentre os quais merecem destaque os pacientes que se encontrem fora das possibilidades terapêuticas de cura (FPT).

Esse foi o objeto da ADPF 671 proposta, em março de 2020, pelo partido PSOL em que requeria que a União, estados e municípios procedessem a requisição administrativa da totalidade dos bens e serviços de pessoas jurídicas e físicas destinados à assistência à saúde prestados em regime privado durante o interregno da pandemia do COVID-19.

Aqui cumpre assinalar o que essa autora, em publicação anterior, já alertava, quanto à situação que se estaria por enfrentar, em *terras brasílicas*, mormente no que pertine às tarefas que dizem respeito ao Estado:

Isso porque tanto a abrangência quanto os limites do papel desempenhado pelo Estado e, em especial, os embasamentos de sua

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

legitimidade, do mesmo modo que o alcance e os limites dos direitos, da gestão dos recursos públicos e de novos investimentos são alvo de intensa polêmica, tais variáveis estão a demonstrar, inequivocamente, a existência de diferentes concepções no tecido social, mormente entre aqueles que são os detentores do poder de ação pública, onde cada um acredita que a sua visão, a sua ética são universais e deverão acabar predominando. (HOGEMANN, 2013, p. 107)

A Resolução 2156, de 28 de outubro de 2016, do Conselho Federal de Medicina-CFM, estabelece critérios para a admissão/alta de paciente em unidade de terapia intensiva. No entanto, o quadro de evolução da pandemia da COVID-19 no mundo tem posto à prova sistemas de saúde como um todo, mas em especial o sistema de saúde nacional, apesar de contar-se com um Sistema Único de Saúde – SUS, que é modelo de abrangência e eficiência, mundialmente reconhecido. Apesar disso, a dramaticidade das imagens noticiadas diariamente aclara e expõe, por si só, o desafio que os diversos países enfrentam para garantir suporte à demanda por atendimento médico-hospitalar e, nos quadros mais graves, de mecanismos de suporte vital e respiratório oferecidos pelas Unidades de Terapia Intensiva.

Justo apontar que o direito à saúde é um direito social fundamental, não sendo possível olvidar seu caráter de essencialidade, em razão da própria Constituição Federal de 1988, em especial, do que dispõe o seu artigo 196, a saber: “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.”

No Brasil, se ao tempo da elaboração do presente ensaio, as medidas de flexibilização estabelecidas pelos diversos estados e municípios, no início de 2021, diante de um prenho arrefecimento da doença tiveram, em decorrência, um resultado catastrófico: os casos aumentaram exponencialmente e a doença deixou de atingir, em especial, os grupos considerados até então como de risco (idosos e portadores de comorbidade como diabetes, obesidade insuficiências crônicas etc.) para alcançar, com maior virulência, em razão das novas cepas, a toda a população (incluindo jovens e crianças).

O retorno das medidas de isolamento social procura retardar, de algum modo, a curva de crescimento da doença. No entanto, as pressões do representante do governo federal para seu relaxamento, motivadas por temores relativos à ordem econômica, bem

como a notória e histórica precariedade das unidades de saúde pública, despertam temores e projeções funestas quanto a instauração de uma crise sanitária sem precedentes. De todo modo, se em 13 de abril de 2020, os casos confirmados eram da ordem de 23.430; os óbitos confirmados, 1.328 (5,7%); os óbitos novos, em 24h, 105, hoje, como já apresentado ao longo desse trabalho, as cifras de casos confirmados atingem a ordem de dezenas de milhões e os óbitos a casa das centenas de milhares.

Ironicamente, ao invés da requisição de leitos hospitalares da rede privada, objetivamente, não se tem notícia, enquanto as mortes seguem aumentando por todos os quadrantes das regiões do país. Ao contrário, em diversos estados a rede particular está direcionando seus doentes para os hospitais e centros de atendimento públicos, porque não conseguem mais dar vazão à demanda de doentes da pandemia. É o que se vê na matéria publicada pelo site g1.com.br, em 16 de março de 2021:

O secretário municipal da Saúde de São Paulo, Edson Aparecido, afirmou nesta terça-feira (16) que ao menos 15 hospitais da rede privada solicitaram 30 leitos ao estado porque estão sem vagas e há uma fila de pacientes com Covid-19 aguardando leitos.

"Nos últimos 4 dias, tivemos solicitação de 30 leitos de UTI e enfermaria para atender um conjunto de hospitais privados, de convênio, que estão com seus equipamentos completamente lotados e esgotados", disse Aparecido à rádio CBN. (G1, 2021)

Com o desastre do governo federal na condução do enfrentamento à pandemia, fica evidenciado, como nos números retro apresentados, que mesmo aqueles que pertencem às classes abastadas não têm garantias de que alcançarão um tratamento médico apropriado caso sejam infectados pelo coronavírus. Percebe-se, assim que conta da eleição do atual presidente está chegando para as classes dominantes. É o que aponta o economista, Batista Jr. (2021), quando assevera que “não chegou da mesma maneira que chegou para o pobre, óbvio, porque a classe média brasileira, as elites têm condições de se proteger mais. Mas todo mundo está correndo risco agora. Os hospitais da elite também estão com UTIs lotadas, falta de material, falta de pessoal, falta de insumos essenciais”. E destaca o fracasso da política econômica do governo atual, como mais um elemento que já faz a classe média questionar-se por suas escolhas político-eleitorais.

Se, de um lado, a universalidade do acesso foi assegurada no Brasil pela constituição de 1988 e foi possível definir-se a estruturação do Sistema Único de Saúde -

SUS, os cidadãos brasileiros se têm deparado com um sem-número de problemas que já comprometiam o bom desempenho do SUS antes desse cenário pandêmico se instalar.

Importa afirmar que mesmo com a existência dos planos de saúde privados, - hoje em franca expansão -, no curso de um processo objetivo de mercantilização da saúde, tem-se que na atual conjuntura de recrudescimento da pandemia, sequer estão a dar conta da demanda.

4 EM QUESTÃO OS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS E O FANTASMA DA MISTANÁSIA NUMA SOCIEDADE DE RISCO

O quadro apresentado em apartada síntese no presente ensaio, caracterizado por um avanço quase incontrolável da doença, requer que se leve em conta as limitações impostas pelos dados oficiais. Registros refletem os resultados dos testes aplicados, e o que se apresenta é a prevalência de uma grande subnotificação. É o que aponta o Relatório: Pandemia - Quadro Geral e Consequências para Região Nordeste, editado pela Fundação Joaquim Nabuco, já em maio/2020, no qual realizou um cotejo entre a situação pandêmica no Brasil, nos Estados Unidos da América e na Rússia, por serem os três países, à época, com o maior número de casos. A saber:

Considerando os três países com mais casos em 18 de maio, o Brasil é aquele que apresenta menor número absoluto de testes, 736.000 até agora, cerca de 10% do total de testes realizados pela Rússia e de 6% dos testes feitos nos EUA. Quando os números são relativizados pela população, atinge-se uma dimensão mais aproximada dessa subnotificação. Brasil realizou 35 testes por 100 mil habitantes, os EUA 373 e a Rússia 503. (2020)

Importante o registo dos números de casos naquele momento em que o país ainda figurava como o terceiro mais afetado e a quantidade de testes realizados, a demonstrar a ausência de uma política pública nacional de prevenção da doença, como é possível depreender:

Figura 3 Perfil Covid

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Tabela 1a - Perfil dos três Países mais afetados pelo Covid em 18/05/2020				
País	Casos	Mortes	Total de Testes	Testes por 100 mil hab.
EUA	1.510.000	92.000	12.330.000	373
Rússia	299.000	2.900	7.350.000	503
BRASIL	254.000	19.900	736000	35
Fonte: Worldometers em 19/05/2020				

Fonte: Worldometers, em 19/05/2020

As consequências dessa política, ou ausência de política nacional de realização de testes em massa, apostando em métodos e profilaxias mundialmente consideradas como ineficazes ou sem comprovação científica, como é o caso do denominado “kit covid”², revela-se nos quadros de evolução da disseminação da pandemia no país, como reproduzido na figura 1. A opção pelo risco fica devidamente evidenciada.

Essa sucessão de eventos aqui descritos empalma com as características que se apresentam numa dimensão largamente verificada das sociedades e que representa a denominada pós-modernidade³, cujos fundamentos basilares estão assentados sobre a desconfiança, imprecisão, insegurança, ambiguidade, obscuridade, inconsistência, vulnerabilidade, precariedade e instabilidade em todos os campos da ciência (HOGEMANN e SANTOS, 2015). A partir de tal premissa, Beck (1986) idealizou a expressão “sociedade de risco” como uma forma de alerta à comunidade quanto ao mal-estar causado pelo apego à superação dos limites da vida (e aqui se pode situar a primazia à recuperação da economia em detrimento à proteção da vida humana dos trabalhadores

² O “kit covid” consiste num pacote de medicamentos, tais como, Cloroquina, Hidroxicloroquina e Ivermectina. No caso específico dessa última, “seu uso para esse fim é desencorajado por entidades médicas e farmacêuticas, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e pela própria fabricante do medicamento”.)

³ Essa terminologia ganhou notoriedade na doutrina ao referir-se a era evoluída cunhada sob as explorações científicas e tecnológicas. Um dos primeiros autores a fazer menção ao termo foi Frederico Onís, na década de 1930, na Espanha ao descrever o refluxo conservador dentro do modernismo. Em 1970, David Antin, Jean-François Lyotard, Jurgüen Habermans entre outros pensadores deram maior difusão à denominação (Anderson, 1999, p. 9-43).

e trabalhadoras e seus familiares nesse momento pandêmico) e retratar o acidente nuclear ocorrido na cidade de Chernobyl (Ucrânia).

Uma análise da atual situação da saúde em nosso país está a comprovar que, se por um lado os avanços científicos e tecnológicos superaram expectativas, tornando a vivência comunitária mais ágil e cômoda (a agilidade das pesquisas realizadas em nível mundial na busca de vacinas para enfrentar o coronavírus são uma comprovação disso), por outro, inequívoco admitir que também provocaram perdas incomensuráveis à família, ao ecossistema, aos direitos individuais e coletivos, à paz entre os povos, aos valores religiosos, à memória cultural e à privacidade.

Estes são apenas alguns dos reflexos dessa sociedade pós-industrial que propagar-se-ão por gerações até que os seres humanos sucumbam diante do esforço contínuo para conquista da perfeição⁴ (BECK, 2010).

De todo modo, resta uma pergunta a ser respondida pela própria humanidade: qual seria a **origem do coronavírus** e como inicialmente foi transmitido ao ser humano? A resposta para essa questão vem sendo objeto de inúmeras pesquisas que se concentram na possibilidade de o morcego ter sido o vetor de transmissão aos humanos, tendo em conta que com todo o processo de urbanização acelerada, destruição dos habitats naturais nas floresta devastadas, esse animal teria cada vez mais se aproximado do habitat dos humanos em busca de alimento, sendo, possivelmente essa a causa original, pelo fato de os humanos não terem qualquer resistência a esse novo vírus tipicamente animal, de modo que “Mudanças climáticas, intervenção humana em áreas preservadas, caça e tráfico de animais silvestres e má condições de higiene em criadouros são fatores que facilitam o aparecimento de novas doenças” (MARIZ, 2020 p. 15).

Nesse século, a ciência e a tecnologia se interpenetraram e se desenvolveram, mas também tiveram sua utilização desvirtuada e se tornaram formas de dominação do ser humano sobre si mesmo – enquanto ente-espécie - e sobre a natureza, na medida em que

⁴ Seguindo a lógica desse pensamento, é digna de nota a afirmação de Beck (2010, p. 44) ao descrever que: “contido na globalização, e ainda assim claramente distinto dela, há um padrão de distribuição dos riscos no qual se encontra um material politicamente explosivo: cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente latentes efeitos colaterais rebatem também sobre os centros de sua produção. Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram. Isto pode ocorrer de diversas formas”.

na busca incessante pelo progresso, o ser humano se apartou da sua vocação essencial como ser de existência relacional com seus iguais e com as demais criaturas do planeta, se fechando em torno às pretensões, em nome do progresso, no entanto, muitas vezes, das mais mesquinhas, encerrado em si, ainda que sem perceber. Ao assim proceder, estava negando sua própria condição de sujeito. A dependência do consumo e do mercado caracterizou um novo tipo de sujeição universal. Essa diretriz se converteu em lei do modo de vida na civilização moderna.

A passagem do modelo de distribuição de riqueza na sociedade da escassez para a lógica da distribuição de riscos na modernidade tardia para alguns⁵, ou pós-modernidade refletiu historicamente nas seguintes perspectivas: a) ao mesmo tempo em que a tecnologia evoluiu para fabricação de novos produtos e serviços, também foram lançados, em paralelo, malefícios que atingiram a humanidade; b) a carência material dos indivíduos, decorrência do modelo capitalista burguês escolhido como ideal, ensejador de desigualdades e irrisignação por parte dos explorados, exigiu máximo esforço do Estado para garantia dos direitos, que, na maioria das vezes, não necessariamente ocorreu, convivendo a fortuna de poucos com o estado de miséria de muitos; c) cada vez mais os órgãos estatais se viram incapazes de suplantar ou, na maioria das vezes, politicamente não comprometidos em prover, exclusivamente, todos os encargos pela realidade objetiva; e d) se tornara indispensável o apoio e a cooperação, que se revela na solidariedade social, por parte dos envolvidos nesse processo não necessariamente evolutivo, a fim de moderar as perdas e melhor gerir a máquina pública.

A evidência dos vilipêndios à vida, decorrência natural de um mercado modernizante e pelas mercadorias evoluídas, revelou o sentido anacrônico dos discursos que tentam não mostrar as suas consequências degenerativas e perniciosas (BECK, 2010).

O ser humano continua a temer a si próprio, a despeito de todo o pretense progresso e da existência de diplomas legais internacionais que buscam evitar que novas desgraças se abatam sobre a humanidade, como é o caso das Declarações de Direitos.

⁵ O autor Anthony Giddens crê que a sociedade moderna tardia é uma radicalização e, portanto, uma continuação da modernidade, mas não uma substituição. Vide: GIDDENS, Anthony. Introdução: as discontinuidades da modernidade. In: GIDDENS, Anthony (1991). As consequências da modernidade. São Paulo: Editora da Unesp.

Razão pela qual, torna-se nítido que a luta milenar por direitos fundamentais corresponder a uma fatigante batalha do ser humano contra si mesmo.

Este caminhar de tremendas transformações (avanços técnicos louváveis, mas com grandes custos para a humanidade) levou a que fosse necessário o estabelecimento de freios e delimitações pelas balizas da Bioética - ciência colocada a serviço das tutela da vida, em todos os seus espectros -, fundada numa base principiológica que confere a primazia pela defesa da vida, como se vislumbra da Declaração Universal sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, feita pela ONU em 10 de novembro de 1975, descritos no art. 6º:

Todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais, quanto materiais, das possíveis consequências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico ou do grupo, em particular relativamente ao respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual.

Nessa perspectiva, a **Bioética** assumiu enorme relevância na órbita jurídica já que passou a definir os vetores para consolidação dos direitos fundamentais.

Entretanto, a atual situação da saúde pública no Brasil no curso do enfrentamento da pandemia pelo COVID-19 é uma clara demonstração do que Beck vislumbra em que uma a sociedade malconduzida por seus governantes, ao tentar olhar para o horizonte, se vê impotente e submissa aos riscos gerados pelo seu próprio comportamento (é o caso da recusa de muitos em usar a máscara, de evitar aglomerações e de seguir as recomendações da Organização Mundial da Saúde. – OMS).

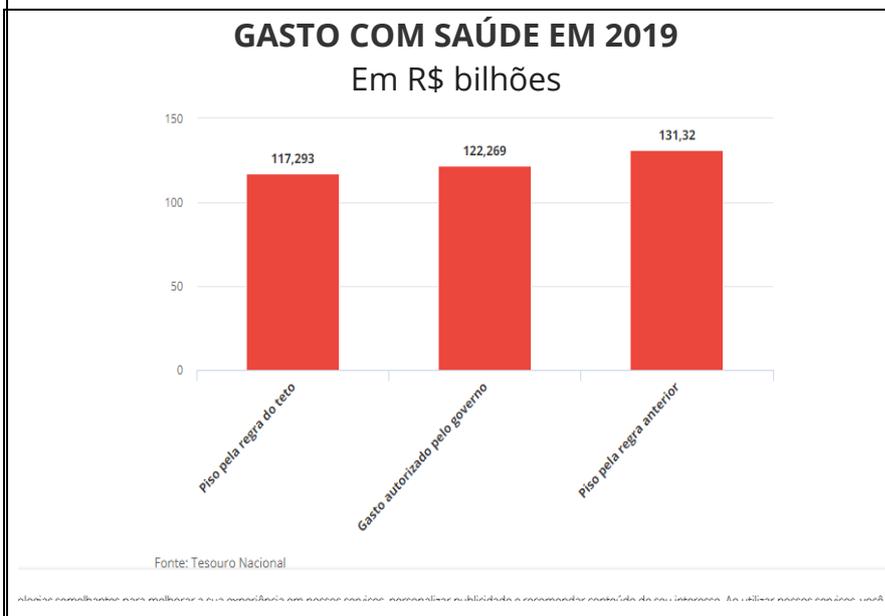
5 A REALIDADE OBJETIVA DOS CASOS DE MISTANÁSIA.

Hospitais lotados, esgotamento de recursos humanos e de insumos, estrutura precária da rede hospitalar pública, falta de profissionais de saúde para dar conta da demanda de casos da pandemia. Com baixo financiamento, o setor da saúde está à beira de um colapso no país. Faltam insumos básicos, equipamentos e leitos.

A isso se deve acrescentar a mudança na concepção do teto de gastos da União, por conta do novo regime fiscal estabelecido no ano de 2019 que significou uma redução

nominal de 9 bilhões de reais para a área da saúde e um aumento de 9,1 bilhões para a segurança, de acordo com os dados do Tesouro Nacional.

Figura 4 – Gasto com saúde



Fonte: Tesouro Nacional, 2019.

Ressalve-se que nosso país ocupa o 37º lugar na lista de gastos *per capita* na área de saúde, segundo informes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, que inclui os seis países mais ricos além dos 38 membros da organização.

E o resultado dessa situação caótica, infelizmente, é um sem-número de mortes evitáveis, em condições normais de assistência e cuidados. Está-se a falar da alta incidência de **mistanásia**, que é a morte devido a falta de recursos técnicos ou por erro ou omissão médicos.

Entenda-se que a eutanásia, - do grego “boa morte” -, é o termo que se refere às práticas voltadas a promoção de a morte indolor em um paciente cujo quadro clínico seja incurável e esteja desnecessariamente em sofrimento. De igual modo, a distanásia se refere a manutenção artificial e desproporcional da vida que resulta em uma morte lenta, muitas vezes, com sofrimento.

Os números da mistanásia no curso do evento pandêmico são assustadores, como o revelam as notícias divulgadas pelos jornais do país. Veja-se esse exemplo sintomático, a partir dos dados do maior estado do país, tanto em desenvolvimento econômico quanto em população, apontados em 01 de abril de 2021, no portal de notícias G1:

Ao menos 496 pessoas com Covid-19 ou suspeita da doença não resistiram à espera por um leito de UTI e morreram no mês de março no estado de São Paulo. O número representa 3,2% do total de 15.159 mortos em março, o mês mais letal da pandemia. O levantamento é do G1 e da TV Globo.

Sumaré, na região de Campinas, é a cidade do estado que registrou mais mortes na fila: 81. Seguida por Franco da Rocha, na Grande São Paulo, com 48, e Bauru, com 47.

Entre as vítimas, há um menino de três anos e uma jovem de 25, sem doenças prévias, no interior do estado.

Os pacientes estavam cadastrados no sistema de regulação de transferências do estado, mas não resistiram até chegar a vaga, de acordo com a Secretaria da Saúde.

A ocupação geral de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) nas redes pública e privada estava em 89,9% no estado e em 88,5% na Grande São Paulo nesta quarta (31). O número total de pacientes internados no estado é de mais de 31 mil pessoas. (G1, 2021)

Com o aprofundamento dos debates bioéticos em torno da situação do sistema de saúde nacional, três situações podem ser tipificadas como mistanásia: primeiro, a morte daquelas pessoas que não chegaram a se tornar pacientes, na medida em que não conseguem ser atendidas pelo sistema de saúde pública disponível, por sua insuficiência diante do quadro pandêmico que se apresenta, incluindo aí os portadores de outros acometimentos clínicos diversos da Covid-19; segundo, a ocorrência da morte dos pacientes que, embora atendidos pelo sistema de saúde, venham a ser vítimas de alguma forma de erro médico/hospitalar; terceiro, a morte daqueles pacientes que são vítimas de práticas de má gestão, ou questões econômicas, científicas ou sociopolíticas, como no caso do estado do Amazonas que registrou uma alta de 41% no número de óbitos em consequência da crise de abastecimento de oxigênio em Manaus/AM.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde situa-se no rol dos direitos humanos reconhecidos constitucionalmente, expressamente a partir da Constituição de 1988. Entretanto, mesmo com as diretrizes apontadas no Relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde - CNS e acompanhadas pela Constituição Federal de 1988, a realidade objetiva brasileira demonstra que o direito à saúde não adquire efetividade, tão somente, por conta de uma formal positivação, pois requer uma consolidação objetiva que somente se faz possível por intermédio de um conjunto de políticas públicas hábeis, mormente diante das situações de excepcionalidade, em termos de saúde pública.

A propagação cruel e célere do vírus chamado “Coronavírus” no seio social, desencadeou reflexos e violações aos Direitos fundamentais na esfera trabalhista, econômica, social, pessoal, emocional, política, cultural e humanística, gerando problemas jurídico-constitucionais na órbita nacional e internacional.

Cria-se uma sociedade em mudança com novas formas de trabalho, novas doenças e novos relacionamentos, com um despreparo do Estado, tal como demonstrado ao longo do presente ensaio, para agir de forma rápida e assertiva nas formas de contágio e na vacinação acelerada.

Vive-se um novo estado de exceção, com formas de controle e vigilância, perante a doçura e obediência dos chamados sujeitos biopolíticos, em presença da necropolítica, onde o Estado se utiliza do biopoder e em suas tecnologias de controlar populações, uma política que decide quem vive e quem morre, ou seja, uma triste realidade de esperas por uma vaga na UTI e mortes em crescimento, decorrência de verdadeira mistanásia aplicada em massa.

As respostas governamentais até agora dadas à questão de como proceder diante de um inimigo público nunca dantes enfrentado como é o caso da pandemia por coronavírus, o COVID-19, de acordo com os números aqui expostos estão a demonstrar que algo vai muito mal.

Diante dessa problemática, que está na raiz de dificuldade reiteradamente indicada como prioritário para os diferentes segmentos da população brasileira, reitera-se a relevância da busca da efetividade da universalização do Direito à Saúde e do combate

ao negacionismo como forma de resposta às questões candentes suscitadas pelo inusitado momento que a saúde pública enfrenta diante da pandemia por COVID-19.

7 REFERÊNCIAS

AGAMBEN Giorgio (2004) Estado de exceção; tradução de Iraci D. Poleti. – São Paulo: Boitempo.

BATISTA JR. Paulo Nogueira. (2021). A conta do desastre Bolsonaro já chegou para a elite. brasil247.com/economia/a-conta-do-desastre-bolsonaro-ja-chegou-para-a-elite-diz-paulo-nogueira-batista-jr

BECK, Ulrich (2010). Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34.

BRASIL, Ministério da Saúde; Secretaria Executiva. Sistema Único de Saúde (SUS) (2000): princípios e conquistas. Brasília: Ministério da Saúde.

BRASIL, Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1994). Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, reimpr., Coimbra, Coimbra Ed.,

Conselho Federal De Medicina- CFM. Resolução 2156, de 28 de outubro de 2016. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=331807>.

FORSTHOFF, Ernst (1986). Problemas Constitucionales Del Estado Social In Abendroth, Wolfgang, Forsthoff, Ernst & Doehring, Karl, El Estado Social, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,

FORSTHOFF, Ernst (1986). Concepto Y Esencia Del Estado Social De Derecho In Abendroth, Wolfgang, Forsthoff, Ernst & Doehring, Karl, El Estado Social, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

GIDDENS, Anthony. (1991). Introdução as discontinuidades da modernidade. In: GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade. São Paulo: Editora da Unesp,

GRAU, Eros Roberto (1991). A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), 2ª ed, São Paulo, RT,

HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues dos Santos (2013). Conflitos Bioéticos. Rio de Janeiro: Saraiva,

HOGEMANN, Edna Raquel & Santos, Marcelo Pereira (2015). Sociedade de Risco, Bioética e Princípio da Precaução, in Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 12. n.24. p.125-145.

Kit Covid: o que diz a ciência? <https://www.medicina.ufmg.br/kit-covid-o-que-diz-a-ciencia/>.

MARIZ, Fabiana. Covid-19: como o vírus saltou de morcegos para humanos.in: Jornal da USP. <https://jornal.usp.br/ciencias/covid-19-como-o-virus-saltou-de-morcegos-para-humanos/>.

MBEMBE, Achille (2018). Necropolítica. 3. ed., São Paulo: n-1 edições, 80 p.p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (2008). Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade; finalidade; eficiência; resultado. Belo Horizonte: Fórum.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/ediacao031/roger_rios.html.

DOCTRINA
ESTRANGEIRA

Submetido em
20/10/2020
Aprovado em
26/02/2021

HOW MARKET INSTRUMENTS AND THE ECONOMY CAN CONTRIBUTE TO THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT

COMO OS INSTRUMENTOS DE MERCADO E A ECONOMIA PODEM CONTRIBUIR PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Michael Faure¹

ABSTRACT

It is common to correlate development with environmental degradation, economic as a general cause and effect relationship, however the issue is a little more complex, this article intends to address more comprehensively a relationship between economic development and environmental protection, this will be the central object of the article. To deal with this intricate relationship, environmental policy should not be understood only as a restriction tool, the environmental regulatory function is not limited to the control/sanction binomial, in its implementation it must be included as determining factors for innovation and economic growth must be included as determining factors. Economics and, more particularly, the promotion of market-based instruments can therefore contribute to the construction of a more developed environmental law and policy. It is these market-based instruments that will be the central focus of this contribution, focusing on the interdependencies between

RESUMO

É comum correlacionar o desenvolvimento econômico com a degradação ambiental, costuma ser visto como uma relação de causa e efeito, contudo a questão é um pouco mais complexa, esse artigo pretende abordar de forma mais abrangente a relação entre o desenvolvimento econômico e a salvaguarda ambiental, esse será o objeto central do artigo. Para tratar dessa intrincada relação, não se deve entender a política ambiental somente como uma ferramenta de restrição, a função regulatória ambiental não se limita ao binômio controle/sanção, na sua efetivação deve ser incluído como fatores determinantes a inovação e o crescimento econômico. A economia e, mais particularmente, a promoção de instrumentos baseados no mercado podem, portanto, contribuir para a construção de uma lei e política ambiental mais desenvolvida. São esses instrumentos baseados no mercado que serão o foco central desta contribuição, centralizando-se nas interdependências

¹ Professor of Comparative and International Environmental Law, Maastricht University, and Professor of Comparative Private Law and Economics, Erasmus University Rotterdam, The Netherlands. Email: michael.faure@maastrichtuniversity.nl

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

economy and environmental quality, thus showing that the economy is not necessarily a threat to environmental protection, on the contrary, it could contribute to greater protection of the environment. Thus, the present work is presented in three parts. Initially, a literature review will be undertaken that empirically analyzed the relationship between economic growth and environmental quality, known as the Environmental Kuznets Curve. Subsequently, it seeks to demonstrate how some market instruments can play a central role in an efficient environmental policy. In the following topic, an approach will be made to these instruments and their applicability in different realities, such as developing countries, integrating their specificities and conditions. In the “Concluding remarks”, a closing is carried out debating the main conclusions.

KEYWORDS

Environmental and Economic Development. Sustainability. Social and Environmental Regulation. Green Economy.

entre economia e qualidade ambiental, mostrando assim que a economia não é necessariamente uma ameaça à proteção ambiental, pelo contrário, poderia contribuir para a maior proteção do meio ambiente. Dessa forma, o presente trabalho é apresentado em três partes. Inicialmente, será empreendida uma revisão da literatura que analisou empiricamente a relação entre crescimento econômico e qualidade ambiental, conhecida como Environmental Kuznets Curve. Posteriormente, busca-se demonstrar como alguns instrumentos de mercado podem desempenhar um papel central em uma política ambiental eficiente. No tópico seguinte, será realizada uma abordagem desses instrumentos e sua aplicabilidade em realidades distintas, como os países em desenvolvimento, integralizando suas especificidades e condições. Nas “Observações finais”, realiza-se um fechamento debatendo as principais conclusões.

PALAVRAS-CHAVE

Desenvolvimento Ambiental e Econômico. Sustentabilidade. Regulação Socioambiental. Economia Verde.

1 INTRODUCTION

A question that has always arisen in environmental policy is whether economic development and economic growth are necessarily incompatible with environmental protection. At first sight, this seems indeed to be the case. If there would be no industrial activity or other type of economic activity there would be no environmental pollution either. However, it would be too simple to assume that economic growth and economic welfare would necessarily lead to more environmental pollution. The relationship between economic growth and environmental quality is slightly more complicated as I plan to show in this contribution.

The starting point for an economic approach to environmental policy is that environmental pollution can be considered as an externality. Pollution is a consequence taking place outside of the decision-making as a result of which the market will not require the decision-maker to pay for those costs. These side effects are external to the industrial activity itself, since the company committing the pollution is in principle not affected by the negative side effects it causes by its actions. Pollution could be reduced to optimal levels by forcing the decision-makers to internalize those external costs, in other words by ensuring that they bear the costs of injuries and damages they impose on third parties. The goal of environmental law and policy is therefore to force the potential polluter to include in her decisions the damages caused by the pollution emitted by her activity choices. That would imply that the externalities are internalized into her decision-making process. From an economic perspective, the need for environmental law and policy is therefore clear. To the extent that law and policy are able to force polluters to this internalization of the externality, economic welfare and environmental quality can be reconciled. That is of course also expressed in the notion of sustainable development.

Environmental law and policy can, moreover, under particular conditions even stimulate economic growth or at least not endanger it. It has especially been Harvard professor Michael Porter who in many publications has pointed at the relationship between environmental regulation, innovation and economic growth.¹ He showed, both at the firm level as well as at the country level, that stringent environmental regulation

¹ Porter 1991 and Porter & Van der Linde 1995.

should not restrict companies' profits, but that the efforts to comply with environmental regulation will force firms towards innovation, which in turn will also lead to a generally higher profitability of those environmentally innovative firms. This has been known as the Porter hypothesis. Increasingly, the Porter hypothesis is also enjoying empirical support.²

The crucial question is, however, which instruments within environmental law and policy, are those that can promote sustainability in an optimal manner. Increasingly, the idea has been promoted that so-called incentive-based, "market-based" or "economic" instruments should be used. Economists have strongly argued that these incentive mechanisms can lead an operator to optimally internalize the externality at the lowest cost. It is based on the economic premise that a particular actor, more particularly the polluter, bases his decision on a cost-benefit analysis. Increased costs (resulting from for example the threat of having to pay a tax or to buy pollution rights) would lead to costs that would be higher than the benefits to the polluter and could therefore correct his behavior. The advantage of those market-based instruments is that the government would not mandatorily tell polluters how to internalize the externality, but would rather impose a price on pollution. Subsequently the market mechanism would drive polluters to invest in research and technology in order to develop smart, innovative technologies that could reduce environmental pollution at the lowest costs. Economics and more particularly the promotion of market-based instruments can therefore teach how a "smart" environmental law and policy can be developed. It is these market-based instruments that will be the core focus of this contribution. But in fact, more generally, I will investigate interdependencies between economics and environmental quality, thus showing that the economy is not necessarily a threat to environmental protection, but could rather contribute to the protection of the environment.

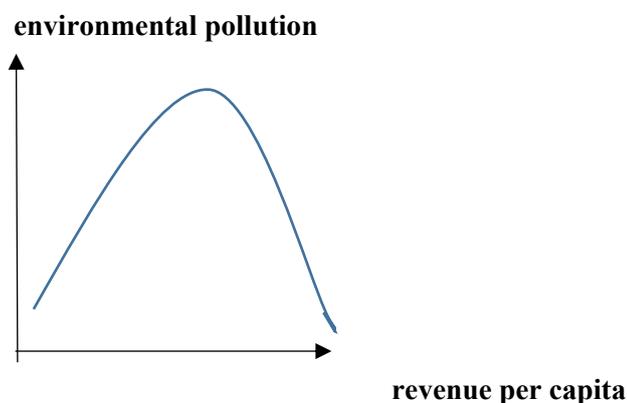
I will develop this argument along three different lines: after this introduction, I will first pay attention to an important literature that has empirically analyzed the relationship between economic growth and environmental quality, known as the Environmental Kuznets Curve (2). I will then turn to the efficiency of specific environmental policy instruments and show how more particularly market-based

² Ambec et al. 2013.

instruments could play a role in a smart environmental policy (3). However, the question arises whether the mix of instruments that might be optimal in theory would also be optimal in the context of developing countries, for example in Latin-America. After all, this instrument mix is often designed on the basis of assumptions about the availability of human capital in a bureaucracy and public servants working in the public interest. If, as is often the case in developing countries, those conditions would not be met, the question arises whether that leads to a different instrument mix for environmental policy (4). Section 5 concludes.

2 ENVIRONMENTAL KUZNETS CURVE

The idea of the Environmental Kuznets Curve (EKC) is named after the Nobel prize winner Simon Kuznets who wrote on the relationship between income inequality and income levels in a country.³ Since the 1980s scholars have also applied this concept to environmental pollution, establishing an empirical relationship between measures of environmental quality and national income.⁴ This literature showed an inverted u-shaped relationship, meaning that in a first phase of economic development (at low income levels) increasing economic development led to increasing environmental degradation. However, there is a certain turning point (the top of the inverted u-curve) where income levels have increased to such a point that a demand for higher environmental quality emerges and where hence increased economic welfare leads to increased environmental improvements:



³ Kuznets 1955, 1-28.

⁴ Grossman & Krueger 1993, 13-56; Grossman & Krueger 1995 353-377.

This work has especially become known through the World Bank which referred to it in its World Development Report 1992. The normative lesson that was drawn from this literature was that developing countries would have an interest in fighting poverty and increasing income levels, since this would also lead to higher levels of environmental quality. This vision has strongly been voiced by Beckerman, who was involved in drafting the 1992 World Development Report of the World Bank.⁵ He for example holds ‘it is fairly clear that the best way to improve the environment of the vast mass of the world’s population is to enable them to maintain economic growth’ and ‘the strong correlation between incomes and the extent to which environmental protection measures are adopted demonstrates that, in the longer run, the surest way to improve your environment is to become rich’.⁶

There are different reasons why, theoretically, the EKC may work, in other words why higher income levels in a country could lead to lower pollution levels.⁷ A first reason is that when income grows there may be a tendency for a larger share of total demand to consist of services, rather than of manufactured goods; second, general technological progress can lead to greater efficiency in the use of energy and materials. This is strongly related to the work of Michael Porter, already mentioned in the introduction, which holds that environmental improvement does not necessarily come at the expense of competitiveness. Porter showed that increased environmental performance can also lead to increased competitiveness.⁸ This has been known as the “Porter hypothesis”, showing that countries (and companies) may benefit from investments in environmental protection since this can increase competitiveness. There is also increasing empirical support for this Porter hypothesis.⁹ The increase of income can also lead to changing preferences of the population: once the basic needs are satisfied, the population may value a clean environment, especially since it wants to enjoy free time and recreate in a clean environment. In the words of Arrow et al. “People spend proportionally more on

⁵ Beckerman 1992, 481-496.

⁶ Beckerman 1992, 491.

⁷ Strand 2002, 6-8.

⁸ Porter & Van der Linde 1995.

⁹ There is also increasing empirical support for this Porter hypothesis, see Ambec et al. 2013, 2-22.

environmental quality as their income raises”.¹⁰ Another reason is that developed nations may dump emissions linked to their production in developing economies.¹¹

There is empirical evidence to support the EKC, but the evidence does not provide an equivocal result.¹² The EKC has been studied *inter alia* for Latin-America by Cansino et al.¹³ and Jimenez et al.,¹⁴ but also for China¹⁵ as the question obviously arises whether China has already reached the tipping point where higher income levels reduce pollution levels. There is some empirical evidence to support that hypothesis, but it strongly depends upon the type of pollutants involved.¹⁶ According to Chen et al. the EKC pattern may not be valid for the situations of more wicked pollution.¹⁷

What are the lessons from the EKC literature at the policy level? A simplistic approach could be that the best way for a nation to promote environmental protection would be to promote economic growth. This has been qualified by Ayres as ‘false and pernicious nonsense’.¹⁸ That conclusion would be too unbalanced. Economic growth as such is not a panacea for environmental quality.¹⁹

The data used to develop the EKC also show that there are considerable differences in environmental performance between countries with a similar level of economic development – a pattern the curve fails to explain. The methodology and economic techniques of extant EKC research have been questioned due to controversial empirical research.²⁰ It has more particularly been the contribution of Dan Esty and Michael Porter who examined empirically to what extent not only income levels, as suggested by the Environmental Kuznets Curve literature, but also a nation’s regulatory regime influence environmental quality. The result of this powerful research, based on an examination of regulatory intensity and environmental quality in a great number of developed and developing countries, is that economic development and environmental

¹⁰ Arrow et al. 1995, 92.

¹¹ Sun et al. 2019.

¹² For a summary, see Faure 2011, 388-390.

¹³ Cansino, Román-Collado & Molina 2019, 1-20.

¹⁴ Jimenez et al. 2019, 1-11.

¹⁵ Yang et al. 2018, 1-15.

¹⁶ Gui, Faure & Xu 2017; Yang et al. 2018.

¹⁷ Chen, Hu & Van Tulder 2019.

¹⁸ Ayres 1995.

¹⁹ Arrow et al. 1995, 93.

²⁰ Chen, Hu & Van Tulder 2019.

protection go hand in hand with the improvement of a country's institutions and more particularly the environmental regulatory regime.²¹ They find that not only the rigour and structure of environmental regulations have a particular impact on environmental performance, but also the enforcement. The empirical evidence hence suggests that a country can benefit environmentally not only from economic growth, but equally from developing the rule of law and strengthening its governance structures.²² Interestingly, they also found evidence that countries that adopted a stringent environmental regime relative to their income were able to speed up economic growth rather than retarding it.²³

These data suggest that the quality of environmental regulation also plays an important role in determining the environmental performance of developing countries. An important policy conclusion from this empirical literature is that, even though the Environmental Kuznets Curve indicates a relationship between economic growth and higher environmental quality, the lesson is not that environmental law does not matter. To the contrary, Esty and Porter could show convincingly that strengthening the regulatory structure also encourages the promotion of environmental quality.²⁴ An important lesson from this literature is therefore that merely stimulating economic growth will not automatically lead to improved environmental quality. That strongly depends on the quality of environmental regulation. This therefore raises the question what specific instruments need to be employed in order to provide optimal incentives to operators for internalizing the externality caused by environmental pollution.

3 SPECIFIC INSTRUMENTS

Many instruments could in principle be employed to incentivize a polluter towards an internationalization of the externalities. Each of those have particular strengths and weaknesses which will be reviewed in turn.

²¹ Esty & Porter 2000; Esty & Porter 2005.

²² Esty & Porter 2005.

²³ Ibid.

²⁴ See further, more particularly on the role of environmental NGOs, Binder & Neymayer 2005.

3.1 Liability rules

Civil liability has been stressed as one of the more robust tools in correcting the problems of internalizing environmental externalities.²⁵ The essence of a rule of civil liability is that it forces, when particular conditions are met, polluters to compensate victims. By holding polluters liable, the liability rule also leads to deterrence. Under civil liability there is no prescription of a particular behavior like for example the use of a specific emission standard or technology. Under civil liability the polluter remains permitted to pollute, as long as he is able to pay the price, i.e. to pay the adjudicated damages to the victim. In that sense a liability rule can be considered as a price mechanism, just like taxes or subsidies.²⁶ There is substantial empirical research showing that environmental liability does indeed have the desired deterrent effect and indeed influences the behavior of potential polluters.²⁷

Much research is also devoted to the question of whether environmental liability should be deterred through a negligence or a strict liability rule. Economic literature has often advanced strict liability for environmental pollution, since it provides the potential polluters optimal incentives for accident reduction.²⁸ Empirical research, for example, by Alberini and Austin, indeed confirmed that the imposition of strict liability in state environmental policies reduced unintended pollution releases.²⁹ Firms therefore show behavioral responses of avoiding liability “when they are strictly liable for releases of hazardous chemicals into the environment”.³⁰

However, the same authors also found the remarkable result that in states with strict liability, a greater spill severity and frequency could be found, which was associated with smaller production units and thus reduced assets, whereas this phenomenon was not found in states following negligence-based liability.³¹ At first sight, this surprising result (more severe pollution cases under strict liability than under negligence) seems to deny the assumption of the literature that strict liability would provide better incentives for prevention. However, the same economic literature has equally indicated that strict

²⁵ Shavell 2011.

²⁶ Wiener 1999, 706-709.

²⁷ For an overview see Faure 2012, 301-303.

²⁸ See e.g. Shavell 1980, 2-3. But see e.g. Pozzo 1996, 111.

²⁹ See Alberini & Austin 2001, 112.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

liability could indeed lead to perverse results if polluters were potentially insolvent, meaning that the losses could be higher than their assets.³² The fact that Alberini and Austin hence found that under strict liability firms organize themselves in smaller production units with reduced assets precisely confirms the assumption in the literature that strict liability is efficient only if a remedy for the insolvency problem can be found. The normative conclusion from this empirical research is hence not that the policy maker should not introduce strict liability for environmental pollution, but rather that if a serious insolvency risk exists, the introduction of strict liability should be accompanied with solvency guarantees, such as the introduction of compulsory insurance.³³ Otherwise, strict liability may exactly have the effect of driving polluters to reduce the assets that are exposed to liability.³⁴

3.2 Regulation

The alternative, which is de facto most often used as environmental policy, is regulation by the government. Economists often qualify this as “command and control” rules. They consist of an administrative system based on licenses, permitting and standard-setting by administrative agencies. An impressive amount of literature is devoted to the effectiveness of environmental regulation. Thereby attention is paid to the question under what conditions the so-called command and control regulation may or may not be more effective than the so-called economic or market-based instruments.³⁵ The theoretical starting point for regulation is a classic paper by Shavell indicating that information on optimal abatement techniques may often be better with government and, since, as mentioned before, insolvency problems can arise and for a number of reasons, a liability suit for environmental damage can never be brought,³⁶ regulation may be more

³² See Shavell 1986, 45. See generally Cooter 1984.

³³ See e.g. Jost 1996, 259-260; Polborn 1998, 141-143.

³⁴ For an overview of the literature concerning the incentive impacts of environmental liability, see also Earnhart 2004, 100-101.

³⁵ See generally Johnston 2007; Johnston 2002-2003.

³⁶ For example, because the damage can be widespread, victims can believe damage has natural causes, victims cannot be identified, long latency periods and problems of causation may exist. See Shavell 1984a, 363, 370.

effective to control environmental pollution than private law instruments like liability rules.³⁷

There seems to be substantial empirical evidence of this relative effectiveness of safety regulation in controlling environmental harm. More particularly, Dewees demonstrated in various studies that in North America the quality of the environment has improved substantially as a result of regulatory efforts, and not so much in response to legal action in tort.³⁸ Dewees, Duff, and Trebilcock held that the large regulatory efforts to improve the environment have been met with considerable success when measured by the reduction of emissions.³⁹ However, they equally stressed that while environmental regulation is a determining factor in pollutant emissions and ambient concentrations, other non-regulatory factors, such as economic growth and even the weather, also influence environmental quality.⁴⁰ The fact that economic growth strongly correlates with environmental quality of course corresponds with the literature on the Environmental Kuznets Curve, discussed above.⁴¹

An impressive amount of research is also devoted to the fact that, notwithstanding the beneficial effects of regulation, regulation always entails the danger that it may not be welfare improving, but may rather serve the interests of particular groups in society. The application of this so-called interest group theory of regulation has been strongly advanced by the Public Choice school.⁴² Maloney and McCormick were probably the first to show that with environmental regulation, industry will try to change the contents of the regulation to its advantage.⁴³ They argue that industry, realizing that environmental regulation is unavoidable, will cooperate with the development of the regulation and try to change the contents to its advantage.⁴⁴ A classic example is the introduction of so-

³⁷ Ibid., 368-371. See generally Wittman 1977 (analyzing the choice between using legal as opposed to market solutions to policy problems by reference to input and output monitoring procedure); Shavell 1984b, 271 (building further on Wittman's work and discussing the factors involved in determining which alternative should be preferred in a given situation).

³⁸ Dewees 1992a, 158-163; Dewees 1992b, 463-464.

³⁹ Dewees et al. 1996, 315.

⁴⁰ Ibid., 307.

⁴¹ See supra 2.

⁴² See generally Shaw 2002 (discussing Public Choice Theory, which models the way that interest groups affect collective decision-making, and noting that congressional representatives from northern industrial states used the 1977 Clean Air Act amendments to reduce competition).

⁴³ Maloney & McCormick 1982, 108.

⁴⁴ Ibid.

called “grandfather clauses,” which stipulate that the regulation will not be applicable to firms or products, which are already active on the market.⁴⁵ Nash and Revesz showed that new regulations with grandfather clauses will retard the introduction of new, clean plants and will keep inefficient plants operating longer than they otherwise would.⁴⁶ There is, of course, also ample evidence that the grandfathering of emission rights under the European Emission Trading Scheme seriously reduced incentives of industry for pollution abatement.⁴⁷

Public Choice Theory also predicts that if it were possible to organize a countervailing power against industry lobbying, a kind of competition between various pressure groups could emerge, the result of which may be closer to the optimum than when government is only lobbied by pressure groups representing industry interest.⁴⁸ Binder and Neymayer present some powerful empirical evidence of this for the environmental area.⁴⁹ They provide a systematic quantitative test of the relationship between the strength of environmental NGOs and air pollution levels.⁵⁰ They find that environmental NGOs exert a statistically significant impact on sulfur dioxide, smoke and heavy particulates concentration levels, based on a cross-country time series regression analysis.⁵¹ This recent paper thus provides an important empirical backing for something environmental lawyers have long advocated: public participation and NGO influence will effectively help to achieve lower pollution levels.⁵²

3.3 Command and control versus market-based instruments

An impressive amount of literature has dealt with the various aspects of comparing the traditional command and control approach via regulation with more incentive-based mechanisms, referred to as economic or market-based instruments.⁵³ One lesson from this literature is that it is impossible to compare general regulation with market-based

⁴⁵ Ibid., 101 (utilizing the Clean Air Act as an example of such “deferential pollution-control requirements”).

⁴⁶ Nash & Revesz 2007.

⁴⁷ Endres & Ohl 2005; see also Olsen 2006; Woerdman et al. 2008, 128-129.

⁴⁸ See generally Becker, 386, 394-395 (asserting that non-cooperative competition between pressure groups for political influence favors efficiency).

⁴⁹ Binder & Neymayer 2005, 530-531.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid., 531.

⁵² Ibid., 537.

⁵³ For an excellent summary, see generally Revesz & Stavins 2007; Johnston 2007.

instruments, since the superiority of the one or the other is very much dependent upon the specific context, type of pollutant regulated, institutional design, etc. It is indeed not difficult to point to research showing that a regulatory approach can lead to significant reductions of, for example, waste water emissions, and encourage the implementation of less polluting production techniques in the long run.⁵⁴ As long as command and control approaches are designed with at least one eye on cost savings, incentive based systems are not necessarily superior to command and control.⁵⁵ Therefore one has to be careful with too sharply distinguishing the two. After all, command and control approaches also include a wide variety of measures, some of which are quite crude, but others which produce results as efficient as economic incentives.⁵⁶ One should keep in mind that one has to be very careful with those types of comparisons. Now a few examples of success stories of market-based instruments, at least as far as reducing emissions is concerned, will be provided based on empirical literature. That does not, however, necessarily imply that similar results could not have been reached with a regulatory approach.⁵⁷

3.4 Taxation

An alternative to government regulation was already advocated as early as the 1920s by Pigou. The basic idea is to use financial instruments to correct the externality. The polluter could be taxed according to the amount of pollution emitted, giving the polluter better incentives. But a wide variety of tax-reducing incentives are possible to achieve pollution reduction and more particularly for innovative investments in pollution reduction tools. There is quite a bit of literature providing evidence of the successes obtained with environmental taxation. In the Netherlands, “water pollution by 14 industries responsible for 90% of total water pollution decreased by 50% between 1969 and 1975, and by another 20% by 1980.”⁵⁸ Half of this reduction was, so the evidence shows, due to an effluent charge.⁵⁹ A similar success story comes from Germany where various scholars provided evidence that a system of charges on waste water led to a

⁵⁴ See Stephan 1988, 403.

⁵⁵ Oates et al. 1989, 1240.

⁵⁶ Oates 1990, 292-293; see generally Oates 1996.

⁵⁷ For an overview of the literature, see Stewart 2000, 203-218; Ackerman & Stewart 1988, 185-186; Stewart 1988, 159-161.

⁵⁸ Dewees et al. 1996, 326-327.

⁵⁹ Ibid.

considerable reduction of emissions.⁶⁰ Interestingly, most of these European legal systems had, and still have, a combination of effluent charges with emission standards.⁶¹ Still the evidence shows that these significant investments in water treatment plants were not only due to the threat of sanctions in case of violation of emission standards, but also to taxation.⁶² Comparative research by Bongaerts and Kraemer comparing the water pollution charges in France, the Netherlands, and Germany came to the same conclusion: that effluent charges provide a strong incentive to invest in water pollution abatement equipment.⁶³ The authors argue that the effect is especially strong in Germany where the charges are reduced by fifty percent for emitters who meet the emission standard.⁶⁴ Also, a study by Morley on environmental taxation in EU member states and Norway confirms a significant negative relationship between taxes and pollution.⁶⁵ That study hence confirms that the current use of environmental taxes to reduce the EU's levels of pollution appear to be having some effects.⁶⁶

One should, however, not immediately become overly enthusiastic, since there is equal evidence that the special interest groups, of which we mentioned before, affect the quality of regulation and can also be active when it comes to designing a taxation system. It is, for example, remarkable that pollution permits are introduced on a large scale in the United States, but that taxation systems were traditionally more popular in Europe than in the United States.⁶⁷ Buchanan, together with Tullock, has argued that this should not come as a surprise, since firms will prefer emission standards or emission trading, especially when emission rights are grandfathered, to taxes.⁶⁸ Standards have the advantage that they can serve as a barrier to entry to new firms, thus raising the profits of existing firms.⁶⁹ Taxes on the other hand do not preclude entry by new firms and represent an additional cost to the existing firms on the market.⁷⁰ It should not come as a surprise

⁶⁰ Brown & Johnson 1984, 933-937, 943-945, 962-963; see also Frey 1972, 151.

⁶¹ Laskowska & Scrimgeour 2002.

⁶² Brown & Johnson 1984, 932-933, 962.

⁶³ Bongaerts & Kramer 1987, 15.

⁶⁴ *Ibid.* See also Laskowska & Scrimgeour 2002, 14 (arguing also that it is difficult to disentangle the separate effects of charges and emission standards and listing various taxes).

⁶⁵ Morely 2010.

⁶⁶ *Ibid.*, 15.

⁶⁷ Buchanan & Tullock 1975, 142.

⁶⁸ *Ibid.* 142-146.

⁶⁹ Hahn 2000, 107.

⁷⁰ *Ibid.*

that interest groups representing industry will oppose taxation, and that as a result, charges are rarely introduced “in their textbook form.”⁷¹ Moreover, governments often use fees as a revenue-generating device for public services rather than as an instrument of environmental policy, as predicted by economic theory.⁷² As a result there is also a lot of evidence of inefficient environmental taxation, and not surprisingly the likelihood of these inefficiencies increases as the power of the interest group involved grows.⁷³

3.5 Emissions trading

Whereas environmental taxes and charges on emissions were popular in Europe, emission trading started in the United States.⁷⁴ Hence already since the 1980s there has been overwhelming American research to show the effectiveness of trading in pollution rights. Making a random selection, one can for example, refer to research by Wallace Oates from 1986 concerning the well-known United States emission trading system for air pollutants.⁷⁵ He reports that this trading system has made real headway in certain regions and that the system has been successful.⁷⁶ Also, Hahn and Hester claim that the trading programs concerning the Clean Air Act have led to considerable cost savings, albeit that the cost savings may have been less than anticipated.⁷⁷ A problem is that trading may in some cases have increased emissions, more particularly where the pollution rights that were sold were previously not being fully utilized by the owner.⁷⁸ Nevertheless, the SO₂ cap and trade program has been qualified as a “living legend” of market effectiveness and “the total annual health benefits associated with the SO₂ emission reductions under the program” are estimated to be more than \$50 million per year in 2010.⁷⁹ Keohane estimated the annual cost savings resulting from the trading program to be \$150 million.⁸⁰ The enthusiasm concerning the trading system in the United States Clean Air Act not only comes from its environmental effectiveness, but also from

⁷¹ Ibid., 107-108.

⁷² Ibid., 107.

⁷³ Several examples illustrating the inefficiency of particular environmental taxes are discussed in Faure 2012, 312-315.

⁷⁴ Conniff 2009.

⁷⁵ Oates 1986, 252, 261-265.

⁷⁶ See Id. See Also Oates & McGartland 1985, 222.

⁷⁷ Hahn & Hester 1989, 151.

⁷⁸ Cf. Young 1998, 145.

⁷⁹ See Burtraw & Palmer 2004, 47. See also Ellerman 2007, 47, 50 (showing that the SO₂ emissions trading program caused significant reductions in emissions).

⁸⁰ Keohane 2007, 224.

the cost-savings, at least when referring to compliance costs for industry.⁸¹ Moreover, Ellerman also showed that the administrative costs for running the emission trading system under the Clean Air Act are significantly less compared to a traditional regulatory system.⁸² Other American studies examining the trading programs under the Clean Air Act provide a roughly similar picture.⁸³

Recently, the attention has, for obvious reasons, shifted from the United States to Europe. The reason is of course that Europe chose emission trading as the instrument to implement the Kyoto Protocol and address the challenges posed by climate change.⁸⁴ Too many studies to be mentioned here have addressed the effectiveness of the EU emission trading scheme (“ETS”).⁸⁵ The case of the European ETS is an interesting one, if simply to show the difficulties in interpreting the results of empirical research. Europe chose, with Directive 2003/87 of October 13, 2003, to give emissions rights, basically for free, to existing industry as a result of so-called grandfathering.⁸⁶ Again, the private interest theory of regulation, mentioned above,⁸⁷ can explain why emission trading with grandfathering was chosen instead of an environmental tax. This should not come as a surprise since grandfathering of course serves the interests of industry better⁸⁸ than costly taxation measures. Also not surprising, at least at first sight, is that grandfathering, in other words giving away allowances free of any charge, may lead to over allocation of emission rights.⁸⁹ As a result of this over allocation in early 2007, the price of allowances dramatically dropped below €1. This low price for allowances obviously provides evidence of over allocation by the European member states.⁹⁰ However, it is more difficult to answer the question whether this necessarily makes the whole EU ETS ineffective in

⁸¹ See Burtraw & Palmer 2004, 59 (noting the “perceived success of the SO₂ program in reducing compliance costs” has boosted a number of similar legislative proposals).

⁸² Ellerman 2004, 92; see also Ellerman et al. 2000, 250, 294-296.

⁸³ See Nash & Revesz 2002, 333, 335 (discussing the design of emissions trading programs more generally); Tietenberg & Johnston 2004, 29-30, 34.

⁸⁴ See Peeters 2006, 177.

⁸⁵ See generally Douma et al. 2007.

⁸⁶ Directive 2003/87, establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the community and amending Council Directive 96/61/EC 2002 OJ L275, 32, 36 (EC); International Emissions Trading Association, high level group on the emissions trading scheme, 2006, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-businessfiles/environment/hlg/docs/contribution_ieta_en.pdf.

⁸⁷ See supra 3.2.

⁸⁸ Ellerman 2005, 90; Sterner & Hammar 2005, 31.

⁸⁹ Baldwin 2008, 9, 11, 13, 15.

⁹⁰ See Woerdman et al. 2008, 143-144.

providing incentives for emissions reductions. At first sight one may be tempted to argue that this is the case: why would any company invest in emission abatement equipment if a ton of CO₂ emission rights could be purchased at a price below €1? Marginal costs of pollution abatement are undoubtedly higher. However, Kuik and Oosterhuis convincingly argue that the over allocation could be partly the result of investments in technological and other innovations, investments which precisely caused the emissions reductions.⁹¹ They showed that the EU ETS led to an additional abatement of between 50 and 200 million tons, and equally showed that this emission trading scheme played a key role in the long-term decisions of companies to develop innovative technologies with, more particularly, a strong impact on the steel industry.⁹² Hence, the mere fact that the price of a ton of CO₂ dropped below €1 (at the beginning of 2007) does not necessarily mean that the ETS had no incentive effect on innovation and is thus ineffective. Quite the reverse may be true as well; as the demand for emissions has dropped since the introduction of the EU ETS precisely because it had the desired effect of reducing those emissions.⁹³ These observations are of course not meant to argue that there is no room for improvement of the EU ETS; the institutional design could certainly be improved and that has to a large extent also occurred with the promulgation of the second ETS Directive.⁹⁴ However, one apparently has to be very careful in correctly interpreting results of empirical research: the price of one ton CO₂ falling below €1 does not necessarily mean that the EU ETS is ineffective. Instead, one has to interpret this in the correct context.

3.6 Optimal mixes

In addition to the instruments discussed so far, other incentive-based mechanisms are also employed to jumpstart the uptake of green technologies such as, for example, green public procurement (GPP). In that case the government uses its purchasing power to buy services or products with fewer environmental impacts. As a result, GPP can directly boost the quantity demanded in the short run and in the long run increase the demand for particular green technologies of private parties.⁹⁵ Although there is a large variety of

⁹¹ Kuik & Oosterhuis, 212-214, 221.

⁹² Id., at 212, 220.

⁹³ See id., at 217.

⁹⁴ See generally Directive 2009/29 amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading scheme of the community, 2009 OJ L140/63 (EC).

⁹⁵ See Faure & Shen 2020, 86-87.

instruments available, Gunningham and Grabosky made clear in their important book *Smart Regulation* that in fact all instruments have particular advantages, but also their specific weaknesses. They could, however, equally be used in combination.⁹⁶ In practice one can often notice a combination of various instruments and thus hybrid regulatory approaches.⁹⁷ This literature deals with the search for “optimal mixes of instruments” and tries to analyze which type of policy instrument is indicated under which particular circumstances. The insight that no instrument alone can lead to optimal results also indicates that in most cases a combination of different instruments is necessary to optimally internalize externalities. This leads to a growing literature on the search for smart mixes between a variety of different legal and policy instruments. A crucial question in that respect is how an optimal combination of a variety of legal and policy instruments can be designed to optimally internalize the externality caused by environmental pollution.⁹⁸ That will remain a topic that may feature high on the research agenda for the coming years.

4 EFFICIENT INSTRUMENTS FOR DEVELOPING COUNTRIES?

4.1 INEFFECTIVENESS

In the past efforts to assist developing countries in crafting environmental regulation have strongly relied upon the importation of legal schemes by colonial powers and the transplantations of regulatory models developed in the North.⁹⁹ This reliance on an imported model has often resulted in environmental regulations that were ill-suited for developing countries and therefore led to regulatory failure. In some developing countries the environmental law consists of a mere copying of foreign legislation. These legal transplants often led to a rejection, i.e. for a lack of enforcement of the imported law in the developing country. The reason was often that the imported laws were ill-suited to the political and economic environment in the developing country concerned.¹⁰⁰ There are

⁹⁶ Gunningham & Grabosky 1998 and Wiener 1999.

⁹⁷ So also Stewart 2007, 154.

⁹⁸ See for such a search for smart mixes for transboundary environmental harm inter alia, Van Erp, Faure, Nollkaemper & Philipsen 2019.

⁹⁹ See Faure, Goodwin & Weber 2010, 100-108.

¹⁰⁰ Faure, Goodwin & Weber 2010, 105-108.

various types of literature that explain the ineffectiveness of the transplanted environmental laws in developing countries, but that equally suggest alternative approaches that may work better. Indications in that respect can be found both in the so-called law and development (4.2) literature as well as in law and economics (4.3).

4.2 LAW AND DEVELOPMENTS

The so-called law and development literature has fundamentally analyzed the relationship between law and the trajectory of development. This “law and development” literature is relatively critical concerning the opportunities for law to really affect and promote economic development.¹⁰¹ Specific attention is paid in that literature to informal alternatives to law. For example, in place of the emphasis on the enforcement of private law, numerous studies on Chinese capitalism have made clear that securing property and contract rights was not the main purpose of law in traditional Asian societies.¹⁰² Instead, law was an instrument of state interest and its unpredictable effects led merchants and traders to avoid formal encounters with the legal system. In its place, an informal legal order developed in parallel to state law. Since in the absence of formal enforcement this informal order relied upon trust as the guarantee of economic exchange, economic activity was embedded within social relations. This form of “relational capitalism” was remarkably successful, and remains so today for Chinese communities throughout Southeast Asia.¹⁰³ I do not intend to suggest that informal law is preferable to formal law. There are a number of notable disadvantages to a relational system of regulation. One is the limitation it places on economic transactions with people one knows, another is the difficulty of succession when concentrating assets in family firms. Informal systems may also lack the adaptability of formal law and, in the absence of formal enforcement of rights, may lead to a market in alternative enforcement, as in Russia.¹⁰⁴ Formal and informal law are also not mutually exclusive.¹⁰⁵ More recent research has suggested an interplay between informal and formal norms in creating institutional environments.¹⁰⁶ Rather, the existence of informal normative systems should be highlighted as they can be

¹⁰¹ Faure, Goodwin & Weber 2010, 125-126.

¹⁰² Ginsburg 2000; Pistor & Wellons 1999; Jayasuriya 1999.

¹⁰³ Ginsburg 2000.

¹⁰⁴ Ginsburg 2000; Cross 2002.

¹⁰⁵ North 1981.

¹⁰⁶ Posner 2000.

particularly important in developing countries with an historical absence of a strong formal legal system. Taking account of such legal pluralism is particularly important in considering legal reform in (developing) host countries.

One way of promoting legal change in developing countries is through so-called legal transplants, a technique whereby countries from the North (often old colonies) imposed their own norms on developing countries in the South.¹⁰⁷ Legal transplants can undoubtedly have advantages: developing countries might copy best practices and rely on experiences in the North concerning which legal instruments were effective and which were not. Thus, transplants could provide scope for mutual learning. However, a problem with legal transplants is that they are often based on a “theory of lack”.¹⁰⁸ In this view developing countries lack the key characteristics and values of a civilized system. The classic example is the belief, historically prevalent in the field of comparative law, that the Chinese lack “real” law beyond an exclusively penal law system.¹⁰⁹ The problem with this approach is that it is offensive and humiliating to the people of developing countries and it is, moreover, based on a cultural superiority (often of former colonizers). That also explains why in developing countries there was often a resistance against the transplanted norms as a result of which many of the transplants failed. In the context of environmental regulation it is far more important to work with local communities in order to understand how they interact with their environment.¹¹⁰ One important condition for a transplant to work is a familiarity with the receiving system, in other words whether the legal cultures of the donor and receiver share common core norms¹¹¹ and probably the most important guarantee of a successful transplant is that it should necessarily be user-driven, i.e. based on local demand and ownership and not imposed in a top-down manner.¹¹² Adapting the transplanted legal rule to the context-specific requirements and operation of the receiving system is thus necessary for the transplant to function well within its new surroundings.¹¹³

¹⁰⁷ Watson 1974.

¹⁰⁸ Nader 2007, 2.

¹⁰⁹ Ruskola 2002.

¹¹⁰ Faure, Goodwin & Weber 2010, 134-136.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Berkowitz, Pistor & Richard 2003.

¹¹³ Faure, Goodwin & Weber 2010, 140-143.

4.3 LAW AND ECONOMICS

The law and economics literature in this domain also starts from the finding that efforts to assist developing countries in drafting environmental regulation have often relied upon the importation of legal rules developed by former colonizers by developing countries. As a result, regulations were often imposed that were ill-suited for developing countries, leading to a poor quality environmental regulation in many countries.¹¹⁴ In addition, the literature equally points at enforcement and implementation problems.¹¹⁵ It is, however, argued that even though enforcement problems may be an important source of the ineffectiveness of environmental law in developing countries, the substantive content of environmental law is equally important.¹¹⁶ In that respect recent law and economics literature has a few important consequences. One possibility is to take institutional weaknesses within developing countries into account in the design of law itself.¹¹⁷ Within law and economics, there is a tradition of scholarship that focuses on the circumstances under which ex ante rules set by a legislative authority are preferable to ex post standards formulated by the judiciary or bureaucratic departments.¹¹⁸ The principles developed within this field of study may be used to ascertain whether developing countries would be better advised to adopt a standard-based system of environmental regulation that relies heavily on the judiciary or lower levels of the executive for the specification of norms, or a rule-based system that concentrates more power in the legislature or at higher levels of the executive.

4.3.1 Lacking human capital

A number of scholars have suggested, on the basis of economic analysis, that in low-capacity administrative and legal systems, a rule-based system is easier to administer.¹¹⁹ While standards are associated with low costs initially, they appear to have high enforcement and compliance costs later on. As a consequence, rule-based systems are likely to be preferable in developing countries because the concentration of decisions at the state level may provide an economic solution to the lack of human capital. The

¹¹⁴ Faure, Goodwin & Weber 2017.

¹¹⁵ O'Connor 1998.

¹¹⁶ Faure, Goodwin & Weber 2017.

¹¹⁷ Mitchell 1996.

¹¹⁸ Diver 1983; Ehrlich & Posner 1974; Kaplow 1992; Posner 1998.

¹¹⁹ Schäfer 2006; Posner 2000.

literature suggests that fewer and simpler rules should also form the main approach of legal and administrative systems with low enforcement capacities.¹²⁰ Moreover, scholars have argued persuasively that a rule-based system can create better outcomes in systems in which the judiciary may either not be fully functioning or be entirely independent because clear rules reduce the risk of bribery and of unwarranted influence in the application of the law.¹²¹ Kenneth Dam has reached similar conclusions: namely, that the common law, by relying on indeterminate principles and a strong judiciary, is not superior to statutory law in achieving effective legal implementation in developing countries.¹²²

In applying these insights to the design of environmental law in a country whose administrative structures suffer from limited governance capacities, it is misguided to develop an environmental legal system that depends to a large extent precisely upon the existence of a strong administrative legal system. In the case of Indonesian environmental regulation, the necessary executive orders were never promulgated, leaving two environmental management acts largely unimplemented.¹²³ Such a regulatory failure indicates that where it is possible to determine in advance that, for whatever reason, a developing country does not have the capacity or will to issue executive orders, it is necessary to structure environmental legislation in such a way that it becomes as independent as possible from such orders.

4.3.2 Corruption

Equally important are recent insights on corruption. In many developing countries, corruption presents another obstacle to establishing effective environmental regulation. As with the lack of administrative capacity, the preferred economic solution is to fight the corruption problem itself in order to increase the possibility of enforcing an environmental law based on Northern models.¹²⁴ However, a great deal of time and effort has been spent by numerous international organizations attempting to tackle corruption in the administrative structures of developing countries without any noticeable improvements.¹²⁵ This suggests that, as with capacity building within institutions, it could

¹²⁰ Ogus 2007.

¹²¹ Posner 2000.

¹²² Dam 2006.

¹²³ Faure & Niessen 2006, 2.

¹²⁴ Rose-Ackerman 1999; Worldbank 2003, 111; Van den Heuvel 1992.

¹²⁵ Huther & Anwar 2001, 7.

take a very long time before this ideal solution can improve environmental regulatory outcomes. The result is that in countries like Indonesia programs aiming at the redistribution of subsidized rice to poor households are likely to fail. Benjamin Olken has shown that, on average, 18% of rice intended for redistribution disappears. As a result, welfare losses from corruption are larger than potential welfare gains from the redistributive intent of the programs.¹²⁶

An alternative and more pragmatic approach would be to accept the existence of corruption and attempt to create an environmental legal regime that is less corruptible. The work of Anthony Ogus dealing with the problems of corruption more generally is particularly relevant here.¹²⁷ Ogus begins from the position that corruption is difficult to remedy, and he recommends forms of regulation that are less susceptible to manipulation by corrupt officials. His approach builds upon the insights gained from the comparison of rule-based and standard-based systems, recognizing that the use of imprecise standards provides ample space for discretionary decisions and thus creates greater possibilities for opportunistic behavior. Precise rules can thus reduce the potential for corrupt behavior by bureaucrats.¹²⁸ Posner argues that rules allow for monitoring of judges and to reduce the occurrence of bribery and lobbying.¹²⁹ “General rules may indeed be suitable to overcome . . . the capture problems — that is, the susceptibility of government agencies to lobbying enterprises — that result from decentralized standard setting”.¹³⁰

4.3.3 Federalism

A third type of literature, equally relevant for the effectiveness of environmental law in developing countries deals with the question of central versus decentralized decision-making. A well-known problem with the decentralization of standard-setting power to local governments is that local authorities are often particularly vulnerable to lobbying by industrial interest groups as a consequence of the controlling role that such groups often play in the socioeconomic interests of local communities. In the specific area of environmental regulation, it is more likely that environmental standards will be created in the public interest after a reasonably transparent decision-making process at the central

¹²⁶ Olken 2006.

¹²⁷ Ogus 2004; Ogus 2007.

¹²⁸ Ogus 2007.

¹²⁹ Schäfer 2006; Posner 2000.

¹³⁰ Faure & Niessen 2006.

level, far away from efforts by local lobby groups to influence the process. Olson argues that large groups will face relatively high costs when attempting to organize for collective action while small groups will face relatively low costs. Furthermore, groups will have difficulties organizing themselves when there is only a small share of the benefits of the action for each group. Smaller groups, however, are better able to organize where there is a clearer gain for their members.¹³¹ Studies on the efficacy of environmental regulation in developed countries suggest that even where local governments are not corrupt, it is difficult for local or state authorities to set stringent environmental standards in the public interest given the importance of a particular industry to the economic life of the locality. Esty has stressed the possibility of public choice distortions at the state level and argued in favor of standard setting at the centralized federal level.¹³² Moreover, as more studies are done on the effects of decentralization in relation to environmental management in developing countries, the evidence almost overwhelmingly points to the capture of the decision-making process by local elites at the expense of end-users such as poor fishermen and small farmers. Such studies suggest that the poorest are better off where direct intervention by the central government is greater and the law is enforced against local elites. Béné et al. have been very critical of fishery decentralisation programmes in Sub-Saharan Africa, arguing that decentralization failed to improve governance and altered the distribution of power to the detriment of the fishermen.¹³³ Benjamin suggested that the shift to decentralized decision-making in the context of natural resource management in Mali has created a new local elite that undermines the functioning of customary institutions to the detriment of the poorest¹³⁴ and Sims pointed at structural problems of enforcement of environmental regulation in China following devolution of the administration of the rules to the provinces.¹³⁵ Sundar examined the success of “participatory committees” forest management in India, concluding that what matters in achieving success is not devolution but state accountability.¹³⁶ Moreover, given the likelihood of capture and exploitation by local elites, the environment is likely to suffer. Zbinden and Lee note for example, that while the Costa Rican scheme of payment for

¹³¹ Olson 1965; Revesz 2000; Revesz 1997; Frederickson & Gaston 2000.

¹³² Esty 1996; Esty & Geradin 1998.

¹³³ Béné et al. 2009.

¹³⁴ Benjamin 2008.

¹³⁵ Sims 1999.

¹³⁶ Sundar 2001.

environmental services has been very successful, participants and thus beneficiaries of the payments were considerably more likely to be relatively wealthy and well-educated farmers.¹³⁷

These new insights concerning the effectiveness of environmental regulation in developing countries may have important policy consequences that will now be addressed.

4.4 POLICY CONSEQUENCES

4.4.1 Demand driven transplants

Both the law and development as well as the law and economics literature have important consequences for the design of an optimal environmental legal regime in developing countries. As was just mentioned, the most important lesson from the law and development literature is probably that environmental law and policy should be adapted to the specific needs of developing countries. In that respect attention was paid to the “legal transplants”, i.e. transplantation of a legal rule from a donor to a host country. The lessons from the law and development literature in that respect are mixed: on the one hand it can be observed that many legal transplants to developing countries were not a major success and in fact often led to a rejection of the transplanted legal rule. It is for that reason that the law and development literature stressed that the process of adapting the rule is probably more important than a mere focus on the contents. On the other hand, legal transplants can have advantages as well. They can provide scope for mutual learning and best practices from other countries can constitute interesting examples for developing countries as well. In other words: legal transplants should certainly not generally be rejected since they can positively contribute to an effective environmental policy in developing countries, provided that particular conditions are met. A successful legal transplant should be user-driven and based on local demand and ownership. Crucial elements are the receptivity of the transplant within the existing legal culture in the host country as well as the familiarity of the host country with the transplanted rule. A related warning addresses the fact that in developing host countries, the institutional framework may often be different than in the donor country from which the transplanted rule

¹³⁷ Zbinden & Lee 2005.

originates. An issue of particular importance is the prevalence of informal law in developing countries and the resulting hybrid legal system whereby informal and formal laws are mixed. The literature therefore does not generally reject legal transplants, but simply sketches particular conditions that should be taken into account as determinants of successful legal transplants.

This literature is for example also of relevance for the increasing activities of China, also in Latin-America within the framework of the so-called Belt and Road Initiative (BRI). One of the goals of this project is also to bring Chinese law to the host countries.¹³⁸ An important lesson from this law and development literature is that transplanting legal rules from China to host countries in Latin-America may work, but the specific conditions (such as the need for a local demand, the transplant being user-driven and the fit in the legal culture of the host country) are important elements to be taken into account.

4.4.2 A different instrument mix

Also the law and economics scholarship has important consequences for the design of optimal environmental law and policy in developing countries. The most important conclusion is that the policy recommendations concerning optimal environmental law can be different for developing countries than what has been suggested based on a theoretical model for developed countries.

The literature has more particularly potentially important consequences for the optimal mix of instruments, discussed in the previous section. The lack of human capital (and capacity) in developing countries may necessitate minimal reliance upon highly refined and elaborate environmental legal rules, which depend to a large extent for their effectiveness upon implementation by administrative authorities. Where administrative authorities or the judiciary lack capacity to implement such rules, environmental law is likely to be ineffective. It may therefore be unwise to regulate by means of vague standards such as those set forth in permits by administrative authorities. Instead, the regulator should set out a limited number of environmental obligations in a very precise way, thus minimizing the need for further reliance upon administrative authorities for

¹³⁸ See in that respect Barresi 2017, 15.

their implementation or effectiveness. This also has the advantage that less discretion is left to the bureaucracy, given its high susceptibility to corruption.¹³⁹

A second implication is that the advice from traditional environmental scholarship to use flexible, market-based (often referred to as economic) instruments, such as environmental taxes and emission trading, may be less fitted for developing countries where large corruption problems would exist. Economic instruments like taxation and emission trading not only require an elaborate system of implementation, but also an exchange of money between operators from industry and bureaucrats. In a corruption-tainted environment it may be wiser to rely on very specific and detailed rules in legislation which give less room for discretion to administrative authorities.¹⁴⁰

A third policy conclusion relates to the level of governance. Traditional scholarship, based primarily upon regulatory experience in developed countries, holds that standard setting should take place at the local level. This allows local circumstances to be taken into account and arguably ensures that environmental standards correspond to location-specific circumstances in an optimal way. However, as may often be the case in developing countries, where local authorities and elites are particularly prone to corruption, the risk of corruption may outweigh the claims to democratic transparency and local efficiency. Thus, where it appears that the risk of collusion is greater at the local level, shifting decision making to the central level is more likely to ensure that standards are set in the public interest.

This law and economics literature therefore suggests that the optimal policy mix of instruments in developing countries may well be totally different from the optimal instrument mix as presented in the previous section. That can be an important consideration for policy-makers in developing countries, also in Latin-America.

5 CONCLUDING REMARKS

I started this contribution by stressing the fundamental relationship between economic development and environmental protection. It was stressed that as a starting point polluters need to internalize the negative externalities related to their activities. The

¹³⁹ Faure, Goodwin & Weber 2010, 123.

¹⁴⁰ Faure, Peeters & Wibisana 2006.

reason is simple: if there would not be such an internalization, the prices of products and services would not reflect the true social costs. As a result demand might be too high and a market failure would follow. That is why in fact since 100 years now (referring to the early work of Arthur Pigou) economists have looked for tools to price environmental pollution and to make polluters pay those costs. In fact there are many more instruments aiming at a pricing of pollution to internalize externalities which I could not discuss in this contribution. One can for example refer to carbon pricing, but also to payments for ecosystem services. All of those mechanisms have as important goal to expose polluters to the social costs of their activities in order to provide them incentives to reduce pollution to optimal levels based on a marginal costs/marginal benefit weighing.

Then I discussed the Environmental Kuznets Curve literature which has important consequences for policy-makers as it indicates that economic growth can go hand in hand with increased environmental quality. Yet, the literature equally made clear that this is in no way an automatic relationship. It is, in other words, not economic growth that causes increased environmental quality. The latter result will only follow because together with increased welfare societies will invest more in stringent environmental regulation, efficient instruments and institutions, providing incentives for technological innovation. The lesson is therefore that it is important to design effective institutions and instruments providing incentives to operators to invest in innovation aiming at a greening of the economy. I showed that whereas traditionally environmental law largely consisted of government regulation enforced with public sanctions (often referred to as command and control) there is now an increasing tendency to look for so-called smart instruments that would optimally incentivize polluters to reduce environmental pollution and to invest in innovative technologies to reach that goal in a dynamic manner. In that respect instruments like liability rules, taxes and emission trading only fix a particular price for pollution, but leave it up to the polluter to choose the technology to achieve optimal pollution levels. Those instruments are referred to as market-based or incentive-based as they will provide incentives to polluters to continuously improve their environmental performance and to dynamically innovate technology as it can simply be a means to reduce the price that has to be paid for pollution. However, it was equally shown that notwithstanding the advantages of market-based instruments, many instruments also have particular weaknesses as a result of which in reality one can often observe a combination

of different types of instruments. That makes it important to search for optimal mixes of different instruments that could effectively work together and reinforce each other.

However, in the last section I showed that a lot of the (theoretical) literature on (optimal mixes of) environmental policy instruments has been developed, based on particular assumptions. Those assumptions are inter alia that human capital is available within administrative agencies to efficiently fix pollution levels and determine optimal standards and that civil servants will work in the public interest in the design and enforcement of particular instruments. Reality in many developing countries can be totally different. The required capacity to implement environmental policy may often be lacking and poorly paid civil servants could be exposed to corruption. That may well explain why some of the legal institutions and instruments that were developed for the North and subsequently transplanted to developing countries did often not lead to a reduction of pollution levels. The law and development literature warns that one has to be cautious with legal transplants as they should be demand-driven and fit into the legal culture of the developing country. But the different features of the institutional environment in developing countries may also lead to a different advice concerning the optimal mix of instruments for developing countries. Whereas generally vague and flexible standards to be set by legislators were advised, largely relying on a specific implementation by administrative agencies, in a context of lacking human capital regulation should rather be rule-based, provide specific rules and not be dependent upon further implementation which might never take place. And in a context where civil servants are poorly paid and may be vulnerable to corruption, it may be dangerous to implement price instruments (like emission trading or taxes) if they suppose a transfer of money from operators to civil servants. The result is that the optimal policy mix of instruments may look different in the North than in the South, as the specific local conditions in developing countries have to be taken into account in the policy design.

When those conditions are met, there is reason for optimism. Notwithstanding the huge challenges concerning the environmental threats in developing countries, there are equally sufficient empirical studies which show that well-designed environmental policy instruments can provide incentives for pollution reduction and do indeed lead to improved environmental quality. It is therefore important to incorporate the economic insights in the design of an environmental policy mix for developing countries. If that is the case, a

smartly designed environmental law can contribute both to economic growth as well as to environmental protection.

6 REFERENCES

Ackerman, B.A. & Stewart, R.B., “Reforming Environmental Law: The Democratic Case for Market Incentives”, *Columbia Journal of Environmental Law*, 1988, Vol. 13, 171-189.

Alberini, A. & Austin, D., “Liability Policy and Toxic Pollution Releases”, in Heyes, A. (ed.), *The Law and Economics of the Environment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, 92-115.

Ambec, S., Cohen, M., Elgie, S. & Lanoie, P., “The Porter Hypothesis at 20: Can Environmental Regulation Enhance Innovation and Competitiveness?”, *Review of Environmental Economics and Policy*, 2013, Vol. 7(1), 2-22.

Arrow, K. et al., “Economic Growth, Carrying Capacity and the Environment”, *Ecological Economics*, 1995, 91-95.

Ayres, R.U., “Economic Growth: Politically Necessary, but not Environmentally Friendly”, *Ecological Economics*, 1995, Vol. 15(2), 97-99.

Baldwin, R., “Regulation Lite: The Rise of Emissions Trading”, LSE Law, Society, and Economy Working Papers, No. 3, 2008.

Barresi, P.A., “The Role of Law and the Rule of Law in China’s Quest to Build an Ecological Civilization”, *Chinese Journal of Environmental Law*, 2017, Vol. 1, 9-36.

Becker, G.S., “A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence”, *Quarterly Journal of Economics*, 1983, Vol. 98(3), 371-400.

Beckerman, W., “Economic Growth and the Environment: Whose Growth? Whose Environment?”, *World Development*, 1992, 481-496.

Béné, C. et al., “Power Struggle, Dispute and Alliance Over Local Resources: Analyzing ‘Democratic’ Decentralization of Natural Resources through the Lenses of Africa Inland Fisheries”, *World Development*, 2009, Vol. 37(12), 1935-1950.

Benjamin, C.E., “Legal Pluralism and Decentralization: Natural Resource Management in Mali”, *World Development*, 2008, Vol. 36(11), 2255-2276.

Berkowitz, D., Pistor, K. & Richard, J.-F., “Economic Development, Legality and the Transplant Effect”, *European Economic Review*, 2003, Vol. 47(1), 165-195.

Binder, S. & Neymayer, E., “Environmental Pressure Groups, Strengths and Air Pollution: An Empirical Analysis”, *Ecological Economics*, 2005, 527-538.

Bongaerts, J.C. & Kramer, R.A., “Water Pollution Charges in Three Countries: Control through Incentives”, *European Environmental Review*, 1987, Vol. 1, 12-19.

Brown, G.M. Jr. & Johnson, R.W., “Pollution Control by Effluent Charges: It Works in the Federal Republic of Germany, Why not in the U.S.?”, *Natural Resources Journal*, 1984, Vol. 24, 929-966.

Buchanan, J.M. & Tullock, G., “Polluters’ Profits and Political Response: Direct Controls versus Taxes”, *American Economic Review*, 1975, Vol. 65(1), 139-147.

Burtraw, D. & Palmer, K., “SO₂ Cap-and-Trade Program in the United States: A ‘Living Legend’ of Market Effectiveness”, in Harrington, W. et al. (eds.), *Choosing Environmental Policy: Comparing Instruments and Outcomes in the United States and Europe*, Washington, Resources for the Future, 2004, 41-66.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Cansino, J.M., Román-Collado, R. & Molina, J.C., “Quality of Institutions, Technological Progress, and Pollution Havens in Latin-America. An Analysis of the Environmental Kuznets Curve Hypothesis”, *Sustainability*, 2019, Vol. 11(13), 3708, 1-20.

Chen, J., Hu, T.E. & Van Tulder, R., “Is the Environmental Kuznets Curve still Valid: A Perspective of Wicked Problems”, *Sustainability*, 2019, Vol. 11(17), 4747, 1-17.

Conniff, R., “The Political History of Cap and Trade: How an Unlikely Mix of Environmentalists and Free-Market Conservatives Hammered Out the Strategy Known as Cap-and-Trade”, *Smithsonian*, August 2009, <http://www.smithsonianmag.com/science-nature/Presence-of-Mind-Blue-Sky-Thinking.html>.

Cooter, R., “Prices and Sanctions”, *Columbia Law Review*, 1984, Vol. 84, 1343-1523.

Cross, F.B., “Law and Economic Growth”, *Texas Law Review*, 2002, Vol. 80, 1737, 1743-1753.

Dam, K.W., *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2006.

Deweese, D., “Tort Law and the Deterrence of Environmental Pollution”, in Tietenberg T.H. (ed.), *Innovation in Environmental Policy*, Aldershot, Edward Elgar, 1992a, 139-164.

Deweese, D.N., “The Comparative Efficacy of Tort Law and Regulation for Environmental Protection”, *Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1992b, Vol. 17, 446-467.

Deweese, D. et al., *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Diver, C.S., “The Optimal Precision of Administrative Rules”, *Yale Law Journal*, 1983, Vol. 93(1), 65-109.

Douma, W.T. et al. (eds.), *The Kyoto Protocol and Beyond : Legal and Policy Challengers of Climate Change*, The Hague, TMC Asser Press, 2007.

Earnhart, D., “Liability for Past Environmental Contamination and Privatization”, *Environmental & Resource Economy*, 2004, Vol. 29, 97-122.

Ehrlich, I. & Posner, R.A., “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies*, 1974, Vol. 3(1), 257-286.

Ellerman, A.D., “The US SO₂ Cap-and-Trade Programme”, in *Tradable Permits: Policy Evaluation, Design and Reform*, Paris, OECD, 2004, 71-97.

Ellerman, A.D., “US Experience with Emissions Trading: Lessons for CO₂ Emissions Trading”, in Hansjürgens, B. (ed.), *Emissions Trading for Climate Policy: US and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 78-95.

Ellerman, A.D., “Are Cap-and-Trade Programs More Environmentally Effective than Conventional Regulation?”, in Freeman, J. & Kolstad, C.D. (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from 20 Years of Experience*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 48-62.

Ellerman, A.D. et al, *Markets for Clean Air: The US Acid Rain Program*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

Endres, A. & Ohl, C., “Kyoto, Europe? – An Economic Evaluation of the European Emission Trading Directive”, *Journal of Law & Economics*, 2005, Vol. 19, 17-39.

Esty, D.C., “Revitalizing Environmental Federalism”, *Michigan Law Review*, 1996, Vol. 95(3), 570-653.

Esty, D.C. & Geradin, D., “Environmental Protection and International Competitiveness: A Conceptual Framework”, *Journal of World Trade*, 1998, Vol. 32, 5-46.

Esty, D.C. & Porter, M.E., “Measuring National Environmental Performance and its Determinants”, in Porter, M.E. & Sachs, J. (eds.), *The Global Competitiveness, Report 2000*, New York, Oxford University Press, 2000, 60-75.

Esty, D.C. & Porter, M.E., “National Environmental Performance: An Empirical Analysis of Policy Results and Determinants”, *Environment and Development Economics*, 2005, 391-434.

Faure, M., “Does Environmental Law Matter?”, in Faure, M.G. & Smits, J. (eds.), *Does Law Matter? On Law and Economic Growth*, Antwerp, Intersentia, 2011, 385-416.

Faure, M., “Effectiveness of Environmental Law: What Does the Evidence Tell Us?”, *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, 2012, Vol. 36(2), 293-336.

Faure, M. & Niessen, N., “Introduction”, in Faure, M. & Niessen, N. (eds.), *Environmental Law in Development: Lessons from the Indonesian Experience*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, 1-8..

Faure, M. & Shen, Y., “Environmental Liability as a Tool to Promote Sustainability”, in Akkermans, B. & Van Dijck, G. (eds.), *Sustainability and Private Law*, The Hague, Eleven, 2020, 79-115.

Faure, M., Goodwin, M. & Weber, F., “Bucking the Kuznets Curve: Designing Effective Environmental Regulation in Developing Countries”, *Virginia Journal of International Law*, 2010, Vol. 51, 95-157.

Faure, M., Peeters, M. & Wibisana, A., “Economic Instruments: Suited to Developing Countries?”, in Faure, M. & Niessen, N. (eds.), *Environmental Law and Development. Lessons from the Indonesian Experience*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, 218-262.

Frederickson, P.G. & Gaston, N., “Environmental Governance in Federal Systems: The Effects of Capital Competition and Lobby Groups”, *Economic Inquiry*, 2000, Vol. 38(3), 501-514.

Frey, B.S., *Umweltökonomie*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1972.

Ginsburg, T., “Does Law Matter for Economic Development? Evidence for East Asia”, *Law & Society Review*, 2000, Vol. 34(3), 829-856.

Grossman, G.M. & Krueger, A.B., “Environmental Impacts of a North-American Free Trade Agreement”, in Garber, P.M. (ed.), *The US, Mexico Free Trade Agreement*, Cambridge, MIT Press, 1993, 13-56.

Grossman, G.M. & Krueger, A.B., “Economic Growth and the Environment”, *Quarterly Journal of Economics*, 1995, 353-377.

Gui, B., Faure, M. & Xu, G., “Does the Environmental Kuznets-Curve Hold for China? An Empirical Examination”, in Weishaar, S.E., Philipsen, N. & Xu, W. (eds.), *Regulatory Reform in China and the EU. A Law and Economics Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, 200-234.

Gunningham, N. & Grabosky, P., *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Hahn, R.W., “Economic Prescriptions for Environmental Problems: How the Patient Followed the Doctor’s Orders”, *Journal of Economic Perspectives*, 1989, Vol. 3(2), 95-114.

Hahn, R.W. & Hester, G.L., “Where Did All in the Markets Go? An Analysis of EPA’s Emissions Trading Program”, *Yale Journal on Regulation*, 1989, Vol. 6, 109-153.

Huther, J. & Anwar, S., “Anti-Corruption Policies and Programs: A Framework for Evaluation”, World Bank, Working Paper No. 2501, 2001.

Jayasuriya, K. (ed.), *Law, Capitalism, and Power in Asia: The Rule of Law and Legal Institutions*, London/New York, Routledge, 1999.

Jimenez, C., Moncada, L., Ochoa-Jimenez, D. & Ochoa-Moreno, W., “Kuznets Environmental Curve for Ecuador: An Analysis of the Impact of Economic Growth on the Environment”, *Sustainability*, 2019, Vol. 11(21), 5896, 1-11.

Johnston, J.S., “On the Market for Ecosystem Control”, *Virginia Environmental Law Journal*, 2002-2003, Vol. 21, 129-188.

Johnston, J.S., “Tradable Pollution Permits and the Regulatory Game”, in Freeman, J. & Kolstad, C. (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from 20 Years of Experience*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 353-385.

Jost, P.J., “Limited Liability and the Requirement to Purchase Insurance”, *International Review of Law & Economics*, 1996, Vol. 16(2), 259-276.

Kaplow, L., “Rules Versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal*, 1992, Vol. 42, 557-629.

Keohane, N.O., “Cost Savings from Allowance Trading in the 1990 Clean Air Act: Estimates from a Choice-Based Model”, Freeman, J. & Kolstad, C.D. (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from 20 Years of Experience*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 194-229.

Kuik, O. & Oosterhuis, F., “Economic Impacts of the EU ETS: Preliminary Evidence”, in Faure, M. & Peeters, M. (eds.), *Climate Change and European Emissions Trading: Lessons for Theory and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, 208-222.

Kuznets, S., “Economic Growth and Income Inequality”, *American Economic Review*, 1955, 1-28.

Laskowska, A. & Scrimgeour, F., “Environmental Taxation: The European Experience”, University of Waikato, Working Paper, 2002, available at: <http://wms-soros.mngt.waikato.ac.nz/NR/exeres/E33CCD10-4841AE-8A1A-C66E1B01E9FD.htm>.

Maloney, M.T. & McCormick, R.E., “A Positive Theory of Environmental Quality Regulation”, *Journal of Law and Economics*, 1982, Vol. 25(1), 99-123.

Mitchell, R.B., “Compliance Theory: An Overview”, in Cameron, J., Werksman, J. & Roderick, P. (eds.), *Improving Compliance with International Environmental Law*, London, Earthscan, 1996, 3-28.

Morely, B., “Empirical Evidence on the Effectiveness of Environmental Taxes”, University of Bath, Working Paper No. 02/10, 2010, available at: <http://opus.bath.ac.uk/18105/1/0210.pdf>.

Nader, L., “Promise or plunder? A past and future look at law and development”, *Global Jurist Frontiers*, 2007, <http://tinyurl.com/2aatxat>.

Nash, J.R. & Revesz, R.L., “The Design of Marketable Permit Schemes to Control Local and Regional Pollutants”, in Swanson, T. (ed.), *An Introduction to the Law and Economics of Environmental Policy: Issues in Institutional Design*, Amsterdam, JAI Press, 2002, 331-377.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Nash, J.R. & Revesz, R.L., “Grandfathering and Environmental Regulation: The Law and Economics of New Source Review”, NYU School of Law, Pub. Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 07-03, 2007, available at: <http://ssrn.com/abstract=965840>.

North, D.C., *Structure and Change in Economic History*, New York, W.W. Norton & Co., 1981.

Oates, W.E., “Market Incentives for Environmental Protection: A Survey of Some Recent Developments”, in Peston, M. & Quandt, R. (eds.), *Prices, Competition and Equilibrium*, Oxford, Philip Allan, 1986, 251-281.

Oates, W.E., “Economics, Economists and Environmental Policy”, *Eastern Economic Journal*, 1990, Vol. 16(4), 289-296.

Oates, W.E., “The Environment and the Economy: Environmental Policy at the Crossroads”, in Quigley, J. and Rubinfeld, D. (eds.), *American Domestic Priorities: An Economic Appraisal*, Berkeley, CA, University of California Press, 1985, 311-345.

Oates, W.E. & McGartland, A.M., “Marketable Permits for the Prevention of Environmental Deterioration”, *Journal of Environmental Economics & Management*, 1985, Vol. 12(3), 207-228.

Oates, W.E. et al., “The Net Benefits of Incentive-Based Regulation: A Case Study of Environmental Standard Setting”, *American Economic Review*, 1989, Vol. 79(5), 1233-1242.

O’Connor, D.S., “Applying Economic Instruments in Developing Countries: From Theory to Implementation”, *Environment and Development Economics*, 1998, Vol. 4, 91-110.

Ogus, A.I., “Corruption and Regulatory Structures”, *Law & Policy*, 2004, Vol. 26(3-4), 329-346.

Ogus, A.I., “Regulatory Arrangements and Incentives for Opportunistic Behaviour”, in Eger, T. et al. (eds.), *Economic Analysis of Law in China*; Cheltenham, Edward Elgar, 2007, 151-163.

Olken, B.A., “Corruption and the Costs of Redistribution: Micro Evidence from Indonesia”, *Journal of Public Economics*, 2006, Vol. 90(4-5), 853-870.

Olsen, B.E., “The IPPC Permit and the Greenhouse Gas Permit”, in Peeters, M. & Deketelaere, K. (eds.), *EU Climate Change Policy: The Challenge of New Regulatory Initiatives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, 153-168.

Olson, M., *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Harvard University Press, 1965.

Peeters, M., “Inspection and Market-Based Regulation Through Emissions Trading: The Striking Reliance on Self-Monitoring, Self-Reporting and Verification”, *Utrecht Law Review*, 2006, Vol. 2(1), 177-195.

Pistor, K. & Wellons, P.A., *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development, 1960-1995*, New York, Oxford University Press, 1999.

Polborn, M.K., “Mandatory Insurance and the Judgment Proof Problem”, *International Review of Law & Economics*, 1998, Vol. 18(2), 141-146.

Porter, M.E., “America’s Green Strategy”, *Scientific American*, 1991, Vol. 264(4), 168-170.

Porter, M.E. & Van der Linde, C., “Towards a New Conception of the Environment-Competitiveness Relationship”, *The Journal of Economic Perspectives*, 1995, Vol. 9(4), 97-118.

Posner, E.A. *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Posner, R.A., “Creating a Legal Framework for Economic Development”, *The World Bank Res. Observer*, 1998, Vol. 13(1), 1-11.

Pozzo, B., “The Liability Problem in Modern Environmental Statutes”, *European Review of Private Law*, 1996, Vol. 4(2), 111-144.

Revesz, R.L., “Federalism and Environmental Regulation: Lessons for the European Union and the International Community”, *Virginia Law Review*, 1997, Vol. 83, 1331-1346.

Revesz, R.L., “Federalism and Environmental Regulation”, in Revesz, R.L. et al. (eds.), *Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 37-97.

Revesz, R.L. & Stavins, R.M., “Environmental Law”, in Polinsky, A.M. & Shavell, S. (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Amsterdam, Elsevier Science, 2007, 499-589.

Rose-Ackerman, S., *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Ruskola, T., “Legal Orientalism”, *Michigan Law Review*, 2002, Vol. 101(1), 179-234.

Schäfer, H.-B., “Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-income Countries”, *University of Chicago Supreme Court Economic Review*, 2006, Vol. 14, 113-134.

Shavell, S., “Strict Liability versus Negligence”, *Journal of Legal Studies*, 1980, Vol. 9(1), 1-25.

Shavell, S., “Liability for Harm versus Regulation of Safety”, *Journal of Legal Studies*, 1984a, Vol. 13(2), 357-374.

Shavell S., “A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation”, *Rand Journal of Economics*, 1984b, Vol. 15(2), 271-280.

Shavell, S., “The Judgment Proof Problem”, *International Review of Law & Economics*, 1986, Vol. 6(1), 45-58.

Shavell, S., “The Corrective Tax versus Liability as Solutions to the Problem of Harmful Externalities”, *The Journal of Law and Economics*, 2011, Vol. 54, 249-266.

Shaw, J.S., “Public Choice Theory”, *Library of Economics and Liberty: The Concise Encyclopedia of Economics*, 2002, available at: <http://www.econlib.org/library/Enc1/PublicChoiceTheory.html>.

Sims, H., “One-Fifth of the Sky: China’s Environmental Stewardship”, *World Development*, 1999, Vol. 27(7), 1227-1245.

Stephan, G., “Economic Impact of Emission Standards: A Computational Approach to Waste Water Treatment in Western Europe”, in Bös, D. et al. (eds.), *Welfare and Efficiency in Public Economics*, Berlin, Springer, 1988, 401-422.

Stern, T. & Hammar, H., “Designing Instruments for Climate Policy”, in Hansjürgens, B. (ed.), *Emissions Trading for Climate Policy: US and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 17-36.

Stewart, R.B., “Controlling Environmental Risks through Economic Incentives”, *Columbia Journal of Environmental Law*, 1988, Vol. 13, 153-169.

Stewart, R.B., “Economic Incentives for Environmental Protection: Opportunities and Obstacles”, in Revesz, R.L. et al. (eds.), *Environmental Law, The Economy and Sustainable Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 171-244.

Stewart, R.B., “Instrument Choice”, in Budansky, Y.D., Brunné, J. & Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 147-181.

Strand, J., “Environmental Kuznets Curve: Empirical Relationships between Environmental Quality and Economic Development”, March 2002, Memorandum No. 04/2002, Department of Economics, University of Oslo (<http://www.oekonomi.uio.no/memo>, 6-8.

Sun, H., Clotty, S.A., Geng, Y., Fang, K & Amissah, J.C.K., “Trade Openness and Carbon Emissions: Evidence from Belt and Road Countries”, *Sustainability*, 2019, Vol. 11(9), 2682, 1-20.

Sundar, N., “Is Devolution Democratization?”, *World Development*, 2001, Vol. 29(2), 2007-2023.

Tietenberg, T. & Johnston, N., “Ex Post Evaluation of Tradeable Permits: Methodological Issues and Literature Review”, in *Tradable Permits: Policy Evaluation, Design and Reform*, Paris, OECD, 2004, 9-44.

Van den Heuvel, G., “Corporate Crimes in East and West: In Search of ‘Collusion’”, in Strang, H. & Vernon, E. (eds.), *International Trends in Crime: East Meets West*, Canberra, Australian Institute of Criminology, 1992, 112-137.

Van Erp, J., Faure, M., Nollkaemper, A. & Philipsen, N. (eds.), *Smart Mixes for Transboundary Environmental Harm*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

Watson, A. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, University of Georgia Press, 1974.

Wiener, J., “Global Environmental Regulation: Instrument Choice in Legal Context”, *The Yale Law Journal*, 1999, Vol. 108, 677-800.

Woerdman, E. et al., “European Emissions Trading and the Polluter-Pays-Principle: Assessing Grandfathering and Over-Allocation”, in Faure, M. & Peeters, M. (eds.), *Climate Change and European Emissions Trading: Lessons for Theory and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, 128-150.

World Bank, *Combating Corruption in Indonesia: Enhancing Accountability for Development*, 2003, <http://tinyurl.com/2d7ug4z>, 9-12.

Yang, N., Zhang, Z., Xue, B., Ma, J., Chen, X. & Lu, C., “Economic Growth and Pollution Emission in China: Structural Path Analysis”, *Sustainability*, 2018, Vol. 10(7), 2569, 1-15.

Young, H.N., “An Analysis of a Global CO₂ Emissions Trading Program”, *Journal of Land Use & Environmental Law*, 1998, Vol. 14, 125-147.

Zbinden, S. & Lee, D.R., “Paying for Environmental Services: An Analysis Of Participation in Costa Rica’s PSA Program”, *World Development*, 2005, Vol. 33(2), 255-272.

DOCTRINASubmetido em
21/07/2021Aprovado em
10/05/2022**“BIOHACKING NUDGES” NO ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO AO ALUNADO COM DUPLA EXCEPCIONALIDADE****“BIOHACKING NUDGES” IN SPECIALIZED EDUCATIONAL SERVICE TO TWICE EXCEPTIONAL STUDENTS**Guilherme Carneiro Leão Farias¹**RESUMO**

Este artigo visa abordar o *biohacking* como alternativa na formulação de políticas públicas destinadas aos educandos superdotados com Síndrome de Asperger. Inicia apresentando a educação especial como direito social, a superdotação como necessidade educacional específica, a Síndrome de Asperger como um impedimento reconhecido como deficiência e a coexistência entre essas duas condições como problema público complexo. Relaciona o *biohacking* ao paternalismo libertário, expondo a inspiração de ambos no pensamento estoico. Ao fim, elenca *biohacks* enquadráveis na ideia de *nudge*, concluindo pela conveniência de seu emprego nos serviços de atendimento educacional especializado. Trata-se de pesquisa exploratória e qualitativa, com ênfase na coleta de dados e na revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE

Asperger. Superdotação. Educação especial. Políticas públicas. Paternalismo libertário.

ABSTRACT

This article aims to address “biohacking” as an alternative in the formulation of public policies aimed at gifted students with Asperger’s Syndrome. It begins by presenting special/gifted education as a social right, giftedness as a specific educational need, Asperger’s Syndrome as an impairment recognized as disability and the coexistence between these two conditions as a complex public problem. It relates “biohacking” to libertarian paternalism, exposing the inspiration of both in stoic thinking. Finally, it elicits “biohacks” within the idea of “nudge”, concluding for the convenience of their use in specialized educational services. It is an exploratory and qualitative research, with emphasis on data collection and bibliographic review.

KEYWORDS

Asperger’s. Giftedness. Special education. Public policy. “Nudging”.

¹ Mestre em Direito (2021) pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito (2008) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado empregado da Petróleo Brasileiro S.A. E-mails: guileao@uol.com.br e guilherme.leao@unirio.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste artigo é investigar a aplicabilidade da ideia de melhorar o desempenho humano por meio de manipulações ambientais lícitas (*biohacking*) como alternativa no atendimento educacional especializado (AEE). Como amostra, foi selecionado o alunado com Transtorno do Espectro Autista (TEA) do tipo 1 de 3 (ou Síndrome de Asperger) e com superdotação, por representar a intersecção dos três grupos explicitamente reconhecidos como destinatários da educação especial: “educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação” (artigo 58, *caput*, da Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996). Os objetivos específicos são dois. O primeiro é identificar as necessidades educacionais específicas decorrentes dessa dupla excepcionalidade. O segundo é propor, com base na ideia de paternalismo libertário (*nudging*), manipulações ambientais de baixo custo e mínima ofensividade, que tenham grande probabilidade de contribuir para a inclusão desses estudantes na rede regular de ensino.

Os recentes avanços na Epigenética e na Neurociência têm permitido uma compreensão cada vez maior do impacto que os estímulos ambientais têm no desempenho físico e psíquico do ser humano. A ideia de *biohacking* alia esse novo conhecimento científico à cultura e à ética *hacker* de superar limitações sistêmicas por meio de soluções criativas. Com a crescente massificação dos meios de comunicação, essa prática, antes restrita à elite dos empreendedores do Vale do Silício, na Califórnia, ganha cada vez mais adeptos e merece, com os devidos cuidados, ser pensada como ferramenta de otimização na implementação de políticas públicas voltadas à efetivação do direito social à educação. É aí que reside a relevância desta pesquisa.

Como primeira hipótese, adotar-se-á a de que a manipulação do ambiente escolar de modo a permitir um melhor desempenho acadêmico é uma alternativa não só útil, mas também necessária no AEE a alunos com superdotação que também apresentam o mais brando e subdiagnosticado dos transtornos do espectro do autismo: a Síndrome de Asperger.

E como segunda hipótese, a de que, dentre as manipulações ambientais mais recomendadas no círculo *biohacker*, aquelas relacionadas à redução da intensidade dos

estímulos luminosos e sonoros são as que tendem a apresentar resultados mais positivos no desempenho de estudantes com essa dupla excepcionalidade, por controlarem a manifestação clínica dos “comportamentos sensoriais incomuns” que caracterizam esse transtorno do neurodesenvolvimento.

Em relação à metodologia empregada, quanto aos objetivos, a pesquisa realizada enquadra-se como exploratória, porque se propõe a conhecer os potenciais benefícios de uma alternativa ainda não testada em matéria de políticas públicas educacionais. No que se refere à abordagem, a pesquisa se caracteriza como qualitativa, por utilizar instrumentos formais e estruturados para a coleta de dados. Nesse sentido, os dados foram obtidos a partir de atos normativos e de literatura não só da área do Direito, mas também das de Ciências Sociais e Políticas, Medicina, Pedagogia, Psicologia, atendendo, pois, à desejável transversalidade em matéria de análise de políticas públicas.

O desenvolvimento está dividido em seis seções. Na primeira, a educação especial será apresentada como direito social. Na segunda, serão abordadas as características da superdotação que justificam seu tratamento como necessidade educacional específica. Na terceira, será abordado o reconhecimento da Síndrome de Asperger como deficiência. Na quarta, a dupla excepcionalidade entre essas condições será tratada como um problema público complexo. Na quinta, o *biohacking* e o paternalismo libertário serão tratados como derivações contemporâneas do estoicismo. Finalmente, na sexta, são apresentadas manipulações ambientais que, se enquadrando na ideia de *nudge*, tendem a favorecer a inclusão dos integrantes da amostra.

2 EDUCAÇÃO ESPECIAL COMO DIREITO SOCIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CRFB), reconhece expressamente a educação como direito fundamental, mencionando-a, inclusive, antes da saúde no extenso rol de direitos sociais do artigo 6º. Esse direito, assegurado a todos, configura dever do Estado e da família e visa ao pleno desenvolvimento da pessoa (artigo 205 da CRFB).

O “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”, e “o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” são duas das

garantias mediante as quais esse dever do Estado brasileiro com a educação será efetivado (artigo 208, incisos III e V, da CRFB). Esses são os preceitos constitucionais originários que fundamentam a chamada educação especial.

Internalizada com *status* equivalente ao de emenda à Constituição (artigo 5º, parágrafo 3º, da CRFB), a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPcD), promulgada por meio do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009, obriga os Estados Partes a assegurar “sistema educacional inclusivo em todos os níveis” que objetive “o máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade” (artigo 24.1). Já no plano supralegal (artigo 5º, parágrafo 2º, da CRFB e Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP), merece destaque a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada por meio do Decreto n.º 3.956, de 8 de outubro de 2001, que firma o compromisso dos Estados Partes em “trabalhar prioritariamente” na “detecção e intervenção precoce, [...], educação, [...] e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas portadoras de deficiência” (artigo III.2, alínea *b*).

Nesse sentido, de acordo a Resolução n.º 2, de 11 de setembro de 2001, da Câmara de Educação Básica (CEB) do Conselho Nacional de Educação (CNE), que institui, para os níveis fundamental e médio, diretrizes nacionais para a educação especial, essa modalidade da educação escolar é entendida como um processo educacional definido por uma proposta pedagógica que assegure recursos e serviços educacionais comuns, de modo a garantir a educação escolar e promover o desenvolvimento das potencialidades dos educandos que apresentam necessidades educacionais especiais (artigo 3º, *caput*).

Oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, a educação especial destina-se, nos termos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), aos “educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação” (artigo 58, *caput*, com redação dada pelo artigo 1º da Lei n.º 12.796, de 4 de abril de 2013). Seus serviços são prestados de duas formas: a) complementar, para os estudantes com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento; e b) suplementar, para os estudantes com altas habilidades ou superdotação (artigo 2º, parágrafo 1º, do Decreto n.º 7.611, de 17 de novembro de 2011). E sua universalização

ao público-alvo com 4 a 17 anos, com a garantia de “recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados” constitui a Meta 4 do Plano Nacional de Educação de 2014-2024 (Anexo da Lei n.º 13.005, de 25 de junho de 2014).

3 SUPERDOTAÇÃO COMO NECESSIDADE EDUCACIONAL ESPECÍFICA

Ainda hoje reconhecida como importante marco normativo na trajetória de efetivação da educação especial no Brasil, a supracitada Resolução CEB/CNE n.º 2/2001 define os educandos com altas habilidades ou superdotação como aqueles que apresentam “grande facilidade de aprendizagem” que os leva a “dominar rapidamente conceitos, procedimentos e atitudes” (artigo 5º, inciso III). Já o Decreto n.º 10.502, de 30 de setembro de 2020, que institui a controversa Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida, define-os como os que “apresentem desenvolvimento ou potencial elevado em qualquer área de domínio, isolada ou combinada, criatividade e envolvimento com as atividades escolares” (artigo 5º, parágrafo único, inciso III).

Assim, a superdotação é reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio como uma das condições de elegibilidade para o acesso e a permanência nos serviços de educação especial suplementar. As definições regulamentares parecem inspiradas na do relatório “Education of the Gifted and Talented: Report to Congress” (Marland Jr., 1972):

Crianças superdotadas e talentosas são aquelas identificadas por pessoas profissionalmente qualificadas que, em virtude de suas excelentes habilidades, são capazes de alta performance. São crianças que requerem programas educacionais diferenciados e/ou serviços além daqueles fornecidos pelo programa escolar regular, a fim de realizar sua contribuição para si e para a sociedade.

Nas décadas seguintes à da elaboração desse histórico documento, pesquisas na área da Psicologia passaram a reconhecer que a inteligência humana é multifacetada e que a mera mensuração do quociente intelectual (QI) seria um parâmetro insuficiente para classificá-la. Essa ressignificação do intelecto expôs a necessidade de uma concepção mais ampla da superdotação, sendo que atualmente prepondera o Modelo dos Três Anéis,

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

teoria assim explicada por seu criador, o psicólogo estadunidense Joseph S. Renzulli (2014, p. 233 e 246):

A concepção da superdotação no Modelo dos Três Anéis é a teoria que tenta mostrar as principais dimensões do potencial humano para a criatividade produtiva.

[...]

O comportamento superdotado consiste em pensamentos e ações resultantes de uma interação entre três grupos básicos de traços humanos: habilidades gerais e/ou específicas acima da média, altos níveis de comprometimento com a tarefa e altos níveis de criatividade.

As principais características diferenciadoras observadas na criança com superdotação e a relação dessas características com possíveis problemas estão organizadas no Quadro 1 a seguir.

Quadro 1 - Características diferenciadoras da criança superdotada e os possíveis problemas associados a elas

	Características diferenciadoras da criança superdotada	Possíveis problemas associados
1	Enorme armazenamento de fatos. Excelente memória de longo prazo.	Tédio e impaciência em aula.
2	Pensador muito rápido.	Pode ficar frustrado com os outros que, em comparação, pensam lentamente
3	Compreensão muito avançada.	Odeia o aprendizado de rotina. É chamado “pedante” ou similar. Irritado com o nível do trabalho escolar.
4	Pensador criativo.	Pode ser visto como perturbador.
5	Altamente curioso. Muitos interesses.	Começa muitos projetos – talvez não os termine se os conceitos estiverem esgotados, e os trabalho se tornar tedioso. Pode não funcionar bem em grupo.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

6	Um alto grau de referência normativa. Isto é, o ato de comparar a si mesmo com os outros.	Pode se tornar arrogante ou elitista se não for dada a oportunidade de interagir com seus pares. Autoestima mais inflada. Pode ser intolerante com os outros, chamando-os de estúpidos. Alternativamente, pode diminuir seu desempenho, a fim de se encaixar, ou simplesmente esconder habilidades.
7	Grande habilidade verbal.	Domina as discussões. Usa essa habilidade para evitar fazer tarefas difíceis.
8	Uso avançado da linguagem.	Isso pode alienar a criança de seus pares.
9	Gera pensamento original.	Pode ser contestador, opositivo a outro conjunto de formas de pensar. Ressente-se com a conformidade.
10	Encontra soluções fora do comum e tem opiniões contundentes.	Frustrado por não ser entendido. Outros podem considerar a criança estranha ou esquisita.
11	Persistente e direcionado a objetivos.	Outros podem vê-lo como teimoso e não cooperativo.
12	Pensa em termos abstratos muito cedo na vida.	Pode estar preocupado com a morte ou com o significado da vida. Pode rejeitar detalhes a favor de conceitos que podem ser vistos como desrespeitosos por outros – <i>e.g.</i> crença ateuista.
13	Pensador profundo.	Odeia prazos e, portanto, pode evitar fazer o trabalho em vez de fazê-lo pela metade.

Fonte: Adaptado de Francis Heylighen (2003, tradução nossa).

Segundo Joseph S. Renzulli (2014, p. 233), a educação especial suplementar teria dois grandes propósitos:

O primeiro propósito da educação do superdotado é fornecer aos jovens o máximo de oportunidades para autorrealização por meio do desenvolvimento e da expressão de uma área ou de uma combinação de áreas de desempenho em que o potencial superior possa estar presente. O segundo propósito é aumentar a quantidade de pessoas, na sociedade, que ajudarão na solução dos problemas da civilização contemporânea, transformando-se em produtoras de conhecimento e arte, em vez de meras consumidoras das informações existentes.

No Brasil, a realização desses propósitos esbarra antes de tudo na falta de informações a respeito da população superdotada. Com o objetivo de ampliar a base de dados nacional, tendo em vista, inclusive, o caráter estratégico de identificar, cadastrar e atender os elegíveis à educação especial suplementar, foi promulgada a Lei n.º 13.234, de 29 de dezembro de 2015, que, por meio do acréscimo do artigo 59-A à LDB, determinou a instituição, pelo poder público, de cadastro nacional “a fim de fomentar a execução de políticas públicas destinadas ao desenvolvimento pleno das potencialidades desse alunado”.

Enquanto a União se mantém inerte, em mora legislativa por mais de seis anos na data da submissão da versão revisada deste artigo, alguns entes periféricos já aprovaram e promulgaram leis dispendo sobre procedimentos de identificação e cadastramento de alunos com altas habilidades e superdotação, tais como: o Estado de Mato Grosso do Sul (Lei n.º 4.941, de 24 de novembro de 2016); o Estado da Paraíba (Lei n.º 11.527, de 4 de dezembro de 2019); o Estado do Rio de Janeiro (Lei n.º 7.726, de 9 de outubro de 2017); e o Município de Porto Alegre/RS (Lei n.º 9.811, de 8 de agosto de 2005).

4 SÍNDROME DE ASPERGER COMO DEFICIÊNCIA

Descrita desde o final da década de 30 do século XX pelo médico psiquiatra austríaco Johann “Hans” Karl Asperger e definitivamente incorporada ao vocabulário médico no início da década de 80 pela inglesa Lorna Wing, também médica psiquiatra, a Síndrome de Asperger (CID-10 F84.5) ou o Transtorno do Espectro Autista de nível 1 de 3 é um transtorno do neurodesenvolvimento, necessariamente desacompanhado de comprometimentos intelectuais e linguísticos, com parâmetros diagnósticos previstos tanto na Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10, da

Organização Mundial da Saúde (OMS), quanto no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, Quinta Edição (DSM-5), da Associação Americana de Psiquiatria (APA).

Juridicamente, é considerada, para todos os efeitos legais, um impedimento de longo prazo (*long-term impairment*):

- de caráter:
 - misto, porque tem natureza tanto mental (ou, mais adequadamente, psicossocial e neurológica) quanto sensorial, na forma de hipo- ou hipersensibilidade a estímulos visuais, auditivos, olfativos, gustativos e táteis; e
 - permanente, porque, sob a perspectiva de medicina baseada em evidências, não há possibilidade de reversão ou cura;
- explicitamente reconhecido como presumidamente indutor de deficiência (*disability*), em âmbito nacional, pela Lei n.º 12.764, de 27 de dezembro de 2012 (Lei Berenice Piana¹), que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, e pelo Decreto n.º 8.368, de 2 de dezembro de 2014, que a regulamenta, atos normativos que são:
 - posteriores e especiais em relação à Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989, e ao Decreto n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1999, os quais dispõem sobre a atualmente denominada Política Nacional para a Inclusão da Pessoa com Deficiência;
 - anteriores, porém especiais em relação à Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, a qual institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência); e

¹ Nomenclatura alusiva à ativista e diretora administrativa da Associação em Defesa do Autista (ADEFA), entidade apresentante da Sugestão Legislativa (SUG) n.º 1, de 26 de março de 2010, convertida no Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n.º 168, de 14 de abril de 2011, de autoria da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) (Projeto de Lei n.º 1.631, de 20 de junho de 2011, na Câmara dos Deputados).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

- veículos de preceitos gerais em relação às legislações subnacionais, as quais, em matéria de competência concorrente e/ou suplementar, não afastam nem restringem direitos e garantias assegurados em legislação nacional (artigos 24, inciso XIV e parágrafos 1º e 2º, e 30, inciso II, da CRFB), prevalecendo sempre a mais favorável à pessoa com deficiência (princípio *pro homine* ou *pro persona*) (artigo 4.4 da CDPcD);
- de espécie expressamente identificada na Classificação Internacional de Doenças, Décima Revisão (CID-10) sob o código F.84.5, cujo alto rendimento em certas searas da vida ilude, mas não elide o acentuado grau de dificuldade para a integração social (Assumpção Jr.; Kuczinski, 2011, p. 47-48);
- de grau presumivelmente leve, atribuível com base nos parâmetros não só da Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10, da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) e do DSM-5, mas também dos instrumentos criados pelo Poder Executivo da União para fins assistenciais², fiscais³ e previdenciários⁴;
- de existência, relevância e extensão aferíveis por meio de diagnóstico essencialmente clínico, segundo a subseção 6.1 das Diretrizes de Atenção à Reabilitação da Pessoa com Transtornos do Espectro do Autismo (TEA), do Ministério da Saúde, em perícia direta conduzida por equipe multiprofissional e interdisciplinar (artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei

² Cf. artigo 16 do Anexo ao Decreto n.º 6.214, de 26 de setembro de 2007, regulamentado pela Portaria Conjunta n. 1, de 29 de maio de 2009, do então Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); e artigo 40-B da Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993, acrescentado pelo artigo 14 da Lei n.º 14.176, de 22 de junho de 2021.

³ Cf. artigo 1º, inciso IV e parágrafos 3º a 6º, da Lei n.º 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, com redação dada pelo artigo 2º da Lei n.º 10.690, de 16 de junho de 2003, regulamentado pela Portaria Interministerial n.º 2, de 21 de novembro de 2003, do Ministério da Saúde (MS) e da então Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SDS).

⁴ Cf. artigo 70-D, parágrafos 2º e 4º, do Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999, regulamentados pela Portaria Conjunta n.º 1, de 27 de janeiro de 2014, da Advocacia-Geral da União (AGU), do então Ministério da Previdência Social (MPS), do então Ministério da Fazenda (MF), da então Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) e do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

n.º 13.146/2015) com experiência neste transtorno, formada, preferencialmente, por médico especialista em Pediatria, Psiquiatria ou Neurologia⁵, psicólogo especialista em Neuropsicologia⁶ e assistente social⁷, opcionalmente assistidos por fonoaudiólogo especialista em Fonoaudiologia Educacional⁸, Fonoaudiologia Neurofuncional⁹ ou Neuropsicologia¹⁰, fisioterapeuta especialista em Fisioterapia Neurofuncional¹¹ e/ou por terapeuta ocupacional especialista em Terapia Ocupacional em Saúde Mental¹² ou em Terapia Ocupacional em Contexto Escolar¹³;

- de etiologia ainda indefinida, mas provavelmente neurobiológica, decorrente da interação entre alterações genéticas e fatores ambientais, com manifestações não limitadas ao sistema nervoso (Sabra *et al.*, 2012);
- compatível, em tese, com o exercício de qualquer profissão ou ocupação, bem como de qualquer cargo, emprego ou função públicos porque:
 - desde que respeitados o direito à diferença e o perfil vocacional, essa espécie de transtorno global do desenvolvimento, ao contrário de outras, como o autismo atípico (CID-10 F84.1) e o associado à Síndrome de Rett (CID-10 F84.2), não envolve funcionamento intelectual significativamente inferior à média (artigo 4º, inciso IV, *caput*, do Decreto n.º 3.298/1999) nem deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para a interação social (artigo 1º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei Berenice Piana);

⁵ Cf. artigo 1º, letra A, da Portaria n.º 1/2008-CME, aprovada pela Resolução n.º 2.221/2018, do Conselho Federal de Medicina (CFM).

⁶ Cf. artigo 3º da Resolução n.º 13/2007, do Conselho Federal de Psicologia (CFP), com redação dada pelo artigo 1º da Resolução n.º 18/2019-CFP.

⁷ Cf. artigo 5º, inciso IV, da Lei n.º 8.662, de 7 de junho de 1993.

⁸ Cf. artigo 1º da Resolução n.º 382/2010, do Conselho Federal de Fonoaudiologia (CFFa), com redação dada pelo artigo 6º da Resolução n.º 387/2010-CFFa; e Resolução n.º 387/2010-CFFa.

⁹ Cf. artigo 1º da Resolução n.º 453/2014-CFFa; e Resolução n.º 464/2015-CFFa.

¹⁰ Cf. artigo 1º da Resolução n.º 453/2014-CFFa; Resolução n.º 466/2015-CFFa e Resolução n.º 489/2016-CFFa.

¹¹ Cf. Resolução n.º 189/1998, do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (COFFITO).

¹² Cf. artigo 1º, alínea *a*, da Resolução n.º 366/2009-COFFITO, com redação dada pelo artigo 1º da Resolução n.º 371/2009-COFFITO; e Resolução n.º 408/2011-COFFITO.

¹³ Cf. Resolução n.º 500/2018-COFFITO.

- habilidades sociais não intuitivas podem ser adquiridas por vias intelectuais alternativas, mediante provocação e prática reiterada, estas facilitadas por técnicas específicas, como a Terapia Cognitivo-Comportamental (TCC) e a Psicologia do Construto Pessoal (PCP) (Attwood, 2015, p. 161-181 e 335-336).

Com o objetivo de aprimorar a formulação de políticas públicas voltadas às pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA), foi determinada a inclusão de suas especificidades nos censos demográficos realizados a partir de 2019 por meio do acréscimo de parágrafo único ao artigo 17 da Lei n.º 7.853/1989, pelo artigo 1º da Lei n.º 13.861, de 18 de julho de 2019. Além disso, o mapeamento de pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA), que inclui medidas visando ao diagnóstico precoce e à formação de cadastro, é disciplinado por dezessete Estados (65,38%)¹⁴ e por quinze Capitais (57,69%)¹⁵.

Quatro das principais medidas legislativas baseadas nas condutas típicas dos transtornos do espectro do autismo, nestes incluída a Síndrome de Asperger, são:

1) para prevenir o agravamento das manifestações clínicas em aglomerações humanas, a prioridade de atendimento, identificada em cartazes pela fita quebra-cabeça, determinada, em âmbito nacional, pelo artigo 1º, parágrafo 3º, da Lei Berenice Piana, parágrafo esse acrescentado pelo artigo 2º da Lei n.º 13.977, de 8 de janeiro de 2020 (Lei Romeo Mion);

¹⁴ Região Norte: Acre (Lei n.º 2.976/2015), Amazonas (Lei Promulgada n.º 100/2011), Pará (Lei n.º 9.061/2020), Rondônia (Lei n.º 2.847/2012) e Roraima (Lei n.º 1.186/2017). Região Nordeste: Maranhão (Lei n.º 10.990/2019), Pernambuco (Lei n.º 15.487/2015), Piauí (Lei n.º 6.372/2013) e Rio Grande do Norte (Lei n.º 10.818/2021). Região Centro-Oeste: Goiás (Lei n.º 19.075/2015), Mato Grosso (Lei n.º 10.791/2018 e Lei n.º 11.060/2019) e Mato Grosso do Sul (Lei n.º 5.192/2018). Região Sudeste: Rio de Janeiro (Lei n.º 8.506/2019) e São Paulo (Lei n.º 17.158/2019). Região Sul: Paraná (Lei n.º 17.555/2013 e Lei n.º 19.590/2018), Rio Grande do Sul (Lei n.º 15.322/2019) e Santa Catarina (Lei n.º 17.292/2017).

¹⁵ Região Norte: Boa Vista/RR (Lei n.º 1.410/2012), Manaus/AM (Lei n.º 1.495/2010) e Rio Branco/AC (Lei n.º 2.284/2018). Região Nordeste: Fortaleza/CE (Lei n.º 10.559/2017), João Pessoa/PB (Lei n.º 12.514/2013), Maceió/AL (Lei n.º 6.529/2016), Natal/RN (Lei n.º 6.783/2018) e São Luís/MA (Lei n.º 6.425/2019). Região Centro-Oeste: Campo Grande/MS (Lei n.º 5.863/2017), Cuiabá/MT (Lei n.º 6.084/2016) e Goiânia/GO (Lei n.º 9.456/2014, Lei n.º 9.844/2016 e Lei n.º 10.118/2018). Região Sudeste: Rio de Janeiro/RJ (Lei n.º 4.709/2007 e Lei n.º 5.573/2013) e Vitória/ES (Lei n.º 8.955/2016, Lei n.º 9.034/2016 e Lei n.º 9.119/2017). Região Sul: Curitiba/PR (Lei n.º 9.000/1996) e Porto Alegre/RS (Lei n.º 12.516/2019).

2) para prevenir problemas decorrentes do caráter não aparente da deficiência, a criação de documento de identificação, autorizada, em âmbito nacional, pelo artigo 3º-A da Lei Berenice Piana, dispositivo também acrescentado pelo artigo 2º da Lei Romeo Mion, sob a denominação de Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (Ciptea);

3) para reduzir as manifestações de hipersensibilidade visual e auditiva, a reserva de sessão cinematográfica periódica com adaptações necessárias, obrigatoriedade essa que, em âmbito nacional, foi vetada pelo Presidente da República, Sr. Jair Messias Bolsonaro, mas que já foi estabelecida por quatro Estados (15,38%)¹⁶ e três Capitais (11,54%)¹⁷; e

4) para reduzir as manifestações de hipersensibilidade tátil, a dispensa, mediante declaração médica, da obrigação de manter boca e nariz cobertos, por máscara de proteção individual, durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, dispensa essa autorizada, em âmbito nacional, pelo artigo 3º-A, parágrafo 7º, da Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, acrescentado pelo artigo 3º da Lei n.º 14.019, de 2 de julho de 2020.

5 DUPLA EXCEPCIONALIDADE COMO PROBLEMA PÚBLICO COMPLEXO

Nem toda pessoa com superdotação apresenta Síndrome de Asperger; e nem toda pessoa com Síndrome de Asperger apresenta superdotação. A coexistência necessária dessas duas condições é um mito (Aguiar; Rocha, 2017; Cuminale, 2017; Szalavitz, 2017). No entanto, efetivamente, segundo Tony Attwood (2015, p. 265-266, tradução nossa):

Existem crianças e adultos com síndrome de Asperger que têm habilidades cognitivas que estão significativamente acima da média, i.e. um QI acima de 130, e às vezes são descritos como superdotados e talentosos (Lovecky 2004). Isso pode oferecer várias vantagens e desvantagens para a criança. As vantagens incluem uma maior capacidade de processar e aprender intelectualmente pistas e sugestões sociais. [...] Talentos cognitivos podem levar a uma carreira lucrativa,

¹⁶ Região Norte: Amapá (Lei n.º 2.479/2020) e Amazonas (Lei n.º 4.892/2019). Região Nordeste: Pernambuco (Lei n.º 16.620/2019). Região Sul: Paraná (Lei n.º 19.928/2019).

¹⁷ Região Nordeste: João Pessoa/PB (Lei n.º 13.694/2019) e Salvador/BA (Lei n.º 9.416/2018). Região Sudeste: São Paulo/SP (Lei n.º 17.272/2020).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

desenvolvendo tecnologia ou a uma carreira ilustre conduzindo pesquisas. No entanto, existem muitas desvantagens. Crianças com síndrome de Asperger são mais social e emocionalmente imaturas do que seus pares, o que contribui para serem socialmente isoladas, ridicularizadas e importunadas. Ter maturidade intelectual consideravelmente avançada em comparação com os pares pode aumentar ainda mais o isolamento social e a alienação. [...] A criança pode ter habilidades intelectuais avançadas, mas têm altos padrões auto-impostos que podem levar a considerável frustração.

Essa coexistência de Síndrome de Asperger e superdotação configura espécie de dupla excepcionalidade, condição assim definida nos anais do “2014 Twice Exceptional Community of Practice”, por um grupo norte-americano formado por educadores, psicólogos e advogados (Kaufman, 2018, p. 20, tradução nossa):

Indivíduos com dupla excepcionalidade evidenciam capacidade excepcional e deficiência, o que resulta num conjunto único de circunstâncias. Sua capacidade excepcional pode dominar, escondendo sua deficiência; sua deficiência pode dominar, escondendo sua capacidade excepcional; uma pode mascarar a outra de modo que nenhuma delas seja reconhecida ou enfrentada.

Alunos com dupla excepcionalidade, que podem ter desempenho abaixo, dentro, ou acima do nível de ensino, exigem o seguinte:

- Métodos especializados de identificação que considerem a possível interação das excepcionalidades.
- Oportunidades educacionais enriquecidas/avançadas que desenvolvam os interesses, dons e talentos da criança, além de atender às necessidades de aprendizado da criança.
- Apoio simultâneo que garanta o sucesso acadêmico e o bem-estar socioemocional da criança, como acomodações, intervenções terapêuticas e instrução especializada.

As características mais comumente observadas em crianças que apresentam essa espécie de dupla excepcionalidade são apresentadas no Quadro 2, que compara essas crianças, por um lado, às que apresentam apenas a Síndrome de Asperger e, por outro, às que somente apresentam a superdotação.

Quadro 2 - Características mais comuns observadas em crianças com superdotação e Síndrome de Asperger

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

	Comparação a crianças com Síndrome de Asperger sem superdotação	Comparação a crianças com superdotação sem Síndrome de Asperger
1	Interesses Especiais:	Interesses Especiais:
	<p>Em comparação com outras crianças com Síndrome de Asperger, as crianças superdotadas com Síndrome de Asperger têm uma maior paixão em aprender. Enquanto elas também são teimosas sobre não fazer coisas que consideram triviais ou desinteressantes, também há muito mais coisas que elas querem saber. Algumas têm paixão por várias áreas de interesse. Além disso, o interesse apaixonado é mais provável de ter substância e profundidade. Em vez de simplesmente coletar e organizar as coisas, algumas crianças superdotadas com Síndrome de Asperger, especialmente aquelas com valores de QI muito altos, têm maior probabilidade de classificar o material e integrá-lo a outras áreas do conhecimento. [...] As crianças superdotadas com Síndrome de Asperger têm uma chance maior de que sua área de interesse especial resulte em uma carreira produtiva ou <i>hobby</i>. [...] Por causa disso, a criança superdotada com Síndrome de Asperger também tem uma chance maior de buscar educação superior e encontrar um emprego adulto em que déficits sejam</p>	<p>As crianças superdotadas com Síndrome de Asperger, como outras crianças superdotadas, têm interesse absorvente e adquirem grandes quantidades de informações factuais sobre o interesse. Como outras crianças superdotadas, aquelas com Síndrome de Asperger darão respostas longas e elaboradas a questões em áreas de conhecimento e interesse. Eles têm o desejo de aprender coisas novas, especialmente conhecimento factual e conceitual. Ao contrário de outras crianças superdotadas, as pessoas com Síndrome de Asperger podem coletar informações e categorizá-las, mas podem não conectá-las a qualquer outra coisa que estejam aprendendo. Muitos não fazem comparações sutis que outras crianças superdotadas fazem a outros campos do conhecimento. Como eles não veem facilmente um quadro geral, é mais difícil ver como uma tendência em uma área pode ser em outra. Há exceções para isso com algumas das crianças mais talentosas [...].</p> <p style="text-align: center;">Crianças superdotadas, com e sem Síndrome de Asperger, são capazes de mergulhar em material de interesse. O hiperfoco pode levar à criatividade. A</p>

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

	<p>vistos como excentricidades ao invés de desvantagens.</p>	<p>quantidade de imaginação e criatividade, assim como o comprometimento com um tópico, podem levar à produtividade [...]. Muitas crianças superdotadas com Síndrome de Asperger são perfeccionistas que querem ter um desempenho perfeito e estão dispostas a praticar até conseguirem. Assim, elas são capazes de trabalhar duro pelo seu objetivo.</p> <p>Embora as crianças superdotadas com Síndrome de Asperger possam se concentrar em um empreendimento criativo, elas têm mais dificuldade em ser criativas do que as crianças superdotadas sem Síndrome de Asperger. Isto é tanto porque suas ideias são muito diferentes quanto porque é difícil para elas irem da ideia para a realidade. [...]</p> <p>Como crianças superdotadas sem Síndrome de Asperger, aquelas com Síndrome de Asperger podem ser grandes realizadores em uma variedade de campos, incluindo matemática, escrita, literatura, ciências, estudos sociais, idiomas estrangeiros, debates, teatro, xadrez, música e arte, e competições de vários tipos. As crianças superdotadas com Síndrome de Asperger podem ser especialmente talentosas em matemática e ciências. Eles podem estar interessados em novas teorias mesmo na infância [...]. Elas podem ter habilidades</p>
--	--	--

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

		tipo <i>savant</i> ou até mesmo ser um prodígio na música, matemática, xadrez e outras áreas.
2	Imaginação e criatividade:	Desenvolvimento cognitivo:
	<p>Crianças superdotadas com Síndrome de Asperger usam a imaginação de várias maneiras. Elas podem ter terras, idiomas e jogos imaginários. [...] Algumas crianças superdotadas com Síndrome de Asperger contam histórias complexas e imaginativas. Algumas histórias são bastante originais, enquanto outras são baseadas na montagem de muitas outras histórias que ouviram ou leram. [...] As crianças superdotadas com Síndrome de Asperger podem ser pensadores visuais que desenvolvem soluções criativas para os problemas.</p>	<p>Crianças superdotadas com Síndrome de Asperger mostram mais variabilidade nos perfis de teste de QI do que outras crianças superdotadas. Eles mostram discrepâncias mais amplas nas pontuações verbais e de desempenho, e mostram uma maior dispersão de subtestes. Assim, crianças superdotadas com Síndrome de Asperger mostrarão alguns escores abaixo da média, enquanto que a maioria das crianças superdotadas apresenta escores mais baixos que a média. Os escores mais baixos de subtestes para a maioria das crianças superdotadas tendem a estar no funcionamento visual-motor. Suas pontuações não são baixas, apenas não tão bem desenvolvidas quanto os escores de raciocínio verbal e não verbal. Além disso, as pontuações no teste do conhecimento social [...] são frequentemente mais baixas. O funcionamento visual-motor está frequentemente abaixo da média.</p> <p>Isso significa que, em termos acadêmicos, as crianças superdotadas com SA apresentam mais dificuldades com a produção de trabalho, especialmente o trabalho escrito. Eles também mostram problemas sutis de</p>

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

		<p>linguagem que outras crianças superdotadas não mostram; aqueles com AS são muito mais literais.</p> <p>Embora avançadas em habilidades de leitura, as crianças superdotadas com SA têm mais problemas do que os pares talentosos na análise da literatura por metáforas, ironia e em seguir um tema.</p>
3	Desenvolvimento precoce:	Desenvolvimento precoce:
	<p>Em seus primeiros anos, as crianças superdotadas com Síndrome de Asperger aprendem a falar e a usar um vocabulário mais complexo em idade mais precoce do que as crianças comuns com Síndrome de Asperger. Elas também usam palavras mais especializadas de uma área de interesse de uma idade anterior. No entanto, nem todas as crianças superdotadas com Síndrome de Asperger apresentam habilidades linguísticas avançadas. Vários no Centro de Recursos Superdotados da Nova Inglaterra, apesar dos altos índices de QI, eram médios ou um pouco atrasados na fala.</p> <p>Muitas crianças superdotadas com Síndrome de Asperger aprendem a ler nos primeiros anos da pré-escola, e a compreensão pode não ficar atrás da decodificação. Em anos posteriores, a leitura pode continuar avançada e a capacidade de compreensão continuará a aumentar. Algumas crianças</p>	<p>Crianças superdotadas, com ou sem Síndrome de Asperger, apresentam desenvolvimento precoce semelhante de linguagem e expressão verbal. Sua memória descritiva e factual inicial é avançada em relação aos companheiros de idade. Muitas crianças superdotadas com Síndrome de Asperger, como outras crianças superdotadas, são leitores, ortógrafos, escritores e matemáticos.</p>

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

	<p>superdotadas com Síndrome de Asperger mantêm alta capacidade de ler não-ficção, mas possuem menor compreensão de ficção. Isso se deve mais à linguagem metafórica do que à compreensão real.</p> <p>Crianças superdotadas com Síndrome de Asperger que estão interessadas em números podem ser prodígios matemáticos e continuar a acelerar em matemática por meio de cursos de nível universitário.</p>	
4	Perfis de teste:	Social / emocional
	<p>O perfil de pontos fortes e fracos de crianças superdotadas com Síndrome de Asperger pode ser mais amplo do que para crianças mais comuns com Síndrome de Asperger. [...] Assim, crianças superdotadas com Síndrome de Asperger podem ter maior habilidade em tarefas verbais, e em descobrir as respostas corretas para cenários de interação social apresentados como uma história ou teste, mas terão tantos problemas quanto outras crianças com Síndrome de Asperger em desempenho social.</p>	<p>Como outras crianças superdotadas, aquelas com Síndrome de Asperger podem mostrar um alto nível de desenvolvimento moral. Seus conceitos de justiça e equidade podem ser avançados, e elas podem aderir a ideais de seguir regras, sendo honestas e justas. Por outro lado, elas podem ter dificuldade em aplicar as regras de maneira flexível.</p> <p>Como outras crianças superdotadas, aquelas com Síndrome de Asperger são mais assíncronas do que as crianças comuns. Ao contrário de outras crianças superdotadas, aquelas com Síndrome de Asperger são muito menos maduras e agem como crianças muito mais jovens em situações sociais. Enquanto outras crianças superdotadas podem não ter amigos porque não conseguem encontrar outros que</p>

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

		<p>compartilham seus interesses, ou jogar no nível de sofisticação de que precisam, elas sabem como se socializar em um nível apropriado. Aquelas com Síndrome de Asperger, no entanto, não sabem como fazer amigos ou jogar de maneira sofisticada. Dada outra criança talentosa com interesses semelhantes, elas não serão capazes de interagir em um nível apropriado.</p> <p>As crianças superdotadas com Síndrome de Asperger são muito menos maduras e, ao contrário da criança superdotada com TDAH, atua de forma madura às vezes e de forma imatura em outras. Aqueles com Síndrome de Asperger agem abaixo do nível de idade na maioria das vezes.</p>
--	--	--

Fonte: Adaptado de Deidre V. Lovecky (2004, tradução nossa).

A presença dessas diferenças aponta para a insuficiência de políticas públicas de educação especial suplementar que ignoram ou subestimam o fato de uma parcela da clientela superdotada apresentar, concomitantemente, um transtorno global do desenvolvimento, demandando, pois, medidas compensatórias específicas que as permitam acompanhar o ritmo da parcela sem Síndrome de Asperger. Nesse sentido, Deidre V. Lovecky (2004) conclui que:

Crianças e adolescentes superdotados com Síndrome de Asperger têm um duplo desafio. Eles são frequentemente excepcionais no pensamento abstrato e na aquisição de conhecimento; eles têm habilidades avançadas em muitas áreas e estão ansiosos para aprender. Quando apaixonadamente interessados, eles têm um potencial real para fazer coisas que valem a pena na vida adulta. Por outro lado, sofrem de graves déficits de consciência social, interações sociais e cognição social, e esses déficits interferem no funcionamento social e emocional. Ao ajudar crianças superdotadas com Síndrome de Asperger, é importante trabalhar em suas áreas de déficits para estimular o máximo de crescimento possível. Ao mesmo tempo, é vital que essas crianças superdotadas tenham a oportunidade de desenvolver áreas de força e

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

interesses. Seus interesses são a chave para o sucesso dos adultos. As crianças superdotadas com Síndrome de Asperger precisam aprender habilidades sociais suficientes para negociar o mundo adulto e funcionar em um emprego. No entanto, é importante encontrar um emprego que atenda aos seus interesses e talentos [...].

6 “BIOHACKING”, ESTOICISMO E PATERNALISMO LIBERTÁRIO

De acordo com Isacco Anneda (2019, tradução nossa), *biohacking* ou *hackear* seu corpo “literalmente significa encontrar maneiras não convencionais de atingir todo o potencial do corpo”, “removendo coisas que limitam suas funções”. No mesmo sentido, Julia Kraft (2018, tradução nossa) afirma que “[b]iohacking’ é sobre desconstruir e influenciar o ambiente para que seu desempenho mental e físico possa ser otimizado”. Olli Sovijärvi, Teemu Arina e Jaako Halmetoja (2018, p. 6, tradução nossa) acrescentam que:

O “biohacking” pode ser comparado à cibernética (do grego *kybernetike*, "a arte da navegação"), que envolve o estudo de sistemas de controle automático. Para entender o sistema cibernético, é importante entender os conceitos de entrada, processo, saída e *feedback*. [...] Um ser humano funciona melhor em um relacionamento harmonioso com seu ambiente. Através do pensamento sistêmico, podemos entender o quão dependentes os seres humanos são de vários fatores ambientais.

Já Ryan Goodwin (2019, tradução nossa) esclarece que o *biohacking* “tem sido usado há séculos”, “desde os dias dos caçadores-coletores até o dos atletas olímpicos modernos”. De fato, não é difícil reconhecer similitudes entre essa ideia, popularizada no início do século XXI pelos empreendedores do Vale do Silício, Califórnia, e o estoicismo. Fundada em Atenas, Grécia, por Zenão de Cítio (333a.C.–263a.C.), essa escola do pensamento sustenta a necessidade de controle dos próprios pensamentos, mesmo diante de situações imprevistas. Na formulação estoica, não devemos nos preocupar com o que não está sob nosso controle. Quanto ao que podemos controlar, devemos manter a tranquilidade, pois é muito importante que não nos abalemos com as circunstâncias (Garnett, 2018; Miller, 2019). Em “Da Tranquilidade da Alma”, de Sêneca (4a.C.–65d.C.), por exemplo, o filósofo estoico propõe que nos persuadamos de que toda situação está sujeita a mudanças e de que tudo que cai sobre os outros pode igualmente cair sobre

nós; dessa forma, a pessoa estaria preparada, caso houver algum reverso da sorte, com firmeza da alma e coragem para superar as adversidades.

A filosofia estoica se torna uma influência para o pensamento ocidental, tendo sido ela integrada à tradição do pensamento cristão, de Paulo de Tarso (5–67d.C.) a Agostinho de Hipona (354–430d.C.), passando por Santo Tomás de Aquino (1225–1274d.C.) e chegando à filosofia moderna com Baruch Spinoza (1632–1677d.C.) e Immanuel Kant (1724–1804d.C.). É bom que se registre, ainda, que a origem na filosofia estoica é atribuída a várias escolas da psicoterapia como a Terapia Cognitiva Comportamental (Pigliucci; Lopez, 2019).

A seu turno, a Psicologia Comportamental encontra-se na base da pesquisa do economista estadunidense Richard H. Thaler, premiado com o Nobel em 2017, que, em coautoria com o advogado compatriota Cass R. Sunstein, criou o conceito de “paternalismo libertário”. Os autores procuram desfazer a aparente contradição entre os termos, esclarecendo que o lado libertário de suas estratégias “se encontra na convicção de que as pessoas devem ter liberdade para fazer o que quiserem, inclusive recusar acordos desvantajosos” e que o lado paternalista “se encontra na ideia de que os arquitetos de escolha têm toda a legitimidade para tentar influenciar o comportamento das pessoas, desde que seja para tornar a vida delas mais longa, mais saudável e melhor” (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 13-14).

Em matéria de políticas públicas, a arquitetura de escolha (também conhecida como *nudging*, palavra inglesa que equivaleria à expressão “dar um empurrãozinho”) tem despertado cada vez mais a atenção dos atores envolvidos nas fases da formulação e da tomada de decisão, conforme constatam Victor Bekkers, Menno Fenger e Peter Scholten (2017, p. 140, tradução nossa):

O “nudging” não é apenas uma das estratégias de direção mais recentes e mais discutidas, mas também é muito discutido no governo e na política atualmente.

Políticos e governos vêem o “nudging” como um modo modesto e amigável, mas ainda efetivo, de atingir os objetivos do governo sem qualquer elemento de força ou com muitos investimentos do governo. O “nudging” envolve maneiras variadas de mudar a provisão de informação ou mudar as arquiteturas de escolha das pessoas para influenciar o comportamento em uma determinada direção.

Por melhores que sejam as intenções, a ideia de aplicar o conhecimento das funções mentais para induzir comportamentos na população não está a salvo de críticas. Apesar disso, mesmo entre os opositores do paternalismo libertário há consenso quanto ao fato de a arquitetura de escolha ser menos discutível em relação às pessoas humanas em desenvolvimento, especialmente em matéria de políticas públicas que objetivam a efetivação do direito à educação (Wu, 2009).

7 “BIOHACKS” COMO “NUDGES”

Como abordagem holística, voltada à otimização da performance humana, baseada nos mais recentes avanços em áreas como a Biofísica Quântica, a Biorrobótica, a Neurociência, a Neuropsicologia, a Nutrigenética e a Nutrigenômica, o *biohacking* comporta uma vasta gama de manipulações ambientais intencionadas, com diferentes graus de complexidade e de custo. No entanto, dessa miríade de *biohacks*, somente aqueles que atendam, simultaneamente, aos requisitos da modicidade, da simplicidade e da inofensividade poderiam ser empregados como *nudges*, conforme Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein (2019, p. 14):

[...] nudge, na nossa concepção, é um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada um nudge, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Um nudge não é uma ordem.

Nessa linha de raciocínio, e reconhecendo a ainda tímida destinação de recursos ao financiamento de políticas públicas de educação especial, de que forma o *biohacking* pode ser utilizado como paternalismo libertário voltado à inclusão de superdotados com Síndrome de Asperger?

A resposta passa pela identificação e pela remoção das barreiras arquitetônicas e atitudinais (artigo 3º, inciso IV, alíneas *b* e *e*, da Lei n.º 13.146/2015) encontradas nas próprias instituições de ensino, sejam elas escolas especializadas ou escolas regulares inclusivas (artigo 2º, incisos VI e X, do Decreto n.º 10.502/2020), barreiras essas que, em interação com os impedimentos de natureza mental (psicossocial, neurológica) e sensorial que compõem a apresentação clínica do TEA (artigo 1º, parágrafo 1º, inciso II, *in fine*, da

Lei n.º 12.764/2012), tendem a obstruir a participação dos superdotados com Síndrome de Asperger nas atividades suplementares em igualdade de condições com seus pares sem essa deficiência (Artigo 1, segundo parágrafo, da CDPcD). Isso porque o impacto da sensibilidade sensorial no desempenho das pessoas com TEA parece ser perigosamente subestimado, conforme alertam Temple Grandin e Richard Panek (2016, p. 79-82, grifos dos autores):

Os cinco sentidos são como compreendemos tudo o que não somos [...]. Deste modo, nossos sentidos definem a realidade para cada um de nós. Quando seus sentidos funcionam normalmente, você pode supor que sua realidade sensorial é muito similar à realidade sensorial de todos aqueles cujos sentidos funcionam normalmente. [...]

Mas e quando seus sentidos não funcionam normalmente? Não me refiro aos seus globos oculares ou às trompas de Eustáquio, aos receptores de sua língua ou nariz ou à ponta dos seus dedos. Refiro-me a cérebro. E se você receber a mesma informação sensorial que os outros, mas seu cérebro interpretá-la de um modo diferente? Então sua experiência do mundo ao redor será a experiência dos outros, mas talvez de um modo doloroso. Neste caso, você vive literalmente em uma realidade alternativa – uma realidade *sensorialmente* alternativa.

Falo sobre problemas sensoriais desde que comecei a dar palestras sobre autismo [...]. Conversei com crianças que odeiam ir para a quadra esportiva por causa do sinal do placar. Vi crianças que só conseguem pronunciar sons de vogais, talvez, por não ouvirem as consoantes. Quase todos são autistas e, na verdade, cerca de nove em dez pessoas com autismo apresentam um ou mais transtornos sensoriais.

[...]

Além disso, os transtornos sensoriais não são um problema só do autismo. Estudos com crianças não autistas apontaram que mais da metade tem um sintoma sensorial suficientemente importante para afetar sua vida cotidiana e uma de cada vinte deveria ser formalmente diagnosticada com transtorno de processamento sensorial, o que significa que os problemas sensoriais são crônicos e perturbadores. [...]

No entanto, o que sabemos da ciência dos problemas sensoriais? Surpreendentemente pouco.

Em todas as pesquisas sobre o cérebro autista feitas por geneticistas e neurocientistas, apesar dos avanços, fica claro que a questão dos problemas sensoriais não é prioritária. Os problemas sensoriais em autistas são “ubíquos”, como disse um artigo de 2011 na *Pediatric Research*, e ainda assim o tema recebe atenção proporcionalmente pequena [...]

Suspeito que os pesquisadores simplesmente não entendem a urgência do problema. [...] A maioria dos pesquisadores não consegue

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

imaginar uma vida em que cada situação nova, ameaçadora ou não, vem com uma descarga de adrenalina, como um estudo indica suceder com muitas pessoas com autismo. Porque a maioria dos pesquisadores são pessoas normais, criaturas sociais, então, do ponto de vista deles, faz sentido se preocupar em socializar autistas. E faz, até certo ponto. Mas como socializar pessoas que não toleram o ambiente onde devem se mostrar sociáveis [...]? Como outros pesquisadores, os estudiosos do autismo querem resolver os problemas causadores de mais dano, mas acho que não percebem o quanto a sensibilidade sensorial pode ser prejudicial. [...]

[...]

Embora os especialistas em autismo tenham, em grande medida, desprezado os problemas sensoriais como objeto de estudo, o fato é que não se pode estudar o autismo sem buscar um modo de categorizar as questões sensoriais.

A restrição de estímulos sensoriais é uma manipulação ambiental barata e de fácil implementação. O fundamento para que se reconheça tal atitude como *biohack* em pro do aprendizado é conferido pela Neurociência, que confirma a relação direta entre overdose sensorial e distratibilidade. Essa relação é explicada por Jay McTigue e June Willis (2019, tradução nossa):

Uma razão para restringir a enorme quantidade de informações sensoriais é que o cérebro é bastante mesquinho com seu esforço mental, porque precisa preservar seu combustível limitado. Ao contrário de outros órgãos, não possui nutrientes ou oxigênio armazenados. [...]

Como é impossível para um cérebro classificar conscientemente toda a informação sensorial que está disponível a cada segundo, ele é programado para preferir a entrada selecionada. Para lidar com essa seleção, o cérebro tem um filtro de entrada sensorial [...].

Os estudantes são frequentemente criticados por não prestarem atenção, mas agora sabemos que a falta de foco nas instruções de um professor não significa que o cérebro do aluno seja desatento.

Diante dessa realidade, o enfrentamento da dupla excepcionalidade aqui debatida tende a ser consideravelmente facilitado com a adoção de adaptações razoáveis (Artigo 2, quinto parágrafo, da CDPcD) defendidas já de há muito no círculo *biohacker*, como a substituição das lâmpadas que emitem a chamada *junk light*, por outras que produzam uma luminância mais próxima daquela sob a qual o cérebro humano evoluiu, conforme explica Dave Asprey (2017, p. 158-160, tradução nossa):

Luzes artificiais mais recentes, como as lâmpadas de LED (do inglês, *light-emitting diode*) branco e as lâmpadas fluorescentes compactas, não possuem muitas das frequências do sol que nossos corpos e cérebros precisam. Com nossas luzes artificiais, eliminamos a maior parte da iluminação infravermelha, vermelha e violeta

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

encontrada na luz natural do sol, e fizemos grandes avanços na criação de iluminação eficiente que economiza eletricidade, mas, ironicamente, essas mesmas inovações estão criando uma crise de energia para suas mitocôndrias.

Isso é *junk light*. [...] é exatamente a mesma coisa que aconteceu com a nossa comida [...]. Com a luz, eliminamos algumas frequências biologicamente necessárias para economizar eletricidade e aumentamos outras frequências estressantes em ordens de grandeza. [...]

Um dos maiores problemas com fontes de *junk light* é a quantidade de luz azul que eles emitem. As luzes fluorescentes emitem substancialmente mais luz azul e menos luz infravermelha do que as lâmpadas incandescentes ou a luz solar, e é por isso que ninguém na Terra gosta de estar em um ambiente com iluminação fluorescente. As novas lâmpadas LED brancas que invadiram nossas cidades e lares parecem brancas, mas emitem pelo menos cinco vezes mais luz azul do que você encontraria na natureza, e o fazem completamente livres dos espectros infravermelho e vermelho sempre encontrados na luz natural do sol.

Suas mitocôndrias precisam produzir muita energia extra para processar a luz azul nos LEDs, que queimam oxigênio e criam radicais livres nas células de seus olhos. E quando as mitocôndrias em seus olhos estão estressadas, o resto de suas mitocôndrias também pode ficar estressado, incluindo as do seu cérebro.

[...]

Os projetistas de iluminação industrial simplesmente não são treinados para considerar as consequências biológicas da substituição de lâmpadas de iluminação pública e de iluminação interna por LEDs. Eles analisam a vida útil da lâmpada e o consumo de eletricidade e tomam a decisão economicamente eficiente de remover lâmpadas incandescentes de espectro natural, mais caras, e então pagamos o preço biologicamente ao longo do tempo.

A hipo- ou a hipersensibilidade sensorial de educandos superdotados com Síndrome de Asperger também pode ser modulada com a autorização do uso e, até mesmo, com a oferta em sala de aula de ajudas técnicas para a redução das fontes de estresse visual (e.g. transparências coloridas para a redução do brilho e do contraste em atividades de leitura, folhas de papel colorido para atividades de escrita, bloqueio espectral seletivo acrescido a lentes oftálmicas e a telas de computadores e dispositivos móveis, uso de programas e aplicativos para a redução da intermitência luminosa), auditivo (e.g. protetores auriculares, musicoterapia, batidas binaurais), olfativo (e.g. filtros para compostos orgânicos voláteis, aromaterapia com óleos essenciais) (Irlen, 2005, p. 72, 157, 163-264; Attwood, 2015; Grandin; Panek, 2017, p. 100-102).

Ressalte-se que a “adoção de medidas de apoio individualizadas e efetivas, em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta

de inclusão plena” é expressamente reconhecida como uma das diretrizes de efetivação do “dever do Estado com a educação das pessoas público-alvo da educação especial”, conforme preceitua o artigo 1º, inciso VI, do Decreto n.º 7.611/2011, o qual “dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências”. Ademais, de acordo com o preceito do artigo 2º, *caput*, do mesmo regulamento, “a educação especial deve garantir os serviços de apoio especializado voltado a eliminar as barreiras que possam obstruir o processo de escolarização de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”.

9 CONSIDERAÇÃO FINAL

A educação especial deve se voltar ao educando, e não apenas a suas necessidades educacionais específicas. A existência da dupla excepcionalidade evidencia a insuficiência de abordagens atomistas e a urgência das holísticas.

No amplo repertório de manipulações ambientais recomendado pelos adeptos do *biohacking*, existem muitas que, por seu baixo custo, mínima ofensividade e alta probabilidade de oferecer resultados positivos, se enquadrariam perfeitamente no conceito de *nudge*.

Num cenário de baixo investimento em educação especial suplementar e de subestimação dos casos de Síndrome de Asperger, o paternalismo libertário surge como opção viável na formulação e na tomada de decisão em políticas públicas voltadas à inclusão de alunos superdotados, com ou sem esse transtorno, uma vez que os *biohacks* aqui apresentados tendem a beneficiar, em alguma medida (ou, ao menos, não prejudicar), toda a clientela atendida pelo atendimento educacional especializado em altas habilidades ou superdotação.

10 REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO JR., Francisco B.; KUCZYNSKI, Evelyn. Diagnóstico diferencial no autismo. *In*: ARAÚJO, Ceres Alves de; SCHWARTZMAN, José Salomão (org.). **Transtornos do espectro do autismo**. São Paulo: Memnon, 2011, p. 47-48.

AGUIAR, Érica; ROCHA, Giovane. É verdade que...? 11 mitos e verdades a respeito do transtorno do espectro autista (TEA). **Segredos da mente – autismo**, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 78, mar. 2017, Alto Astral.

ANEDDA, Isacco. **Neuroplasticity biohacking: how to boost neurogenesis and rewire your brain with light**. Disponível em: https://www.amazon.com/Neuroplasticity-Biohacking-Boost-Neurogenesis-Rewire-ebook/dp/B07TMNBZ84/ref=sr_1_1?keywords=neuroplasticity+biohacking&qid=1561750180&s=gateway&sr=8-1. Acesso em: 21 jul. 2021.

ASPREY, Dave. **Head strong: the bulletproof plan to activate untapped brain energy to work smarter and think faster – in just two weeks**. Nova York: Harper Wave, 2017.

ATTWOOD, Tony. **The complete guide to Asperger's syndrome**. 2. ed. rev. Londres: Jessica Kingsley, 2015.

BEKKERS, Victor *et al.* **Public Policy in Action: perspectives on the policy process**. Chetenham: Elgar, 2017.

CUMINALE, Natália. Claro enigma. **Veja**, São Paulo, ed. 2.540, ano 50, n. 30, p. 88, jul. 2017.

GARNETT, Kevin. **Stoicism for beginners: master the art of happiness; learn modern; practical stoicism to create your own daily stoic routine**. Disponível em: https://www.amazon.com/Stoicism-Beginners-Happiness-Practical-Routine/dp/1729632599/ref=sr_1_1?keywords=stoicism+for+beginners&qid=1561750929&s=gateway&sr=8-1. Acesso em: 21 jul. 2021.

GOODWIN, Ryan. **What is biohacking?** Disponível em: <https://medium.com/@mrryangoodwin/what-is-biohacking-14202f726e0e>. Acesso em: 21 jul. 2021.

GRANDIN, Temple; PANEK, Richard. **O cérebro autista: pensando através do espectro**. Tradução 6. ed. de Cristina Cavalcanti. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

HARE, D. J.; JONES, J.; PAINE, C. Approaching reality: the use of personal construct assessment in working with people with Asperger syndrome. *Apud*: ATTWOOD, Tony. **The complete guide to Asperger's syndrome**. 2. ed. rev. Londres: Jessica Kingsley, 2015, p. 335-336.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

HEYLIGHEN, Francis. **Gifted people and their problems**. Disponível em: <http://pespmc1.vub.ac.be/Papers/GiftedProblems.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

KAUFMAN, Scott Barry (ed.). **Twice Exceptional: supporting and educating bright a creative students with learning difficulties**. Disponível em: https://www.amazon.com/Twice-Exceptional-Supporting-Educating-Difficulties/dp/0190645474/ref=sr_1_1?keywords=twice+exceptional&qid=1561752241&s=gateway&sr=8-1. Acesso em: 21 jul. 2021.

KRAFT, Julia. **Biohacking & superfood: entfachen Sie dees volle Potenzial Ihrer Leistungsfähigkeit Optimieren Sie Körper & Geist Wie Sie Gesundheit & Wohlfühl Steigern Selbstoptimierung & Ernährung Rtgeber Buch**. Disponível em: https://www.amazon.com/Biohacking-Superfood/dp/3746776368/ref=sr_1_1?keywords=julia+kraft+biohacking&qid=1561752457&s=gateway&sr=8-1. Acesso em: 21 jul. 2021.

LOVECKY, Deirdre V. **Different minds: gifted children with AD/HD, Asperger Syndrome, and other learning deficits**. Londres: Jessica Kingsley, 2004.

MARLAND JR, Sidney P. **Education of the gifted and talented: report to the Congress of the United States by the U.S. Commissioner of Education**. Disponível em: <https://www.valdosta.edu/colleges/education/pcft/document%20marland-report.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

MCTIGHE, Jay; WILLIS, Judy. **Upgrade your teaching: understanding by design models**. Disponível em: https://www.amazon.com/Upgrade-Your-Teaching-Understanding-Neuroscience/dp/1416627340/ref=sr_1_1?keywords=upgrade+your+teaching&qid=1561754275&s=gateway&sr=8-1. Acesso em: 21 jul. 2021.

MILLER, Conrad. **Stoicism: how to integrate this powerful philosophy to become more balanced, productive, and reach your full potential**. Livro eletrônico, 2019.

PIGLIUCCI, Massimo; LOPEZ, Gregory. **A handbook for new stoics: how to thrive in a world out of your control**. Disponível em: https://www.amazon.com/Handbook-New-Stoics-Week-Week/dp/1615195335/ref=sr_1_1?keywords=a+handbook+for+new+stoics&qid=1561754149&s=gateway&sr=8-1. Acesso em: 21 jul. 2021.

REZZULLI, Joseph S. A Concepção de Superdotação no Modelo dos Três Anéis: um modelo de desenvolvimento para a promoção da produtividade criativa. In: VIRGOLIM, Angela M. R.; KONKIEWITZ, Elisabete Castelon (org.). **Altas habilidades/superdotação, inteligência e criatividade**. Campinas: Papirus, 2014, p. 223, 233 e 246.

SABRA, Aderbal *et al.* **Disfunção gastrointestinal e comportamental em crianças com alergia alimentar não IgE mediada, hiperplasia linfoide ileal-nodular (ILNH) e função de baixo Th1: uma nova constelação clínica-imunológica**. Disponível

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

em: <https://journaloffoodallergy.com/journal/JFA-V1-N1.pdf#page=62>. Acesso em: 21 jul. 2021.

SOVIJÄRVI, Olli *et al.* **Biohacker's handbook**: upgrade yourself and unleash your inner potential. Helsinki: Biohacker Center, 2018.

SZALAVITZ, Maia. **What genius and autism have in common?** Disponível em: <http://healthland.time.com/2012/07/10/what-child-prodigies-and-autistic-people-have-in-common/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. 2. ed. rev. Tradução de Ângelo Lessa. São Paulo: Objetiva, 2019.

WU, Steven. When is a nudge a shove? The case for preference-neutrality. **Columbia Public Law Research**, New York, 9 abr. 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1375616. Acesso em: 21 jul. 2021.

DOCTRINASubmetido a
convite**NOVAS MASCULINIDADES E POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR*****NEW MASCULINITIES AND PUBLIC POLICIES OF FAMILY COEXISTENCE***Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues^IEliane Vieira Lacerda Almeida^{II}**RESUMO**

A Constituição Federal, em seu artigo 226, reconhece a família como base da Sociedade e estabelece que ela deve receber especial proteção do Estado. A partir daí, dois fenômenos podem ser observados, a disputa a respeito do conceito de família por diferentes atores, em diferentes áreas do conhecimento e a necessidade de políticas públicas para proteção da família, suas conformações e efetividades. A partir uma pesquisa bibliográfica e documental no campo dos estudos das políticas públicas e gênero e levantamento de dados sobre projetos de lei a respeito do conceito de família, para posterior análise jurídica, este trabalho objetiva apresentar políticas públicas que tangenciam a masculinidade no âmbito familiar, mais precisamente, colocando o homem em perspectiva nas suas relações com seus filhos e com seus parceiros (de qualquer gênero) com quem mantenha relacionamento estável e amoroso. Outro

ABSTRACT

The Federal Constitution, in article 226, recognizes the family as the basis of the Society and establishes that it must receive special protection from the State. From there, two phenomena can be observed, the dispute about the concept of family by different actors, in different areas of knowledge and the need for public policies to protect the family, its conformations and effectiveness. Based on a bibliographic and documentary research in the field of studies of public policies and gender and data collection on bills regarding the concept of family, for further legal analysis, this work aims to present public policies that concern masculinity in the family context, more precisely, putting the man in perspective in his relations with his children and with his partners (of any gender) with whom he maintains a stable and loving relationship. Another objective of the research is to understand the legislative disputes by the

^I Advogado. Mestre e Doutor em Direito da Cidade pela UERJ. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) onde leciona Direito Civil e Política Urbana. Consultor Jurídico do Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM) em Política Urbana, Direito Público e Urbanístico.

^{II} Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Estudos Interdisciplinares em Mulheres, Gênero e Feminismo da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

objetivo da pesquisa é compreender as disputas legislativas pelo conceito de família e suas coerências a partir dos princípios constitucionais. concept of family and its coherences based on constitutional principles.

PALAVRAS-CHAVE

Direito de Família. Gênero. Homens agressores. Processo Legislativo. Estatuto das Famílias.

KEYWORDS

Family Law. Gender. Aggressor men. Legislative Process. Family Statute.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de masculinidade começou a ser discutido na década de 60/70, surgindo no seio das discussões feministas. Porém, foi com o fortalecimento dos movimentos gay e negro que se passou a questionar as especificidades dos diferentes tipos de homens, de forma que falar em apenas uma masculinidade não era suficiente para abarcar a pluralidade masculina. Assim, somente na década de 80 os estudos sobre as masculinidades se consolidaram, sobretudo com um olhar interseccional acerca das temáticas não apenas de gênero, mas também de sexualidade e etnia. Com o avanço nos estudos de gênero, a sociedade começou a demandar do poder público a intervenção em relações que antes eram vistas como pertencentes à esfera privada, tais como relações de paternidade e amorosas.

Nessa perspectiva, o objetivo deste trabalho é apresentar políticas públicas que tangenciam a masculinidade no âmbito familiar, mais precisamente, colocando o homem em perspectiva nas suas relações com seus filhos e com seus parceiros (de qualquer gênero) com quem mantenha relacionamento estável e amoroso. Assim, pretende-se trazer uma reflexão sobre como o direito de família é afetado por políticas públicas que tocam a masculinidade, não do ponto de vista do indivíduo no âmbito das relações familiares, mas da família enquanto base da sociedade. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental no campo dos estudos das políticas públicas e gênero, bem como sobre o direito de família e seus fundamentos constitucionais para então se abordar a pesquisa empírica dos projetos de lei em tramitação que tratam a respeito do conceito de família. A seção sobre o serviço de responsabilização e educação para homens agressores foi elaborada com resultados parciais da pesquisa empírica desenvolvida junto à equipe técnica e os homens designados para o serviço das comarcas de Bangu e Leopoldina, ambos na cidade do Rio de Janeiro.

Em sendo a masculinidade algo que não é único, havendo assim, masculinidades, necessário se faz constantemente repensar os homens frente às transformações sociais. Tendo em vista as diferentes composições familiares, é importante questionar como o poder público está fomentando políticas que auxiliam na construção de uma nova figura masculina no ambiente doméstico e familiar. Assim, também serão trabalhadas as

políticas públicas acerca das relações familiares e, posteriormente, as políticas de combate à violência doméstica contra mulheres, especificamente acerca do papel do poder público na desconstrução da masculinidade violenta.

A par do movimento político e cultural que essa transformação exige, no campo jurídico é essencial o movimento interpretativo do direito de família que busque fundamento na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na igualdade perante a Lei e o Estado. Assim, cumpre analisar como tem sido a construção desta nova masculinidade no Direito, a começar pela relação entre gênero e direito de família, que será explanado a seguir.

2 MASCULINIDADES E DIREITO DE FAMÍLIA

Macho e fêmea. Homem e mulher. Ao longo dos tempos essas categorias binárias foram socialmente construídas em uma tentativa de dar conta da complexidade dos seres. O saber da biologia é comumente utilizado, ora para deslegitimar identidades, ora para reforçar opressões – especialmente no campo dos direitos reprodutivos. Para Sterling (1993), a dicotomia entre macho e fêmea não dá conta da complexidade biológica humana, notadamente por não abarcar a pluralidade de pessoas intersexuais. Assim, polarizar gênero seria ainda limitante.

As décadas de 60/70 foram fundamentalmente o período de início dos estudos sobre masculinidade voltada para a reflexão dos papéis socialmente desempenhados por homens e mulheres (ZANELLO, 2018). Tanto Zanello, quanto Hooks (2018) defendem que os estudos sobre feminismo e masculinidade devem caminhar juntos, notadamente por serem duas categorias que se relacionam entre si. Os estudos sobre sexualidades, contudo, ganham maior destaque academicamente na década de 80, em razão da organização em grupos que não se enquadravam na perspectiva heteronormativa. Dentre as obras que marcaram o período, Bento (2014) ressalta a relevância do livro *A História da Sexualidade*, de Michel Foucault. Ainda sobre a definição de gênero, cumpre salientar que ela não é unânime e estática. Ao passear por diferentes marcos conceituais sobre gênero, Bento (2006: p. 93) indica que o primeiro momento, em breve síntese, estava dividido em duas frentes: “(...) a crítica à universalidade da categoria, ‘mulher’ e, segundo, os estudos sobre a sexualidade”. Essa universalidade é questionada também por Bourcier

e Moliner (2012), quando questionam sobre quem o “nós” do feminismo se refere. Grossi (1998) ressalta a influência norte-americana na construção da categoria de gênero que, no pensamento original, estava igualmente restrita às características socialmente relativas à polarização entre homem e mulher.

Essa categorização que coloca o gênero como uma espécie continuidade do “sexo natural” foi exemplificado na obra de Bourcier e Moliner (2012, p. 14): “*Quel est donc ce standard de la différence sexuelle qui nous est constamment rappelé par la signalétique des portes des toilettes? Deux portes, deux sexes, deux genres (...)*”¹. Seguindo os autores na afirmação de que pessoas podem ter múltiplas representações sociais que não correspondam às características originalmente atreladas ao seu órgão genital. A problematização acerca das subjetividades, gênero e exercício da sexualidade é classificada por Bento (2006) como o terceiro momento teórico, em que os pensadores trazem a teoria queer.

Os direitos reprodutivos compõem as reflexões sobre gênero e sexualidade à medida que estas categorias fazem frente ao determinismo biológico que reduz os seres humanos ao desempenho de funções reprodutivas que, para tanto, acredita-se precisar de uma estrutura familiar heterocisnormativa. A ideia do sexo como fonte de prazer e não apenas um instrumento de reprodução teve especial relevância da década de 60, com a comercialização da pílula anticoncepcional e questionamento de valores como a necessária virgindade antes do casamento (GROSSI, 1998).

Os limites socialmente impostos às pessoas por seus sexos biológicos começaram a ser questionados. Os papéis sociais de gênero começaram a mudar. A forma de se relacionar afetivamente alterou o exercício dos direitos reprodutivos. E tudo isso e muito mais foi mudando o entendimento do que é uma família. A seguir traremos algumas reflexões sobre os impactos dos estudos de gênero no direito de família.

2.1 RELAÇÕES FAMILIARES E DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito é um fenômeno social, um instrumento que permite a vida em sociedade na medida que regula as formas de solução de conflitos. Direito é também exercício do

¹ "Qual é esse padrão de diferença sexual de que somos constantemente lembrados pela sinalização nas portas do banheiro? Duas portas, dois sexos, dois gêneros" (livre tradução dos autores).

poder, que assume uma dupla função, de manutenção da organização social e de transformação do “status quo”. A depender da época, da Sociedade e do seu regime político, essas funções estarão desempenhando seu papel de forma harmônica ou se sobrepondo uma à outra. Como se pode perceber, o Direito acompanha a Sociedade e suas transformações, ora dificultando-as, ora impulsionando-as.

O direito de família não é diferente, pelo contrário, por ter impacto no cotidiano da vida das pessoas, de seus direitos de personalidade, suas relações familiares, morais e patrimoniais, talvez seja um dos ramos que mais tem acompanhado as transformações sociais do Século XX e deste início de Século XXI.

É importante observar a profunda transformação realizada no direito de família pela sociedade através de clientes indignados e insistentes, de advogados combativos e inventivos e juízes sensíveis às múltiplas realidades sociais brasileiras.

O direito de família exercia, até o advento da Constituição Federal de 1988 – CF/88, um papel de organizador da estrutura social, buscando mantê-la intacta a partir da regulação do casamento e da família legítima. Justificava-se assim a proibição do divórcio, a negação da existência de filhos havidos de pais que não fossem casados ou filhos havidos de relações incestuosas ou extraconjugais. Regulava-se a adoção como uma forma de “presentear” o casal infértil com uma criança. Uniões livres entre pessoas solteiras, mães solteiras, avós que cuidavam de seus netos, nada a não ser o casamento era considerado família legítima.

De acordo com Lobo (2009:4); a legislação de cunho liberal do século XIX não alcançou o direito de família:

Mas a família, nas grandes codificações liberais burguesas, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque estavam à margem dos interesses patrimonializantes que passaram a determinar as relações civis.

Os brasileiros, porém, a despeito das leis, das religiões, de um suposto valor moral compartilhado pela sociedade², tinham (e continuam tendo) filhos fora do casamento ou

2 Em uma sociedade multicultural como a brasileira não é mais legítimo se falar em “moral e bons costumes” como conceitos uniformes e deslocados do contexto de cada coletividade. A generalização dos conceitos de “moral” e de “bons costumes” significa, na verdade, a imposição desses conceitos válidos para determinado grupo sobre outros grupos menos poderosos, o que viola frontalmente objetivos fundamentais

sem estarem casados, abandonam os casamentos e assumem outras relações, criam crianças que não são seus filhos, vivem solteiros ou com pessoas do mesmo gênero. Coube à sociedade, como mencionado, através da cidadania, da advocacia e dos Tribunais, reconhecer esses direitos subjetivos, transformando assim o Direito, adequando-o à realidade. Desta forma, o legislador Constituinte de 1988, em boa hora, confirmou essas transformações e consagrou as conquistas através do novo texto constitucional.

Temos expresso hoje na CF/88 a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa (art. 1º, III), que vai fundamentar também a proteção integral da criança, do adolescente e do jovem com absoluta prioridade (art. 227), a proteção do idoso (art. 230) e a “assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, §8º). A família, conforme reconhece a Constituição (art. 226), é a base da sociedade, porque é na família (violenta, abusiva, homofóbica, machista, inclusiva, respeitadora ou acolhedora) que o indivíduo nasce, se forma e se torna cidadão, mas diferentemente de outros tempos, o Estado não fecha os olhos para as famílias, não determina com exclusividade as formas de criação, apenas enumera algumas formas já então consagradas, o casamento, a união estável e a família monoparental, da mãe ou pai solteiros, assegurando a liberdade para criação de famílias, ao passo em que se preocupa com o indivíduo nas famílias. A dignidade da pessoa humana e a liberdade fundamentam também a liberdade quanto ao planejamento familiar responsável (art. 226, §7º) e quanto ao divórcio, direito a que, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, não pode sofrer oposição de obstáculos, como prazo de casamento ou separação para sua solicitação, reduzindo a interferência do Estado na família e na liberdade individual.

A Constituição assegurou também a igualdade de gênero (art. 5º, I) como direito fundamental, que é o pilar da igualdade entre homens e mulheres em relação aos direitos e deveres da sociedade conjugal (art. 226, §5º).

Coube novamente à Sociedade, após a Carta de 1988, através de odisséias judiciais, reduzir o papel da culpa do término da relação de casamento ou união estável,

da federação brasileira e do Estado de Direito, tais como solidariedade e vedação de preconceitos e discriminações (CF, art. 3º, I e IV) que embasam a proteção aos grupos vulneráveis.

reconhecer e equiparar a união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva, assegurar aos pais e às crianças o direito adoção por pares ou indivíduos homoafetivos. Também assegurou o direito à realização da cirurgia de redesignação sexual e, ainda que não haja uniformidade de entendimento dos Tribunais, o direito de adequação do nome ao gênero vivido pela pessoa, tenha ou não havido cirurgia de transgenitalização. Doutrina e jurisprudência lidam com outros tipos de guarda de filhos além daquelas disciplinadas no Código Civil de 2002.

No que também tangencia essas mudanças sociais, de forma a abarcar as transformações sociais, em 2017, a Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) emitiu o Provimento nº 63 de 14/11/2017 permitindo que passasse a ser reconhecível em cartório o reconhecimento da paternidade e maternidade voluntária na certidão de nascimento, de forma a não mais ser necessária uma ação judicial para reconhecer o vínculo. Contudo, ainda que tal Provimento permita uma formalização do vínculo entre figuras como o padrasto e um menor, de forma contrária ao desenvolvimento das relações familiares, o CNJ nos autos da ação 0003325-80.2018.00.0000 vetou a possibilidade de ser reconhecida uma multiparentalidade.

Como vimos, não é possível falar em masculinidades sem falar de feminilidades. No âmbito das mudanças do século XX, as mulheres foram as grandes protagonistas, com exceção talvez do movimento por direitos gays, dos anos 80, protagonizado, em especial, por homens que, por sua vez, se beneficiaram e apoiaram no movimento feminista anterior dos anos 60 e 70. Conforme assevera Lobo (2009:15):

A família, na sociedade de massa contemporânea, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família.

É de se registrar, contudo que, no Brasil, as mulheres há muito trabalhavam, mulheres negras escravas, ex-escravas, filhas e netas de escravos, mulheres imigrantes, operárias; mas foi somente quando a mulher branca de classe média urbana ingressou no mercado de trabalho, que a legislação se alterou para assegurar direitos a essa mulher, como foi o caso do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/1962 e, posteriormente, da Lei do Divórcio, nº 6.515/1977, promulgada na esteira da aprovação da Emenda Constitucional n. 09/1977, por grande empenho do Senador Nelson Carneiro que há muito

tempo defendia a adoção do divórcio no Brasil. Curiosamente, a proposta de emenda constitucional não havia obtido o quórum de 2/3 exigido pela Constituição então vigente. Somente quando a EC n. 08/77 alterou o quórum para maioria absoluta em duas sessões é que se obteve êxito na aprovação do divórcio.

Cerca de 40 depois, ganha força o movimento de homens visando ocupar um novo lugar na sociedade. Quer dizer, o movimento feminista importa em libertação de mulheres e homens, tanto os que precisam se adaptar às mudanças de comportamento das mulheres, quanto os que sempre se sentiram oprimidos pelo machismo da sociedade, aqueles que não podiam “vestir rosa”, demonstrar sentimentos, cuidar da casa, dos filhos, dos pais, cuidar de si mesmos, decidir não ter filhos, como se o destino de todo o homem fosse obrigatoriamente procriar e prover a família de bens materiais.

Esse novo olhar sobre masculinidade, uma masculinidade não tóxica, impõe um novo olhar sobre o direito de família, transformações que ainda estão por vir, não uma mera igualdade formal de discurso, mais uma prática de igualdade de gênero em que se considere realmente a igualdade do homem em cuidar da sua pessoa, de seus familiares em harmonia com o cuidado da vida profissional. Isso se reflete no direito a licenças, benefícios previdenciários e trabalhistas, guarda de filhos, direito a alimentos, cuidado com os idosos, acesso ao direito reprodutivo, respeito às suas decisões e até mesmo ao que socialmente é entendido como família.

2.2 FAMÍLIA X FAMÍLIAS: A DISPUTA LEGISLATIVA SOBRE O CONCEITO

Tramitaram na Câmara dos Deputados Federais dois Projetos de Lei que, em seus âmagos, tinham sentidos opostos. O PL nº 6.583/2013, denominado Estatuto da Família e o PL nº 3.369/2015, o Estatuto das Famílias do Século XXI. O primeiro deles dispõe sobre os direitos da família e diretrizes das políticas públicas. Define em seu artigo 2º “entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um **homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (grifos no original). Os demais 14 artigos tratam de políticas públicas voltadas à família, criando, inclusive, conselhos da família, visando assessorar a elaboração de políticas públicas. Este PL foi aprovado em todas as comissões e, assim, seria encaminhado ao Senado caso não houvesse dois recursos para

votação em plenário, um apresentado pela Deputada Erika Kokay do PF-DF e outro pelo Deputado Jean Wyllys do PSOL-RJ. A proposição, contudo, sequer foi a plenário, porque foi arquivada pelo encerramento daquela legislatura, por força do parágrafo único do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Em relação ao Estatuto das Famílias do Século XXI, PL nº 3.369/2015, este também foi arquivado no fim da última legislatura, mas desarquivado por requerimento de seu autor, Deputado Orlando Silva, do PCdoB-SP, no início da presente legislatura, 2019-2022. O PL de apenas três artigos reconhece como famílias todas as formas de união entre duas ou mais pessoas, baseadas no amor ou na socioafetividade. Para o PL, essas uniões, que se interpretam como uniões entre consortes ou entre pais e filhos, ainda que não biológicos, se constituem independentemente da consanguinidade, gênero, orientação sexual, nacionalidade, credo ou raça. O PL estava pronto para votação na Comissão de Direitos Humanos e Minorias - CDHM, com voto do Relator pela aprovação do Projeto. No entanto, conforme noticiado amplamente (<https://congressoemfoco.uol.com.br/direitos-humanos/estatuto-das-familias-e-questionado-e-sai-da-pauta-para-ganhar-novo-parecer/>) houve campanha de Deputados do PSL induzindo a sociedade a acreditar que o PL legalizaria incestos e pedofilia, o que levou a sua retirada de pauta, recebendo um parecer contrário por um dos membros da Comissão. O Presidente da Comissão, Deputado Túlio Gadêlha, do PDT-PE, iria, em acordo com o autor do Projeto, apresentar um substitutivo com texto à prova de “fake news”. Com efeito, sem endossar a campanha difamatória, o texto original não estava redigido da forma mais clara que matéria de tanta importância exige.

É de se ressaltar que a Lei não é dirigida apenas para juristas e especialistas em família; já foi o tempo em que o Direito era empregado para criar uma separação entre o povo, destinatário da norma, e o Estado que produz a norma. Convenientemente, esta distância era (e continua sendo) preenchida por uma oligarquia, uma classe média que intermedeia essas relações e cobra seu pedágio por isso. A figura do jurista sempre existirá, pois assim como ocorre com as demais ciências, o Direito precisa de seus especialistas, versados na ciência, para identificarem os novos caminhos e orientarem a Sociedade nas suas escolhas. Para isso, um povo com educação e uma lei minimamente compreensível são elementos essenciais. E, para fechar o parêntese, a educação libertadora, tão subtraída de nós, é a arma contra as “fake news”, os falsos especialistas e

o Dr. Google, este que acarreta tanto mal à saúde e à relação médico-paciente quanto uma lei escrita apenas para os espertos.

Como reação ao Projeto do Estatuto das Famílias, o Deputado Pastor Eurico, do PATRIOTA-PE, apresentou em 20/08/2019 o PL nº 4.590/2019, denominado simplesmente Estatuto das Famílias, com quatro artigos para estabelecer que o Estatuto “consiste na autodeterminação da entidade familiar, sendo vedado ao Estado qualquer tipo de regulamentação que cause prejuízo a essa autodeterminação” (art. 2º), o que é incoerente com o artigo seguinte em que determina que a família “é formada a partir pela união de homem e mulher, denominados respectivamente pai e mãe, por meio do casamento ou de união estável, com ou sem existência de filhos” (art. 3º). Logo, como pode uma lei estabelecer o direito das famílias em se autodeterminar ao mesmo tempo em que, enquanto Estado Legislador, determina o que é família? Na pura crítica à redação, poder-se-ia afirmar, também, que o PL institui pai e mãe sem filhos! Efetivamente, este PL exclui as uniões homoafetivas, fecha os olhos para a adoção e famílias socioafetivas. Este PL, por disposição regimental, foi apensado e tramita junto ao já aludido PL nº 3369/2015, Estatuto das Famílias do Século XXI. O Deputado Pastor Eurico apresentou ainda em 2019 mais 6 projetos de lei com a mesma epígrafe, Estatuto das Famílias, (PLs n. 4824, 4965, 5162, 5486, 5541 e 6309) basicamente com o mesmo texto legal. Nos cinco últimos faz referência ao direito das famílias em prestar educação domiciliar às crianças, incorporando novos dispositivos e aprimorando a redação. Todos estão apensados ao PL 3369/2015, Estatuto das Famílias do Século XXI, que estão na Comissão de Direitos Humanos e Minorias - CDHM, com três pareceres, um do então Relator do Projeto na Comissão Deputado Jean Wyllys, em 2016, pela aprovação do projeto, o segundo pelo Relator na atual legislatura, Deputado Túlio Gadêlha, também pela aprovação e um voto em separado do Deputado Sóstenes Cavalcante, pela rejeição do PL.

No Senado, tramita o PLS n. 134/2018, apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil através de sua Comissão Nacional da Diversidade Sexual e Gênero, presidida pela jurista Maria Berenice Dias. A propositura contou com 100.000 (cem mil) assinaturas e foi analisada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado, presidida pela Senadora Marta Suplicy. A CDH aprovou a propositura que passou a tramitar no Senado com projeto de lei da CDH. O PLS, que está com a relatoria desde 15/03/2019, trata do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, que

disciplina detalhadamente a questão, assegurando direitos e indicando políticas públicas para, conforme seu artigo 1º:

... “promover a inclusão de todos, combater e criminalizar a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos das minorias sexuais e de gênero”.³

Ao largo desses projetos legislativos, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5971, definiu que a interpretação do art. 2º, I, da Lei 6.160/2018 (que institui as diretrizes para implantação da Política Pública de Valorização da Família no Distrito Federal) não pode excluir o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo da conceituação de entidade familiar, no campo das políticas públicas. Assim, ainda que o legislativo crie empecilhos no reconhecimento da união homoafetiva, o judiciário tem se mostrado uma via jurídica importante para garantir os direitos das famílias não heteronormativas.

Esta análise do processo legislativo mostra mais que uma luta de forças jurídicas, mostra um embate cultural, ideológico, social e político entre um Brasil de brasileiros que pretendem viver numa sociedade plural e que respeite as diferenças, onde homens e mulheres possam viver a plenitude de suas mais diversas formas de masculinidades e feminilidades e onde mulheres e crianças estejam à salvo da violência doméstica. De outro lado, um Brasil de brasileiros que veem na diversidade uma ameaça ao “status quo”, ao papel do homem enquanto protagonista da condução familiar e, desta forma, da própria sociedade. O papel transformador do Direito encontra limites. A letra “fria ou quente” da Lei e a caneta do juiz não são capazes de mudar os pensamentos e corações dos homens. A transformação pode ser estimulada pela Lei e pelo juiz, mas ela ocorre no campo da cultura e da educação (nas escolas) para que possam dar força aos movimentos políticos.

Como veremos a seguir, enquanto o homem for limitado à figura padronizada do chefe da família, dificilmente ele será um pai participativo, ou mesmo um companheiro que se permita ser afetuoso, tendo em vista que os papéis sociais de gênero não permitem que homens e mulheres vivam a plenitude de suas masculinidades e feminilidades.

3 <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651096&ts=1624914051557&disposition=inline>

2.3 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA NO BRASIL A PARTIR DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

Miguel e Biroli destacam que “as relações de gênero atravessam toda a sociedade, e seus sentidos e seus efeitos não estão restritos às mulheres” (2014, não paginado), de forma que as esferas públicas e privadas das relações não devem ser desassociadas, sob pena de prejudicar a construção de uma sociedade pautada pela democracia. Os autores ainda afirmam que “(...) privacidade é parte de um ideário que serve à dominação masculina” (Idem). Assim, trazer o direito de família para o campo das políticas públicas, perpassado pela perspectiva de gênero, aproxima o campo político da complexidade da dinâmica familiar existente na sociedade. Não podendo, assim, perder de vista que o desempenho de um papel social na esfera pública influencia na vida privada do indivíduo e vice-versa.

A Lei nº 13.257, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância foi sancionada em de 8 de março de 2016, que criou políticas públicas para a primeira infância. Bucci conceitua a política pública como sendo um “(...) programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006: 39).

O Marco estipulou que, dentre as áreas prioritárias de formulação de políticas públicas para crianças de até seis anos, está a convivência familiar e comunitária, conforme art. 5º da Lei. O art. 14 do Marco Legal, que tangencia políticas e programas governamentais, menciona a inclusão de programas de promoção da paternidade e maternidade. Porém, até o momento de desenvolvimento dessa pesquisa não foi encontrada regulamentação sobre diretrizes e metodologia desses programas.

Como forma de fomentar a participação dos pais aos programas, a ampliação da licença paternidade – em sendo o participante empregado de uma Empresa Cidadã – somente será possível após a comprovação da participação aos referidos programas ou atividades de orientação sobre paternidade responsável (art. 38 da Lei nº 13.257).

Porém, ainda que exista um direito positivado prevendo a criação de programas com potencial de romper aspectos negativos da masculinidade – na perspectiva da paternidade – e o fomento à maior adesão dos pais a eles, a ausência de diretriz norteadora

e maior divulgação deles dificulta a sua implementação. Em sentido semelhante às lacunas aqui apresentadas, Andreucci e Junqueira (2017) retomam pensadores relevantes do campo das políticas públicas, especialmente para apontar que esta - que trata dos direitos das crianças - não pode fugir da regra de ter bons instrumentos de implementação e avaliação para o alcance da sua finalidade social.

A ocupação desses programas por profissionais capacitados e comprometidos com a construção de uma nova masculinidade é de suma importância para a conscientização dos homens acerca dos seus direitos enquanto pais. Isto porque, a maior participação familiar, além de ser um direito da criança, também é um direito do homem, para que ele possa criar laços mais fortes e afetivos com os seus filhos.

Retomando o instituto da licença paternidade, ainda que a sua criação não tenha se dado com a criação do Marco Legal, é um assunto fundamental para reflexão da disparidade entre homens e mulheres na possibilidade de participação familiar. A CF traz no Art. 7º, inciso XIX, a licença-paternidade como um direito trabalhista, mas que depende de regulamentação por outro instrumento legal. A Lei nº. 13.467/2017, alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas, fixando a licença-maternidade em 120 dias e reiterando a redação da CF quanto à licença-paternidade, no sentido que de outra lei deveria regulamentar.

Assim, o que vigora atualmente é o prazo de 5 dias previsto no art. 10, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que assim determina: “§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias”. Existem mais de 30 projetos de lei (PL) visando a regulamentação com a consequente ampliação desse prazo de afastamento, mas aqui destacamos o PL 2765/2020, de autoria da deputada Sâmia Bomfim (PSOL), uma vez que o fundamento do aumento de 5 para 45 dias foi o atual contexto de pandemia de COVID-19.

A pandemia agravou diversos aspectos da desigualdade de gênero ao trazer o trabalho para dentro dos lares e com o fechamento das escolas com o objetivo de conter a propagação do vírus do coronavírus. As políticas sanitárias e os desdobramentos sociais acabaram por acarretar uma série de sobrecarga às mulheres, em especial às mães, de forma que permitir que o homem possa participar mais ativamente dos primeiros cuidados

e se manter na segurança da casa nesse período demonstra ser um caminho prudente do ponto de vista sanitário e rumo à uma menor disparidade social de gênero.

Não se pode deixar de reforçar o observado por Spellmann (2016: 241) que o direito à licença tem “(...) sua cobertura é limitada se aplicando somente a trabalhadores registrados, empregados nas grandes empresas privadas e públicas (...)”. Tal apontamento revela que, ainda que por poucos dias, o direito à convivência familiar no período imediatamente ao pós-parto possui uma certa perspectiva de classe, uma vez que o homem precisa estar empregado dentro da formalidade, o que vulnerabiliza aqueles desempregados ou em condições de informalidade.

Demonstrados alguns dos pontos em que as políticas públicas podem influenciar o exercício do direito de família a partir da estigmatização dos papéis de gênero, passaremos a trabalhar os reflexos nas políticas de combate à violência doméstica e familiar.

3 A DESCONSTRUÇÃO DA MASCULINIDADE VIOLENTA NO ÂMBITO FAMILIAR

O entendimento sobre as conceituações de gênero aqui trabalhadas, conforme indicado na seção anterior, parte da noção de que homens e mulheres fazem parte de uma concepção relacional entre si. E isso não se difere quando o tema é violência doméstica e familiar. A Lei Maria da Penha inovou ao prever determinados serviços visando a reeducação de homens e educação para a sociedade como um todo, trazendo para o poder público a responsabilidade de atuar também na transformação e influência na subjetividade masculina.

Autoras como Farah (2004), Bandeira; Almeida (2013), dentre tantas outras, trabalham o conceito de políticas públicas pela perspectiva de gênero, que é um campo de estudo importante para trazer para a esfera pública problemas que ficavam escondidos no manto da privacidade do lar. A seguir, em contraponto com a seção anterior, serão trazidos elementos sobre a face violenta da masculinidade, com o propósito de demonstrar que ainda que os estudos sobre masculinidades e sexualidades tenham avançado e influenciado os direitos dos homens, ainda há muito o que se fazer no campo das políticas públicas.

3.1 GRUPOS REFLEXIVOS PARA HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Atualmente no Brasil, a violência doméstica e familiar contra a mulher, em um contexto de relação amorosa-afetiva, é regida pela Lei Maria da Penha. A respectiva legislação surgiu com o intuito de criar meios de coibir a prática desse tipo específico de violência. Não se pode olvidar que uma importante mudança de perspectiva que a Lei Maria da Penha trouxe para o combate da violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar foi elevar o seu status para políticas públicas, onde a Lei tornou esse tipo de violência um problema público, obrigando que o Estado interviesse na sociedade civil, de forma a proteger as mulheres.

Em que pese as mulheres também possam ser enquadradas como agressoras pela Lei Maria da Penha, entende-se que a violência doméstica e familiar é um problema de desigualdade de gênero, porque a maioria das violências é perpetrada por homens. Conforme dados extraídos da Secretaria de Políticas para as Mulheres – SPM (2018), em 2017, dentre as denúncias recebidas pelo Ligue 180, 124.094 dos agressores eram homens (89%) e 15.558 eram mulheres (11%). Frente a isso, cabe refletir sobre como a política pública de proteção à mulher pode auxiliar ou combater a masculinidade violenta, de forma a evitar a ocorrência de novas agressões.

Objetivando obter transformações no estabelecimento de relação entre homens e mulheres, a Lei Maria da Penha trouxe a possibilidade de desenvolvimento de trabalhos voltados para os homens, nos artigos 35, inciso V e 45. Contudo, assim como os programas acerca da paternidade, a lei não especificou as diretrizes dos programas, além de não tangenciar aspectos estruturais e organizacionais, de forma que cada Tribunal ou Secretaria responsável pela implementação dos grupos reflexivos atua com metodologia própria.

De acordo com o levantamento realizado junto às Coordenadorias Estaduais das Mulheres atuantes junto aos Tribunais de Justiça e Juizados Especializados, foi possível verificar que, de modo geral, nos Estados que implementaram os grupos reflexivos - também chamado de serviço de responsabilização e educação para agressores - eles foram organizados na forma de encontros, normalmente ministrados por uma equipe multidisciplinar composta por profissionais da psicologia e assistência social. A prática consiste na realização de sessões, individuais ou coletivas, onde são trabalhadas temáticas

de gênero, de forma a conscientizar os homens sobre a importância de estabelecer uma relação não violenta com as mulheres.

Importante destacar o esforço das equipes em aproveitar a história e vivência dos próprios homens para melhor captação do seu interesse e absorção dos temas trabalhados. Nas respostas obtidas junto às Coordenadorias, frequentemente as temáticas de ciclo de violência, masculinidades, violência doméstica e consumo de álcool e drogas surgiram como sendo as questões trabalhadas nas sessões ministradas. Assim, ainda que não haja uma padronização metodológica, os grupos que estão em funcionamento no Brasil têm se mostrado um potencial espaço de desconstrução da masculinidade violenta no âmbito do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Contudo, tais espaços ainda estão demasiadamente atrelados a um processo judicial, ou seja, cuja intervenção ocorre após o fato delitivo. Uma vez que os grupos reflexivos apresentam temáticas importantes na construção de masculinidades não-tóxicas, ideal seria que a sua atuação se desse também de forma preventiva e pedagógica e não apenas repressiva, como os grupos realizados pela Rede Brasil de Masculinidades, por exemplo.

Em pesquisa empírica desenvolvida através de entrevistas direcionadas com as equipes multidisciplinares que ministram os serviços para agressores nas comarcas de Bangu e Leopoldina, ambas na Cidade do Rio de Janeiro, realizada entre maio e junho de 2019 apontaram uma falta de treinamento dado à equipe, que precisa buscar informações por meios próprios. Ainda que os profissionais tenham demonstrado pleno comprometimento com o combate à violência pela conscientização dos homens, trazendo dinâmicas lúdicas para introduzir temáticas de muita relevância nos estudos de gênero como feminismo, violência e legislação, é necessário avançar no sentido de uma estruturação sistemática. Isto porque, em sendo o serviço uma implementação de política pública, ele precisa permitir a elaboração de meios avaliativos, sob pena de não alcançar a sua finalidade educativa e responsabilizadora.

Neste sentido, o Projeto de Lei nº. 6.428/2019, de autoria de Margarete Coelho visa instituir um Concerto Nacional de Estudos e Pesquisas em Violência contra meninas e mulheres no âmbito do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o que, se aprovado, poderá colaborar para sanar as lacunas no campo das políticas públicas para as mulheres e, conseqüentemente, para os homens que também estão na relação

permeada por violência. Pensar as duas pontas da relação também se faz necessário em razão do vínculo afetivo e/ou familiar, o que será tratado a seguir.

3.2 A MANUTENÇÃO DO VÍNCULO FAMILIAR APÓS O COMETIMENTO DE VIOLÊNCIA

Um outro enfrentamento específico da violência doméstica e familiar é a questão do vínculo entre as pessoas que vivenciaram a agressão. O vínculo familiar entre o homem autor de violência doméstica e a pessoa que sofreu a violência (seja esposa, companheira ou descendentes) não se rompe de maneira imediata e sem a tramitação de um processo judicial ou extrajudicial – quando o divórcio ou dissolução de união estável preenchem os requisitos para ser realizado em cartório. No caso dos descendentes, o rompimento legal se procede mediante ação de perda do poder familiar cujas hipóteses de cabimento foram expandidas pela Lei n. 13.715 de 2018. Mesmo com essa ampliação, o art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a perda ou suspensão do poder familiar necessita de decretação judicial, em procedimento com contraditório (em que é ouvida a parte que pode vir a perder o poder familiar).

No caso de a vítima ser esposa ou companheira e, dessa forma, estar tutelada sob a Lei Maria da Penha, não raras as vezes a mulher retoma a relação com o seu parceiro e muitos são os motivos para tal comportamento. Os mais comumente apontados são a dependência econômica e a dependência emocional. Como dito anteriormente, a Lei Maria da Penha propiciou a criação de um espaço educativo para os homens, através dos grupos reflexivos, o que é benéfico principalmente para os casos de retomada da relação, mas também para sensibilizar o homem para suas relações futuras.

Atenta a essa realidade de retorno da convivência da mulher em situação de violência com o homem, a Comarca de Bangu, no Estado do Rio de Janeiro alterou o modelo de grupo que vinha aplicando. O grupo reflexivo de Bangu surgiu entre 2015 e 2016 e no atual modelo são realizados 3 encontros quinzenais, com tempo de duração médio de 2 horas cada. Enquanto que no modelo original apenas homens sentenciados eram encaminhados para os grupos, atualmente também estão sendo encaminhados homens em cumprimento de medida protetiva.

De acordo com a entrevista realizada com a equipe técnica daquela Comarca, foi possível observar que o objetivo da inclusão desses homens é intervir enquanto ou o casal

ainda está junto, ou com possibilidade maior de retomada da relação, de forma a evitar a reincidência da violência. A sugestão de mudança do perfil do homem foi feita pelos próprios participantes, que informaram que a intervenção teria sido mais proveitosa em momento mais próximo da prática da violência, ao invés de anos após a tramitação da ação judicial (podendo chegar a 3 anos o lapso temporal entre o início da ação judicial e a sentença condenatória naquele Juizado).

Antes da implementação desse novo modelo, as entrevistas acreditavam que os homens não sentenciados ofereceriam resistência a participar do grupo, contudo, esse comportamento não tem se confirmado na prática, havendo, assim, boa aceitação da maioria dos participantes. Por fim, foi informado que aquela equipe acredita que práticas educativas em momento próximo ao cometimento do ato delitivo atua de forma mais eficiente na prevenção de novas agressões.

Assim, tendo em vista que o cometimento de crime, por si só, não rompe com o vínculo familiar e o fato de ser comum o casal se reconciliar, investir em programas educativas que rompam com o estereótipo do homem precisar ser violento, “machão” e provedor do lar é atuar na prevenção da reincidência. Especificamente em Bangu, foi possível observar que os próprios homens autores de violência demandam desse tipo de serviço, porque querem melhorar para suas esposas e companheiras. Sendo, dessa forma, importante o poder público investir em práticas que desconstroem a masculinidade tóxica, pois ela é proveitosa não apenas para o homem, mas para toda a família.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância da política pública pensada a partir da perspectiva de gênero reside em exigir do poder público medidas de combate à produção de subjetividade pautada pela dominação, opressão e desigualdade. Em assim procedendo, a política pública de gênero auxilia no reconhecimento de que a desigualdade entre homens e mulheres extrapola o âmbito individual. Ou seja, não basta que alguns homens, individualmente, renunciem aos seus privilégios e se posicionem de maneira antissexistas, uma vez que a desigualdade já se origina na construção social do imaginário sobre os homens.

No campo das políticas públicas houve importantes avanços legais em que o poder público passou a intervir em relações que antes eram vistas estritamente como domésticas,

tais quais a responsabilização paterna, através do Marco Legal da Primeira Infância, e a desconstrução da masculinidade violenta pela Lei Maria da Penha, no que versa relações domésticas e familiares. Contudo, há de se observar que, em que pese os avanços legais, a fase de implementação das políticas públicas ainda é bastante incipiente. Isto porque os programas garantidos pelas Leis não possuem regulamentação ou diretrizes nacionais de implementação, gerando insegurança acerca do conteúdo que está sendo disponibilizado e, até mesmo, se os homens interessados estão conseguindo acesso a esses serviços.

A disputa legislativa acerca das espécies de família ou da espécie única de família retrata mais do que disputas partidárias, ideológicas, religiosas. Ocultada e tímida nesta disputa está a masculinidade, a questão dos papéis sociais e familiares que os homens são obrigados a exercer, os papéis que efetivamente exercem e aqueles papéis que lutam para poder exercer. No campo das políticas públicas, mesmo quando há um avanço legislativo, é possível observar a falta de diretrizes acerca dos direitos conquistados. Esta falha na implementação foi possível de ser verificada desde a implementação de programas de promoção da paternidade aos grupos reflexivos para homens autores de violência doméstica e familiar.

Nos dizeres de Lobo (2009:15): “As demandas são, pois, de mais autonomia e liberdade e menos intervenção estatal na vida privada, pois a legislação de família foi, historicamente, mais cristalizadora de desigualdades e menos emancipadora”. É tempo de nós homens, assim como nós mulheres, afirmarmos para nossas famílias, para a Sociedade e para nossos Representantes no Congresso que queremos vestir rosa, priorizar o cuidado com nossos filhos, companheiros e casas em detrimento da vida profissional. É tempo de dizermos que queremos não ter filhos, que queremos amarmos uns aos outros, que queremos nossa individualidade respeitada, nossa sexualidade, enfim, a identidade que cada um constrói e se permite construir para si.

5 REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. JUNQUEIRA, Michelle Asato. Crianças visíveis e direito à voz como direito humano fundamental: contributos jurídico-sociais do marco legal da primeira infância para o desenho de políticas públicas participativas no Brasil. **Cadernos de Dereito Actual**, nº 7 Extraordinario, 2017. Pp. 289-303.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de Almeida. **A Transversalidade de gênero nas políticas públicas**. Revista do Ceam, v 2, n. 1, jan./jun. 2013.

BENTO, Berenice. Estudos de gêneros: o universal, o relacional e o plural. In: _____. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Natal: EDUFRN, 2006.

BOURCIER, Marie-Hélène; MOLINER, Alice. *Comprendre le féminisme*. Paris: Max Milo Éditions, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: **Diário Oficial da União**, 05/10/1988.

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

BRASIL. *Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

BRASIL. *Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016*. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012.

BRASIL. *Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: **Diário Oficial da União**, 14/07/2017.

BRASIL. *Lei n. 13.715 de 24 de setembro de 2018*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 6.583/2013*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2118863> >. Acesso em 16/09/2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3.369/2015*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2024195> >. Acesso em 16/09/2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.590/2019*. Disponível em: <

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2216200>
>. Acesso em 16/09/2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 6.428/2019*. Disponível em: <
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1845600&filenome=Tramitacao-PL+6428/2019 >. Acesso em 06/07/2021.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 2.765/2020*. Disponível em: <
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1895295 >. Acesso em 11/06/2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 12(1): 360, janeiro-abril/2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000100004>. Acesso em: 31/05/2020.

GROSSI, Miriam Pillar. *Identidade de Gênero e Sexualidade*. Antropologia em Primeira Mão. Florianópolis, p. 1-18, 1998. (versão revisada - 2010)

HOOKS, Bell. **Feminist Theory: From Margin to Center**. Cambridge, MA: South End Press, 1984.

LOBO, Paulo. *Famílias*. 2ªed, São Paulo: Saraiva, 2009 – (Direito Civil).

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flavia. *Feminismo e Política*. Boitempo: 2014. Arquivo Kindle.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES (2018). *Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180 – Relatório 2017*. Disponível em: <
<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/RelatrioGeral2017.pdf> >. Acesso em 18/02/19.

SPELLMANN, Samuel. Licença-paternidade à brasileira: uma análise crítica do Marco Legal da Primeira Infância. Rio Grande do Norte: **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. 2016. Disponível em: <
<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10331/7304> >. Acesso em 11/06/2021.

STERLING, Anne Fausto. *The five sexes*. New York: *The Sciences*, 1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5971 – Distrito Federal. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Intimado: Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 13/09/2019. Órgão Plenário, Sessão Virtual de 6.9.2019 a 12.9.2019.

ZANELLO, Valeska. **Saúde mental, gênero e dispositivo – Cultura e processos de subjetivação**. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2018.

DOCTRINA

Submetido em
12/04/2022
Aprovado em
08/07/2022

PROJETO ADOÇÃO SEGURA DA COMARCA DE MARINGÁ: O ALCANCE SOCIAL DO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL Nº 16 ADOTADO PELA ONU E A EFETIVAÇÃO DOS DIRETOS DA PERSONALIDADE***SAFE ADOPTION PROJECT FROM COUNTY OF MARINGÁ: THE SOCIAL SCOPE WITH SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS Nº 16 ADOPTED BY THE UN AND THE EFFECTIVENESS OF PERSONAL RIGHTS***

Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro^I

Ana Maria Silva Maneta^{II}

RESUMO

Considerando a importância do instituto da adoção para a sociedade, bem como os riscos existentes pela desinformação social acerca deste, entende-se que a adoção de crianças e adolescentes é um tema a ser explorado, tanto como forma de reduzir os mitos e riscos sociais, quanto para cumprir com as expectativas da Agenda 2030 da ONU, no Brasil. Diante de tal perspectiva, a presente pesquisa tem como objetivo analisar se o Projeto Adoção Segura, realizado pelo Poder Judiciário paranaense na Comarca de Maringá, figura como um cumpridor dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU e, além disso, objetiva-se verificar a efetivação dos direitos da personalidade por intermédio desse. Para tanto, utilizou-se o método

ABSTRACT

Considering the importance of the adoption institute for society, and the risks due to social misinformation about it, it is understood that the adoption of children and adolescents is a topic to be explored, both as a way to reduce myths and social risks, and to meet the expectations of the UN 2030 Agenda in Brazil. In view of this perspective, the present research aims to analyze whether the Safe Adoption Project, carried out by the Judiciary Power of Paraná in Maringá, appears as a fulfiller of the UN Sustainable Development Goals and, in addition, it aims to verify the effectiveness of personality rights through this. To this end, the deductive method of approach was used, through a case study and empirical research, based on research and bibliographic and observational

^I Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Cesumar (UniCesumar). Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, França.

^{II} Mestranda em Ciências Jurídicas junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Pós-graduada em Direito Civil, Políticas Públicas em Serviço Social e Docência em Ensino Superior pela Uniasselvi. Servidora pública no Município de Maringá.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

dedutivo de abordagem, por meio de estudo de caso e empírico, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica e observacional acerca do tema. Como resultado, verificou-se que o Projeto Adoção Segura da Vara da Infância e Juventude de Maringá atende às expectativas da Agenda 2030 no Poder Judiciário, tendo em vista que cumpre com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16 da ONU – que visa, em síntese, promover sociedades pacíficas e inclusivas e construir instituições eficazes – visto que o mencionado Projeto protege liberdades fundamentais, atuando como redutor de desigualdades e efetivador da pacificação social, por informar a sociedade sobre o procedimento e as peculiaridades da adoção de crianças e adolescentes, sendo que, diante disso, efetiva os direitos da personalidade das crianças e dos adolescentes por ser um garantidor da convivência familiar.

PALAVRAS-CHAVE

Adoção. Agenda 2030. Direitos da Personalidade. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Organização das Nações Unidas.

review on the subject. As a result, it was found that the Safe Adoption Project of the Childhood and Youth Court of Maringá meets the expectations of the 2030 Agenda in the Judiciary, given that it complies with UN Sustainable Development Goal nº 16 – that promotes peaceful and inclusive societies and build effective institutions – because the Project protects fundamental freedoms, acting as a reducer of inequalities and effectuation of social pacification, by informing society about the procedure and peculiarities of adopting children and adolescents, and in view of this, the rights of the personality of children and adolescents are made effective as it is a guarantor of family life.

KEYWORDS

Adoption; Agenda 2030. Personality Rights. Sustainable Development Goals. United Nations Organization.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que com o advento da Constituição Federal de 1988 no Brasil, aconteceu o fenômeno da constitucionalização do Direito das Famílias, que consiste na aplicação de princípios constitucionais que visam a proteção dos entes familiares, bem como a determinação de deveres para cada um de seus membros, as formas de se constituir família passaram a ser ampliadas, em respeito aos anseios sociais, afinal, o Direito segue os avanços sociais, reconhecendo a legalidade em relações que no passado eram tidas como ilícitas.

A perspectiva da evolução do direito considerando a sociedade também pode ser observada no instituto da adoção, tendo em vista que este também passou por um processo evolutivo com o passar dos anos, até chegar ao momento legislativo atual. Diante de tantas mudanças no decorrer dos anos, verifica-se que paira na sociedade, por vezes, uma visão ultrapassada sobre o instituto da adoção, sendo que a desinformação sobre este se apresenta como um problema social que deve ser enfrentado, não apenas para garantir um direito de primeira geração – o de informação social – mas, também, visando a garantia do interesse superior das crianças e dos adolescentes, como forma de evitar o abandono infantil, o cometimento de atos ilícitos civilmente e crimes contra estes vulneráveis..

Aborda-se, dessa forma, como problema da pesquisa, os riscos da desinformação acerca da adoção, que alimenta tabus, mitos e preconceitos em relação a tão importante instituto, além de gerar sérios riscos, como a ocorrência de adoções irregulares, tráfico infantil, abortos e infanticídio. Sendo que, nessa perspectiva, analisar-se-á o Projeto “Adoção Segura” do Poder Judiciário do Paraná, na Comarca de Maringá/PR, que demonstra, através de dados, como o acesso à informação gera mudanças sociais e na vida pessoal dos adotantes e dos adotandos, se apresentando, além disso, como um efetivador do ODS nº 16 da ONU.

Para tanto, no primeiro capítulo realiza-se uma breve análise sobre a evolução social da adoção com o passar dos anos, concentrando-se no Brasil, observando a tutela legal em relação à adoção, a percepção da Lei em relação ao direito de se constituir família por meio desta e os direitos dos pais e filhos adotivos. Ainda, analisar-se-á o procedimento atual para a concretização da adoção de crianças e adolescentes no Brasil.

Em seguida, no segundo capítulo, observar-se-á a importância das políticas públicas para a sociedade, utilizando-se como analogia o Projeto Adoção Segura, implementado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, realizado e idealizado pela Vara da Infância e Juventude da Comarca de Maringá, com apoio do Ministério Público Paranaense, que ao verificar a quantidade de entregas irregulares para adoção e, conseqüentemente, adoções irregulares na referida Comarca, realizam através do Projeto ações informativas acerca do procedimento correto para adoção e para entrega regular à adoção, reduzindo, de forma significativa, os números das irregularidades, em razão do exercício prático do direito à informação à sociedade.

Por fim, no terceiro capítulo, será analisado o enquadramento do Projeto Adoção Segura ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16 – que trata da promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, idealizado pela ONU, quanto à Agenda 2030, sob a perspectiva de que os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável visam a efetivação dos ODS's para os próximos anos, como forma de oportunizar o atendimento das preocupações globais para um futuro mais pacífico, próspero e sustentável. Além disso, será verificada a relação do Projeto Adoção Segura com os Direitos da Personalidade, tendo como base o aspecto extrínseco destes, por estar ligado às relações que as pessoas estão inseridas, tendo como base a convivência familiar.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo de abordagem, por meio de estudo de caso e estatístico, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica acerca do tema, a fim de demonstrar os aspectos relacionados ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16 da ONU ao instituto da adoção e aos direitos da personalidade. Justificando a presente pesquisa na necessidade de ser garantida a informação social acerca da adoção, como forma de se reduzir os tabus que permeiam esta, bem como e, principalmente, para se evitar o cometimento de ilícitos civis e crimes, como venda de crianças por parte dos pais biológicos à terceiros “adotantes”, observando o exemplo do Projeto Adoção Segura, além do alcance deste Projeto ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16 da ONU, bem como sua efetivação aos Direitos da Personalidade das pessoas em desenvolvimento destas relações: as crianças e os adolescentes.

Em linhas gerais, esta foi a trajetória percorrida pela pesquisa. Sendo importante mencionar que, não se tem a pretensão de esgotar os temas abordados, mas objetiva-se

instigar o raciocínio, através de um repensar jurídico, acerca da importância da atuação próxima à sociedade por parte do Poder Judiciário, sem desprezar o princípio da separação dos poderes, mas como forma de se efetivar direitos constitucionalmente garantidos.

2 A (DES)INFORMAÇÃO SOBRE O INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Com o passar dos anos a sociedade enfrentou diversas mudanças interpretativas acerca de várias relações humanas, sendo que algumas destas não foram reconhecidas como lícitas, tanto no aspecto social, quanto legislativamente. Pode-se citar como exemplo o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como família, o que apenas ocorreu no Direito brasileiro, de forma oficial, em 05/05/2011, com o julgamento da ADIn nº 4277 pelo Supremo Tribunal Federal.

No que se refere ao instituto da adoção, não foi diferente, sendo que este passou por diversas mudanças interpretativas com o passar dos anos, tanto em âmbito nacional quanto internacional, como se passa a observar. A adoção de crianças e adolescentes é um instituto tutelado desde as primeiras legislações conhecidas, como o Código de Hamurabi, que trazia regulamentações sobre esta entre seus artigos 185 a 193, visando a organização da adoção, além da proteção dos adotantes e adotandos e a previsão acerca de sua indissolubilidade (MADALENO, 2020).

Importante mencionar que, apesar de presente desde as primeiras legislações, a adoção enfrentou certos desafios perante a sociedade, mesmo com as evoluções sociais. Pode-se verificar um exemplo disso na Idade Média, em que a Igreja, como um ente que se confundia com o próprio Estado e era contrária ao instituto, aplicou diversas proibições para realização de adoções, o que gerou um enfraquecimento desta. Afinal,

[...] sequer se permitia ao adotado herdar o título nobiliárquico, o qual só era transmitido pelo direito sanguíneo, passando depois a restringir, inclusive, o direito sucessório entre o adotado e o adotante. Sobreviveu, entretanto, uma versão mais ética e cristã da adoção [...] buscando dar filhos aos que a natureza negou a concepção. Um dos motivos apontados para a queda dos vínculos de adoção decorreu da própria substituição da base religiosa do Direito Romano pelo surgimento da família cristã. Também refletiu a influência contrária da Igreja à adoção, porque a constituição de um herdeiro adotivo

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

prejudicava as doações pós-óbito, deixadas pelos ricos senhores feudais que morriam sem deixar descendentes (MADALENO, 2020, p. 212).

Esta realidade mudou apenas na Idade Moderna, com o advento do Código Napoleônico (Livro 1, Título VIII, artigos 343 a 360) quando a adoção voltou a ser tutelada, tendo em vista que Napoleão Bonaparte não tinha filhos e necessitava de um sucessor ao seu império (WALD, 1999, p. 188). Tal situação gerou influências à legislação portuguesa, que por consequência, por ser Portugal, historicamente, o descobridor do Brasil, influenciou no Direito brasileiro (SOUZA, 2004, p. 40), foco do presente artigo.

No Brasil, a adoção é tutelada há aproximadamente 200 anos, pelas Ordenações Filipinas, que influenciadas pelo Direito português, introduziram o instituto na legislação brasileira, ainda que com poucas disposições. Naquela época procedimento já era judicializado, sendo que os juízes de primeira instância analisavam os interessados em audiência, em se percebendo a real intenção na adoção, havia a expedição da carta de perfilhamento/perfilhação, conforme o Livro 1, Título 3, §1º, além dos arts. 20 e 402 das Ordenações (BRASIL, 1828).

Alguns anos mais tarde, em 1916, ao ser sancionado o Código Civil brasileiro, foram implementadas inovações ao instituto da adoção, como a possibilidade de o adotando se desligar da adoção quando implementasse a maioria ou cessasse eventual interdição que possuía – portanto, a adoção era passível de revogação. Ainda, para que fossem considerados aptos a adotar, as pessoas que pretendiam adotar crianças e adolescentes, ou seja, os adotantes, deveriam ser maiores de 50 anos (ELY, 2012, p. 39).

Com a promulgação da Constituição de 1988 e, posteriormente com o advento do Código Civil de 2002, a adoção passou a se pautar na busca do interesse superior das crianças e dos adolescentes, apresentando-se como uma forma de garantir-lhes o direito de serem partes de uma família e da convivência familiar. Ainda, necessário mencionar as demais legislações que tratam sobre o instituto da adoção como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei nº 12.010/2009, popularmente conhecida como Lei da Adoção, a Lei nº 13.509/2017, que dispõe sobre adoção e altera o ECA e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), além dos diplomas internacionais com influência no direito brasileiro, a exemplo da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em

Matéria de Adoção Internacional, mais conhecida como Convenção de Haia, e da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Diante de todas as evoluções quanto à adoção, essa pode ser entendida como sendo uma forma de “procriação juridicamente assistida. [...] busca uma família para a criança, não o contrário” (NABINGER, 1997, p. 83), isso ocorre pois “permite trazer à existência um filho, que se vincula ao pai, mãe ou pais, não pelo sangue, mas por um ato de amor juridicamente protegido. É modalidade de estabelecimento do vínculo de filiação de origem civil” (BRAUNER e ALDROVANDI, 2010, p. 9).

Em resumo, tem-se que a adoção é o instituto de consolidação da “paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, ao argumento de que a paternidade é função na qual se insere a construção do amor paterno-filial cuja base é o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação” (DONIZETTI, 2007, p. 25). Contudo, deve-se destacar que, conforme ensinam Marcel Planiol, Georges Ripert e René Savatier (1952, p. 16), “a posse do estado não pode, por si só, criar uma situação jurídica regular”, portanto, para que haja reconhecimento jurídico da adoção, esta deve ser regular, ou seja, seguir os passos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e com base na Lei da Adoção (Lei nº 13.509/2017).

2.1 O ATUAL PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O procedimento da adoção no Brasil é previsto no ECA e possui diversas peculiaridades que merecem destaque, contudo, levando em consideração que não é o foco da presente pesquisa, apenas serão pontuados detalhes de suas regras. A regra geral do instituto da adoção de crianças e adolescentes em território nacional é aquela que inicia, da perspectiva dos adotandos (crianças e adolescentes) com a destituição do poder familiar de seus pais biológicos, ou seja, ocorre em excepcionalidade, tendo em vista que a preferência legal é a manutenção ou a reintegração destes à sua família biológica, ou ainda, à sua família extensa¹ (art. 19, *caput* e §3º, do ECA). Havendo o trânsito em julgado da sentença que destituiu os genitores biológicos do poder familiar, considera-se que a

¹ Art. 25. [...] Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 1990).

criança e/ou adolescente, a que se refere o procedimento de destituição, está apta para adoção (art. 50, *caput*, do ECA).

A perspectiva dos pretendentes à adoção, inicia com suas habilitações ao Sistema Nacional de Adoção (SNA). Nessa fase inicial, serão observados os requisitos do art. 197-A, do ECA, cujo objetivo principal é verificar a realidade social e familiar destes e, conseqüentemente, sua aptidão para adoção. Ainda, nesse momento, os pretendentes preencherão uma ficha com características do pretense adotando, delimitando as expectativas quanto à criança e/ou adolescente a ser adotada (CNJ, 2021). Feito isso, os autos são encaminhados ao Ministério Público (art. 197-B, do ECA) e após, à equipe interprofissional que atua na Vara da Infância e Juventude que deverá, nos termos do *caput* do art. 197-C, do ECA, elaborar um estudo psicossocial pontuando acerca da capacidade destes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, além de incluí-los em programa de capacitação dos postulantes para a adoção (§§1º a 3º do art. 197-C do ECA). Por fim, oportunizada a manifestação ao Ministério Público (art. 197-D, do ECA), os autos serão encaminhados ao Juiz que, ao deferir a habilitação dos pretendentes, determinará inscrição destes no SNA (Art. 197-E, do ECA).

Quando os dois polos da adoção são considerados aptos, ou seja, os pais biológicos dos adotandos foram destituídos do poder familiar e os pretendentes à adoção estão inscritos no Sistema Nacional de Adoção, serão observados dois critérios estabelecidos em Lei: 1) a ordem cronológica de habilitação²; e 2) a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis (art. 197-E, do ECA).

Com o cruzamento dos dois requisitos a serem verificados no caso concreto, que acontece em fase de cumprimento de sentença da destituição do poder familiar no âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná (art. 501 do Código de Normas do Foro Judicial – CNFJ), incumbência da equipe técnica, através de relatório circunstanciado (Art. 504, do CNFJ), o Ministério Público se manifestará e os autos irão conclusos para o Juiz para decisão (Art. 507, do CNFJ), que ao homologar a indicação dos pretendentes, dará início ao estágio de convivência (Art. 509, do CNFJ).

Ao fim do período de estágio de convivência, a equipe técnica multidisciplinar apresentará relatório técnico a que se refere o art. 46, §3º-A do ECA e após a manifestação

² Que significa: qual(is) o(s) pretendente(s) habilitado(s) à adoção com o cadastro ativo há mais tempo.

do Ministério Público (art. 201, inciso III do ECA), o processo será encaminhado ao Juiz, que, em sendo os pareceres técnico e ministerial favoráveis, determinará a intimação dos pretendentes para protocolização da ação de adoção (art. 19-A, §7º do ECA), sempre adstrito ao princípio do interesse superior da criança e do adolescente (art. 100, inciso IV do ECA).

Com o ingresso da ação de adoção, em sendo comprovado que os pretendentes estavam previamente habilitados para adoção, bem como a ausência dos impedimentos para adoção (artigos 40 e 42 do ECA), e ainda, que o estágio de convivência entre adotantes e adotando foi favorável, sendo demonstrado que a procedência do pedido apresenta reais vantagens para o adotando e funda-se em motivos legítimos (art. 43 do ECA) – através das provas produzidas nos autos, o pedido será julgado procedente. Destaca-se que a sentença de procedência, no caso da adoção, “natureza constitutiva, criando situação jurídica onde inexistia” (NUCCI, 2019, p. 227), gerando vínculos civis.

Observado o passo a passo da adoção, de forma sucinta, é possível inferir a quantidade de detalhes que devem ser levados em consideração para que a filiação e a paternidade sejam criadas pela adoção. Sendo que, apesar de ser um instituto presente na sociedade desde a antiguidade, já abordado, sabe-se que ainda pairam na sociedade muitos tabus acerca da adoção. Pode-se dizer que isso se dá, principalmente ante o desconhecimento social sobre as peculiaridades deste instituto, e, principalmente, sobre as regras de seu procedimento.

Sobre o direito à informação, entende-se que “consagra-se como direito fundamental junto à primeira dimensão histórica de direitos fundamentais, incluído no rol das chamadas liberdades públicas” (DANTAS e REGO, 2021, p. 151). Ainda, sobre esta modalidade de direito, Ingo Sarlet e Carlos Molinaro (2009, p. 12) comentam que decorre do “direito humano ao saber”, de forma que corresponde a aplicação de técnicas democráticas que implicam nas relações humanas na comunidade.

No Brasil, a Constituição Federativa assegura “a todos”, em seu art. 5º, inciso XIV, “o acesso à informação”, além disso, o próprio *caput* do referido artigo, apesar de não mencionar o referido direito, demonstra a mentalidade do legislador no que se refere à proteção dos cidadãos brasileiros quanto a este aspecto. Apesar disso, comenta-se que o Brasil “está muito distante de uma situação na qual o direito à informação possa

redefinir os próprios limites da cidadania. Mesmo em relação à legislação existente em outros países, a delimitação jurídica do direito à informação no Brasil é muito precária” (CEPIK, 2000, p. 10,11).

No que se refere ao instituto da adoção, a ausência de informação sobre suas regras e efeitos, abre espaço para que mitos e tabus se propaguem, além de dificultar o interesse social no exercício da paternidade/maternidade, através da adoção, porque consideram seu procedimento mais difícil do que é, o que gera uma desistência antes mesmo da tentativa. Pode-se citar como exemplo, o fato de homens solteiros, em muitos casos, acharem que não é permitido adotar uma criança (SILVA, 2010, p. 217), o que é um mito social.

A desinformação sobre a adoção, além de gerar possíveis efeitos sociais, como o entendimento ocidental sobre a superioridade do parentesco biológico em detrimento do parentesco adotivo, que é entendido como fictício e irreal (MODELL, 1994), pode gerar prejuízos ainda mais graves, como as adoções irregulares, que são as “adoções” que ocorrem fora do Poder Judiciário.

O Juiz de Direito Substituto da Comarca de Maringá, Robespierre Foureaux Alves (2019, p. 224), comenta que

[...] não são incomuns os lamentáveis casos de mães que, por ganância, entregam seus filhos a terceiros mediante pagamento ou promessa de recompensa sendo digno de registro que muitas vezes a aproximação entre as mães e os interessados que recebem as crianças é intermediada por grupos criados em redes sociais ou por pessoas sem nenhum escrúpulo que cobram comissão dos envolvidos.

Nesses casos, assim como quando há contraprestação financeira pela entrega irregular, as crianças e/ou adolescentes “passam a conviver em famílias escolhidas pelas próprias mães, sem qualquer garantia de que estarão sendo bem cuidados formando-se vínculos de afinidade e afetividade impossíveis de serem rompidos posteriormente” (ALVES, 2019, p. 224). De forma que, entrega irregular para adoção constitui um grave risco, tanto para os “adotantes”, “adotandos” e os pais biológicos, afinal, não há qualquer acompanhamento do Poder Judiciário – órgão responsável pela análise da idoneidade e capacidade para o exercício da parentalidade responsável daqueles que pretendem adotar crianças e adolescentes.

Importante mencionar que os genitores biológicos e aqueles que receberam as crianças e/ou adolescentes de forma irregular, podem ser chamados pelas Autoridades, para que prestem os esclarecimentos acerca de suas condutas, o que poderá, eventualmente, culminar na responsabilização criminal, pelos crimes previstos nos artigos 123, 124 e 133, todos do Código Penal, além do art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além da entrega e, conseqüentemente, adoção irregular, pode-se citar como conseqüências da desinformação acerca do instituto da adoção, o tráfico de crianças e adolescentes (visando uma adoção internacional, com contraprestação financeira aos intermediadores), abortos, por vezes realizados pelas próprias gestantes em casa e até infanticídio. Dessa forma, entende-se como necessária a análise do Projeto “Adoção Segura”, atuação análoga à política pública idealizada pelo Poder Judiciário paranaense, na Comarca de Maringá, que visa combater a desinformação e, conseqüentemente, as irregularidades e crimes que irradiam da adoção, sem informação.

3 O PROJETO "ADOÇÃO SEGURA" DO PODER JUDICIÁRIO PARANAENSE NA COMARCA DE MARINGÁ

Conforme analisado alhures, os prejuízos da desinformação em relação à adoção não se voltam apenas ao tabu social quanto ao instituto, mas principalmente os riscos que podem gerar na vida dos mais vulneráveis da relação, com a ocorrência de situações graves, diante da ausência de informações quanto à possibilidade de entrega regular para adoção – que não se caracteriza como abandono e é ato lícito (art. 19-A, §5º, e art. 166, §6º, ambos do ECA), bem como acerca de seu procedimento correto. De maneira tal que, pode ser entendido como uma resposta às necessidades da sociedade, neste aspecto, o Projeto “Adoção Segura”, do Tribunal de Justiça do Paraná, na Comarca de Maringá.

Cumpra analisar, antes de se adentrar especificamente no mencionado Projeto, a importância das Políticas Públicas para a sociedade em geral. Entende-se que políticas públicas são “todas as formas de atuação do Estado, dentro de uma perspectiva de processos juridicamente articulados” (BUCCI, 2002, p. 37), o que significa que “todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, incluindo-se neste rol os agentes políticos, constituem políticas públicas” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 57).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Na lição de Maria Paula Dallari Bucci (2002. p. 269),

Uma política é pública quando contempla os interesses públicos, isto é, da coletividade — não como fórmula justificadora do cuidado diferenciado com interesses particulares ou do descuido indiferenciado de interesses que merecem proteção — mas como realização desejada pela sociedade. Mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo.

Verifica-se, então, que “é o Estado, através dos seus Poderes constituídos que tem a competência constitucional para dar o impulso oficial do que se convencionou chamar de políticas públicas. O próprio termo política pública pressupõe a participação estatal” (AITH, 2006. p. 233). De forma que as políticas públicas são mecanismos estatais, que podem ser criadas pelos poderes do Estado brasileiro, pois “além de independentes, devem ser harmônicos entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados” (GRINOVER, 2010, P. 14).

Importante mencionar que

O processo de formulação de políticas públicas é um jogo dinâmico entre atores que interagem naquilo que pode ser chamado de arenas. Alguns atores são formais, como os partidos políticos, os presidentes, as equipes de governo, as legislaturas, os tribunais e a burocracia. Suas funções na elaboração de políticas são formalmente estabelecidas pela Constituição. Outros atores são informais, como os movimentos sociais, as empresas e os meios de comunicação. Não possuem um papel formal, mas, em muitas ocasiões, despontam como atores poderosos (Banco Interamericano de Desenvolvimento e David Rockefeller Center for Latin America Studies, 2007. p. 25)

Em regra, as políticas públicas são percebidas nos “atos legislativos e administrativos necessários à satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 147), sendo, portanto, dever dos Poderes Legislativo e Executivo levarem a efeito as políticas públicas. O Poder Judiciário, por sua vez, normalmente exerce o controle das políticas públicas realizadas pelos demais poderes, contudo, conforme julgados atuais do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se o entendimento de que

[...] ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social - principalmente nos casos em que visem resguardar a supremacia da dignidade humana sem que isso

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. (BRASIL, 2017).

O papel do Poder Judiciário, conforme preleciona Fabio Ferreira Mazza (2013, p. 26), “foi alterado pela Constituição de 1988, através do qual o Judiciário passou a ter um status de ‘poder’, por deixar de ser apenas aplicador das leis e dos códigos e tornar-se um agente político”. De maneira tal que, este se constitui como sendo “um ator capaz de provocar impactos significativos no embate político, na elaboração de políticas públicas e na sua execução” (SADEK, 2011).

Destaca-se que, conforme já analisado, e em considerando a possibilidade de implementação de políticas públicas pelos três poderes do Estado brasileiro, necessário verificar quais seriam as atuações ou atos do Poder Público considerados políticas públicas. Pode-se dizer que são aqueles atos perpetrados por algum dos órgãos de Poder Estatal, que objetivam garantir o art. 3º, da Constituição Federal, que trata, em síntese, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Possível afirmar que as políticas públicas que levam informações necessárias à população, atuam no objetivo de reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos. Ainda, importante pontuar que, conforme já analisado acima, o direito à informação faz parte da primeira dimensão de direitos fundamentais, sendo identificado como uma liberdade pública. De maneira tal que, além de ter o dever de agir, informando, o Estado tem o dever de não fazer, não agir e não interferir na liberdade individual, “não praticando atos que o impeçam de ser informado (não cerceando a liberdade de imprensa, não limitando o acesso a buscas pela internet, não limitando o direito de petição junto aos órgãos públicos etc)” (MARTINS, 2021, p. 409).

Acerca da informação, importante pontuar que

[...] considera-se uma informação transparente aquela que é visível e inferível. Visível, pois se apresenta de maneira completa e acessível. Inferível, porque, a partir de seus atributos (desagregável, verificável e simplificável), é possível tirar conclusões proveitosas para

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

a tomada de determinada decisão (MATTIETTO e SOUZA, 2020, p. 141).

A doutrina brasileira faz distinção entre o direito de se informar e o direito de ser informado, sendo que o primeiro se refere ao direito de “conhecer as informações de interesse público ou privado, através da liberdade de acesso à informação, consistente na permissão de pesquisa, busca de informações, sem sofrer qualquer interferência do Poder Público, estando previsto no art. 5º, XIV, da Constituição Federal” (MARTINS, 2021, p. 409), o outro, por sua vez “consiste na possibilidade de qualquer cidadão receber de todo e qualquer órgão público informações de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível a segurança da sociedade e do Estado” (SVALOV, 2012, p. 63).

No que se refere ao direito da sociedade de ser informada, entende-se que entra em cena a atuação análoga à Política Pública foco do presente artigo, o Projeto “Adoção Segura” do Tribunal de Justiça do Paraná, realizado pela Vara da Infância e Juventude da Comarca de Maringá/PR, com o apoio do Ministério Público do Paraná, que foi lançado em 10.10.2016, com um evento de lançamento no salão do Tribunal do Júri do Fórum de Maringá (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2019a, p. 3).

Conforme informações do Tribunal de Justiça do Paraná, tem-se que o referido Projeto:

[...] foi criado para fazer frente às adoções irregulares e às situações de abandono de recém-nascidos em Maringá e região. A ação teve o intuito de criar e difundir a cultura da adoção segura, ou seja, acompanhada pelo Poder Judiciário e feita de acordo com as regras previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, 2019).

À época da criação do Projeto, observou-se que muitas pessoas com a intenção de adotar crianças e adolescentes, ao invés de seguirem o procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente para tanto, optavam pela busca de

[...] pais em situação de vulnerabilidade que não querem ou não têm condições de cuidar de seus filhos. Em seguida, em total afronta à legislação de regência, essas pessoas passam a cuidar de crianças e adolescentes, de forma irregular, e posteriormente ajuízam ações de adoção perante Vara da Infância e Juventude para homologar situações de fato já consolidadas. (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2019a, p. 1).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Socialmente, entende-se que o Projeto “Adoção Segura” é uma mão do Poder Judiciário de forma mais próxima da sociedade, caracterizando-se como uma atividade análoga à Política Pública que através de eventos orienta, informa e conscientiza a sociedade de Maringá e região sobre a necessidade de se observar a Legislação quanto à adoção. Bem verdade, que desde seu lançamento são realizados,

[...] de forma contínua, eventos informativos, encontros com públicos específicos (agentes comunitários de saúde, médicos e funcionários de maternidades, professores, líderes religiosos, entidades filantrópicas etc) e concessão de entrevistas, a fim de reforçar as informações apresentadas no evento de lançamento, entregar materiais informativos, dissipar dúvidas e consolidar a cultura da adoção segura em Maringá/PR e região. (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2019a, p. 4).

Destaca-se que além de gerar a conscientização dos cidadãos sobre o procedimento correto para a adoção, através do Projeto, os pais são informados acerca da “possibilidade de entrega voluntária de um filho para adoção na Vara da Infância e Juventude. As informações disponibilizadas à comunidade destacaram que entregar uma criança para a adoção não é crime – porém, abortar, abandonar, maltratar ou entregar para terceiros é” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, 2019).

De forma prática, tem-se, então, que os objetivos específicos do Projeto “Adoção Segura” se vinculam a 3 verbos: orientar, informar e conscientizar, que explicados, voltam-se para:

Orientar técnicos que trabalham na Rede de Proteção (CREAS, CRAS, Hospitais Públicos, Postos de Saúde, entidades de acolhimento, CAPS, Conselhos Tutelares etc) sobre a legalidade da entrega voluntária para adoção e como devem atuar diante de atendimento de casos em que os pais manifestam o desejo de entregar o(a) filho(a) para adoção;

Informar aos pais que é possível e está prevista em lei a entrega voluntária de filho para adoção na Vara da Infância e Juventude e orientá-los acerca do procedimento a ser adotado, esclarecendo que não constitui crime a entrega e não há nenhum tipo de responsabilização dos pais; e

Conscientizar as pessoas que têm interesse em adotar quanto ao procedimento previsto em lei para a adoção e sobre a importância de ser rigorosamente observada a legislação de regência da matéria. (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2019a, p. 3).

Considerando a gravidade da desinformação acerca do instituto da adoção, pode-se resumir que o referido Projeto visa “repassar permanentemente orientações aos

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

integrantes da rede de atendimento e esclarecimentos a gestantes e à população em geral sobre todas as questões que envolvem a adoção, incluindo a entrega legal” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2021).

O reconhecimento da importância do Projeto “Adoção Segura” para a sociedade se dá em 2019, quando vence o VIII Prêmio AMAERJ Patrícia Acioli de Direitos Humanos, criado pela Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (AMAERJ), na categoria Trabalho dos Magistrados – que se destina “aos magistrados que tenham em curso projetos ou trabalhos acadêmicos que valorizem os Direitos Humanos e a Cidadania” (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2019b).

Ademais, estatisticamente, observa-se as mudanças realizadas no cenário da Comarca de Maringá com a implementação do Projeto Adoção Segura, em 2016, através do quadro apresentado perante à AMAERJ em 2019b, veja-se:

Entregas Voluntárias para Adoção/Ano		Adoções Regulares/Ano	
2014	1 entrega	2014	1 criança
2015	8 entregas	2015	9 crianças e adolescentes
2016	13 entregas	2016	24 crianças e adolescentes adotados
2017	9 entregas	2017	11 crianças e adolescentes adotados
2018	7 entregas	2018	16 crianças e adolescentes adotados (até o momento)

Fonte: AMAERJ, 2019b.

Do quadro acima, pode-se verificar que no ano de lançamento do Projeto Adoção Segura, em 2016, o número de entregas regulares para adoção e de adoções realizadas de forma regular foi o maior apresentado entre 2014 e 2018. Ainda, verifica-se que em 2014 apenas ocorreu uma entrega regular para adoção e uma adoção regular, quantidade pequena demais, em comparação à quantidade de pessoas que se habilitam para adoção anualmente.

Em 2018, havia 137 pessoas habilitadas para fins de adoção em Maringá, devidamente inscritas no antigo, Cadastro Nacional de Adoção (CNA)³, sendo que, conforme o quadro acima apresentado, no referido ano, 16 crianças e adolescentes foram

³ Em 2019, através da Resolução nº 289/2019, o Conselho Nacional de Justiça criou o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), com a unificação de dois sistemas anteriores, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e o Cadastro Nacional de Adoção de Crianças Acolhidas (CNAC).

adotados. Comparando os números antes de implementação do Projeto na Comarca de Maringá e os dados após, verifica-se o aumento, principalmente em 2016, quando a campanha iniciou com toda força.

Com base no quadro acima colacionado, bem como, tendo em conta que o Projeto Adoção Segura demonstrou, de forma prática, a importância do direito à informação, direito fundamental de primeira geração, entende-se que este se enquadra ao Objetivo nº 16 da ONU, que visa “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

4 DO ALCANCE DO PROJETO “ADOÇÃO SEGURA” À ODS Nº 16 DA ONU

A partir da década de 70, foram intensificadas as discussões acerca das problemáticas sociais, econômicas e ambientais, com tratativas a temas como a paz, a injustiça social, a pobreza, a falta de educação, a mortalidade infantil, a dependência tecnológica, as questões ambientais, dentre vários outros. Dessa forma, com o passar dos anos, foram implementadas atuações internacionais e nacionais visando a abordagem de temas que convergiam as preocupações mundiais (GARCIA e GARCIA, 2016).

Do ano 2000 em diante, ocorreu uma quebra de paradigmas em relação às preocupações mundiais com o desenvolvimento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, que se refere a uma agenda a ser cumprida pelos países-membros da Organização das Nações Unidas com o passar dos anos, tratando-se de um instrumento na efetivação de todas aquelas as preocupações mundiais, tais como “paz, segurança, desarmamento, desenvolvimento, erradicação da pobreza, proteção do ambiente comum, direitos humanos, democracia, boa governança, proteção dos grupos vulneráveis, responder às necessidades especiais da África e reforçar as Nações Unidas” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000, p. 4-16).

Através da Declaração das Nações Unidas, possível notar que “os dirigentes mundiais deram indicações claras sobre como adaptar a Organização ao novo século. Estão preocupados – aliás, justamente – com a eficácia da ONU” (ORGANIZAÇÃO

DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000, p. 3/4), dessa forma, os Chefes dos Estados membros da Organização decidiram “estabelecer uma paz justa e duradoura em todo o mundo, em conformidade com os propósitos e princípios da Carta” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000, p. 5).

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representa um marco no processo de internacionalização e converte o tema da proteção aos direitos fundamentais em interesse da comunidade internacional, além de contribuir para o processo de democratização e de reinserção o indivíduo no direito internacional (RIBEIRO; VINCE, 2018, p. 73).

Sabe-se que o raciocínio voltado à pacificação social surgiu, além de outros fatores, em razão do cenário histórico vivenciado mundialmente pelo pós-guerra, visando a efetividade da Declaração das Nações Unidas e os demais instrumentos internacionais de forma a intensificar o raciocínio voltado à dignidade da pessoa humana, pois “traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2020, p. 62). Como matéria de cunho filosófico que foi implementado na seara jurídica, impõe, de forma obrigatória, uma releitura dos institutos e situações jurídicas e sociais (PEREIRA, 2012, p. 149).

É nessa toada, que a Organização das Nações Unidas, junto de seus 193 países-membros desenvolveu uma Agenda, intitulada Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, em que foram estipulados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), baseados nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio de 2000, atuando como forma de garanti-los, bem como orientando para “o desenvolvimento para os próximos quinze anos, oferecendo uma oportunidade de atender aspirações globais dos cidadãos para um futuro mais pacífico, próspero e sustentável” (BRASIL, 2015).

Tem-se que “todos os 17 objetivos se apoiam em três pilares básicos: acabar com a pobreza, proteger o planeta e garantir a prosperidade para todos como parte de um novo desenvolvimento sustentável” (GARCIA; GARCIA, 2016, p. 202). Sendo estes:

Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável.

Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.

Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos.

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.

Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos.

Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos.

Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos.

Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação.

Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles.

Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.

Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis.

Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos.

Objetivo 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável.

Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade.

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. (BRASIL, 2015).

Da leitura dos 17 ODS's implementados pela Agenda 2030, possível compreender que o foco principal é o alcance de uma sociedade global justa, solidária e sustentável, que tem como fim a promoção e tutela da pessoa humana em todos os seus aspectos, tendo em vista que a Dignidade da Pessoa Humana se refere a todos os aspectos da vida, visando a garantia dos bens jurídicos que geram reflexos em toda a humanidade, e nos indivíduos em si.

Através do Objetivo nº 16 da ONU, que visa “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos

e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015), busca-se

[...] reduzir significativamente todas as formas de violência e trabalhar com governos e comunidades para encontrar soluções duradouras para conflitos e insegurança. Fortalecer o estado de direito e a promoção dos direitos humano é essencial para esse processo, assim como reduzir o tráfico de armas ilícitas e fortalecer a participação de países em desenvolvimento em instituições de governança global. (BRASIL, 2015).

Como forma de amplificar o alcance social do Objetivo nº 16, a ONU o subdividiu em 10 subitens, que explicam e enfocam de forma direcionada a extensão de seu trabalho. Dessa maneira, importante a análise dos subitens nº 6 e 10, que se referem, respectivamente a “desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis” e “assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015). Estes objetivos podem ser observados em diversas áreas da sociedade, e principalmente, junto ao Poder Judiciário, visto que a referida “agenda vem conquistando a adesão de diversas entidades dos setores público e privado. A ligação entre o Judiciário e a Agenda 2030 destaca-se no objetivo nº 16 (‘paz, justiça e instituições eficazes’)” (BRASIL, 2020).

No Brasil, possível perceber este compromisso tendo em vista que foi desenvolvido o Provimento nº 85/2019 pelo Conselho Nacional de Justiça, que teve como base para sua edição “que o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável ODS 16, que trata de Paz, Justiça e Instituições Eficazes está indissociavelmente relacionado aos assuntos tratados pelo Poder Judiciário Brasileiro”. E além de ter este ODS como base, se porta de forma a:

Art. 4º. Incentivar os Tribunais que criem e instalem Laboratórios de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS), com a metodologia que vem sendo adotada no Conselho Nacional de Justiça – CNJ, como um movimento que une o conhecimento institucional, a inovação e a cooperação com o objetivo de se alcançar a paz, a justiça e eficiência institucional, que será o espaço de interação sobre a Agenda 2030. (BRASIL, 2019).

Sendo o Brasil um dos Estados-membros da ONU, notável o compromisso nacional com a implementação de técnicas que atuam como forma de alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, ainda mais no que se refere ao nº 16, visto

que este se relaciona de forma latente com o Poder Judiciário, reafirmando o compromisso da Constituição Federal de 1988 e demais leis infraconstitucionais com a pacificação social (DINIZ, 1989).

Sabe-se que tanto no aspecto internacional, quanto nacional “a busca incessante da paz e a criação de meios para que esta se concretize são objetivos a atingir pelos filósofos e pelos juristas” (FREITAS, 2020, p. 73). Sob essa perspectiva, importante a análise dos Direitos Humanos, assim como de sua evolução na história mundial. Assim sendo, faz-se necessário abordar sobre a Declaração de Direitos Humanos realizada pela Organização das Nações Unidas em 1948.

Sobre esta, comenta Fábio Konder Comparato (2012):

Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

Entende-se que o objetivo central da referida Declaração é a busca pela paz, tendo em vista que foi desenvolvida em uma realidade pós-guerra, cujo início, além da busca pelo poder e expansão territorial, se deu justamente em razão da ausência de conscientização e de educação sobre a paz, que por ser uma das formas de se garantir a efetividade aos Direitos Humanos, atua como incentivo ao respeito às diferenças raças, etnias, crenças, etc. Ademais, entende-se que a paz é um Direito Humano, sendo este “a pedra angular de todos os demais Direitos Humanos e de sua interdependência. E isso exige um enfoque transdisciplinar para estudar mais adequadamente a complexidade do mundo atual (RAYO, 2008, p. 29).

Ademais, observa-se que

Essa educação com vocação internacional, combinando a aprendizagem, a informação, a formação e a ação pretende o adequado desenvolvimento intelectual e afetivo das pessoas através de métodos que contribuam para fomentar qualidades, atitudes e capacidades que levem a:

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

- a) adquirir uma compreensão crítica dos problemas mundiais;
- b) resolver conflitos de maneira pacífica;
- c) desenvolver o senso da responsabilidade social e da solidariedade com os grupos mais desfavorecidos. (RAYO, 2008, p. 182).

Dessa forma, analisando a realidade social no mundo atual, percebe-se que a implementação da cultura da paz é uma necessidade geral, e muitas são as formas de alcançá-la entre elas, a educação sobre os Direitos Humanos nas escolas, para que os infantes desenvolvam a noção de dignidade da pessoa humana desde pequenos (CANDAUI, 2013), através de oficinas, que permitam a troca de experiências de vida entre professores e alunos (TAVARES e LIRA, 2001), servindo para que os estes se formem pessoas pacificadoras.

Analisando o Projeto Adoção Segura, implementado pelo Poder Judiciário paranaense, na Comarca de Maringá, como uma política pública que visa garantir a informação sobre adoção na cidade e região, possível observar a mentalidade da pacificação social, tendo como perspectiva o Provimento nº 85/2019 pelo Conselho Nacional de Justiça, visando o implemento do ODS nº 16 da ONU.

O referido Provimento do CNJ baseou-se, além de outros aspectos na “necessidade de exteriorizar com maior ênfase o impacto da gestão judiciária em favor da sociedade brasileira” (BRASIL, 2019), visto que as metas e indicadores do Poder Judiciário ainda não haviam sido formalmente recepcionadas pela Agenda 2030 no que se refere às de políticas públicas e estudos comparativos entre os Países e Municípios.

Ao efetivar a concessão de informação à sociedade acerca do instituto da adoção, o Projeto Adoção Segura cumpre com o objetivo nº 16 da ONU, por promover a pacificação social, evitando irregularidades em relação às adoções e às entregas das crianças e adolescentes, bem como por respeitar com o item 16.10 do referido ODS, tendo em vista que assegura o acesso da sociedade à informação, protegendo as liberdades fundamentais.

Entende-se, ainda, que o Projeto Adoção Segura, além de cumprir com a Agenda 2030 almejada pelo Conselho Nacional de Justiça, colocando o Tribunal de Justiça em destaque, efetiva os direitos da personalidade. Afinal, conforme Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 64) a personalidade “é o conjunto das qualidades e relações que determinam a

pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular”. Com base nisto, entende-se que as relações em que as pessoas estão inseridas constituem parte de sua personalidade.

Antes de analisar a efetivação dos direitos da personalidade pelo Projeto Adoção Segura, importante entender esta categoria de direitos. Anderson Schreiber (2014, p. 13) aponta que os direitos da personalidade “consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas”. Importante mencionar, que estes estão embasados na dignidade da pessoa humana que é "um valor fundamental que é também um princípio constitucional, [...] funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”. (BARROSO, 2014, p. 64). Bem como, tem-se que

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação (BRASIL, 2012).

Ao comentar sobre os referidos direitos, preceitua Fernanda Tartuce (2019, p. 148) que:

[...] os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte. Esse, na opinião deste autor, é o seu melhor conceito.

Compreendido o que é entendido por direitos da personalidade, observa-se que as relações em que as pessoas estão inseridas constituem parte de sua personalidade e que esta está pautada na dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito⁴, pode-se entender que o Projeto Adoção Segura efetiva os direitos da personalidade das crianças e dos adolescentes, na condição de pessoas em desenvolvimento, pois diversos doutrinadores entendem que o direito à convivência

⁴ 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. (BRASIL, 1988).

familiar compõe a categoria dos direitos da personalidade, sendo que esses direitos têm “[...] por objetivo, realizar os direitos fundamentais da criança consagrados pelo art. 227 da Constituição, sobretudo, o direito à saúde, incluída a prole à saúde mental e à dignidade” (LAURIA, 2003, p. 61-62).

A “[...] convivência familiar saudável e duradoura possibilita à criança efetivar o direito à sua integridade psicofísica, à honra, ao respeito e, ainda, ao livre desenvolvimento de sua personalidade” (MORAES; VIEIRA, 2020, p. 752), considera-se que é “imprescindível a efetivação da convivência familiar, pois é a partir desta que os direitos da personalidade serão realizados no plano material, e não apenas no formal” (VIEIRA, 2020, p. 98), tendo em vista que “[...] é através do convívio que floresce o amor, que se trocam experiências, se fortalecem os vínculos parentais e se edifica a personalidade do filho” (RAMOS, 2005, p. 104).

O Projeto Adoção Segura, ao informar a sociedade em geral sobre a forma correta de serem realizadas as adoções regulares, garante que crianças e adolescentes, que por vezes estão em instituições de acolhimento sem noção alguma de família, sejam inseridas em suas famílias e, conseqüentemente, usufruam de convivência familiar saudável, com pais que os desejaram, amam e cuidam destes, o que influenciará no desenvolvimento de suas personalidades, tendo em vista a influência das relações humanas para a formação da personalidade e também para a garantia desses direitos.

5 CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa, buscou-se demonstrar a evolução legislativa do instituto da adoção no direito brasileiro, analisando-se as regras de seu procedimento no Brasil. A construção do raciocínio técnico estruturado nos primeiros capítulos, se prestou para fundamentar a base necessária para análise legal e social das problemáticas acerca da desinformação na sociedade sobre adoção, ocasião em que foram observadas, como conseqüências a falta de informação, a ocorrência de adoções irregulares, de tráfico humano de crianças e adolescentes, de abortos e, até mesmo, de infanticídios.

Assim, observados os riscos da desinformação social sobre a adoção, analisou-se como solução ao problema levantado, o Projeto “Adoção Segura” executado pelo Poder Judiciário do Paraná, pela Vara da Infância e Juventude da Comarca de Maringá/PR, pois

este concede informação à sociedade sobre as regras, requisitos, efeitos e características da adoção de crianças e adolescentes, através da realização de palestras, cursos de capacitação à equipe técnica, entre outras ações.

Além da efetividade do Projeto “Adoção Segura”, constatou-se que este é inovador, colocando o Tribunal de Justiça do Paraná em posição de destaque, por ser um efetivador do ODS nº 16 da ONU, por assegurar o acesso público à informação, de forma a reduzir irregularidades e desigualdades sociais, nos quais as pessoas mais simples acabam não tendo acesso aos seus direitos, em razão, muitas vezes, da desinformação social – como a possibilidade de entrega regular para adoção, sendo um ente que atua na proteção os direitos fundamentais, correspondendo às expectativas do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, verificou-se, também, a garantia dos direitos da personalidade de crianças e adolescentes que estão inseridos em medidas de proteção de acolhimento – institucional ou familiar, tendo em vista que, ao informar a sociedade acerca das regras sobre a adoção regular e a entrega legal para adoção, evita que, ao menos alguns desses vulneráveis continuem acolhidos por tempo excessivo, por serem encaminhados à adoção.

6 REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: Instrumentos de Consolidação do Estado Democrático de Direito e de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALVES, Robespierre Foureaux. Entrega voluntária de bebês para adoção. Curitiba: **Revista Bonijuris**, p. 224-228, 2019.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (AMAERJ). **Projeto Adoção Segura** (2019a). Disponível em: <https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Projeto-Adocao-Segura.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2022.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (AMAERJ). **VIII Prêmio Amaerj Patrícia Acioli** (2019b). Disponível em: http://www2.amaerj.org.br/premio/themencode-pdf-viewer-sc/?tnc_pvfw=ZmlsZT1odHRwOi8vd3d3Mi5hbWFlcmoub3JnLmJyL3ByZW1pby93cC1jb250ZW50L3VwbG9hZHMvMjAyMS8wNC9MaXZyby1QcmVtaW8tMjAxOS5w

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

ZGYmc2V0dGluZ3M9MTEwMTEwMTEwMTEwMTEwMTEwMCZsYW5nPXBOUJS#page=&zoom=auto&pagemode=none. Acesso em: 31 mar. 2022.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO E DAVID ROCKEFELLER CENTER FOR LATIN AMERICA STUDIES, Harvard University. **A Política das Políticas Públicas: Progresso econômico e social na América Latina: Relatório 2006.** Traduzido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo.** 3. ed. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 02 dez. 2020.

BRASIL. **Ordenações Filipinas.** 1828. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11ind.htm>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em:

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. PNUD, 2015. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals.html>. Acesso em 29 mar. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil**, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 289/2019**. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, [2019]. https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf. Acesso em: 03 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 85/2019**. Dispõe sobre a adoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Agenda 2030, pelas Corregedorias do Poder Judiciário e pelo Serviço Extrajudicial. Brasília, DF: CNJ, [2019]. <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2988>. Acesso em: 05 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 0032015-6/MG. Relator: Og Fernandes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 out. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514499094/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1304269-mg-2012-0032015-6>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; ALDROVANDI, Andrea. Adoção no brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família. **Revista da faculdade de direito Fadir**, Rio Grande do Sul, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANDAU, Vera. O que é educação em direitos humanos? **HDnet**, 2013. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/educar/textos/candau_oqe_edh1.htm. Acesso em: 14 ago. 2019.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CEPIK, Marco. Direito à Informação: situação legal e desafios. **Revista IP - Informática Pública**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 43-56, dez. 2000. Disponível em: <http://www.tinyurl.com/j8tl6tj>. Acesso em: 20 abr. 2022.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2012. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/deconu_comparato.htm#:~:text=Inegave

lmente%2C%20a%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20de,fonte%20de%20todos%20os%20valores%2C. Acesso em: 5 dez. 2020.

DANTAS, Juliana Jota; REGO, Martin Ramalho de Freitas Leão. A efetividade do direito fundamental ao acesso à informação e seu papel na proteção da população em tempos de pandemia: um estudo a partir do cenário brasileiro no enfrentamento da Covid-19. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Chapecó, v. 22, n. 1, p. 151-180, 2021. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/26339>. Acesso em: 20 abr. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo, Saraiva, 1989.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva: o direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ELY, Pricila Carla da Silva. A inserção da adoção no ordenamento jurídico brasileiro. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador (SC), Brasil, v. 1, n. 1, p. 34-46, 2012. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/36>. Acesso em: 3 maio 2022.

FREITAS, Pedro Caridade de. O sistema de arbitragem internacional no século XIX: uma análise histórico-jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 43, p. 73-96, ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.105721>.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2020.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e as novas perspectivas do desenvolvimento sustentável pela Organização das Nações Unidas. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 192-206, dez. 2016.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em: 29 mar. 2022.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MATTIETTO, Leonardo. SOUZA, Diego Chagas de. Apontamentos para uma política pública de acesso à informação na pandemia de Covid-19. **Revista Direito das Políticas Públicas [recurso eletrônico]**, 2020. p. 137-160. Disponível em: <http://www.seer.unirio.br/index.php/rdpp/index>. Acesso em: 02 abr. 2022.

MAZZA, Fabio Ferreira. **Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal**. Orientador: Áquilas Nogueira Mendes. 2013. 160 páginas. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Lei da entrega voluntária para adoção beneficia crianças e mães biológicas** (2021). Disponível em: <https://mppr.mp.br/2021/01/23315,10/Lei-da-entrega-voluntaria-para-adoacao-beneficia-criancas-e-maes-biologicas.html>. Acesso em: 31 mar. 2022.

MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente? **Revista Jurídica Luso-Brasileira [RJLB]**. a. 6, n. 1, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-1/203>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MODELL, Judith. **Kinship with Strangers: Adoption and Interpretations of Kinship in American Culture**. Berkeley, University of California Press, 1994. Disponível em: <https://publishing.cdlib.org/ucpressebooks/view?docId=ft8g5008jr&chunk.id=d0e398&toc.depth=1&toc.id=d0e398&brand=ucpress>. Acesso em: 20 fev. 2022.

NABINGER, Sylvia Baldino. A construção dos vínculos na adoção. *In*: FICHTNER, Nilo (org.). **Transtornos mentais na infância e na adolescência: um enfoque desenvolvimental**. Porto Alegre: Artes médicas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Milênio**. Nova Iorque, 6 a 8 de setembro de 2000. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/declaracao-do-milenio.html>. Acesso em 29 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16**. [2015]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 29 abr. 2021.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. SAVATIER, René. **Traité pratique de droit civil français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. A moderna visão da autoridade parental. *In*: Associação de Pais e Mães Separados (org.). **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, p. 97-122.

RAYO, José Tuvilla. **Educação em Direitos Humanos: rumo a uma perspectiva global** Porto Alegre: Artmed 2008.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; VINCE, Fernando Navarro. Direitos sociais e a indivisibilidade dos direitos humanos: o caso lagos del campo vs. Perú julgado pela corte interamericana. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, p. 67-92, 2018. Disponível em: <https://unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/488>. Acesso em: 29 mar. 2022.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política**. *In*: GRINOVER, A P. WATANABE, K (Coord.). O controle jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO Carlos Alberto. Direito à Informação e Direito de Acesso à Informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. **Revista da AGU**, Brasília, DF, a. XIII, n. 42, p. 9-38, out./dez. 2014. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11403>. Acesso em: 3 maio 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Martha Emanuela Soares da. Compreendendo a Adoção: um Estudo com Moradores de Aracaju, Brasil. São João Del-Rei: **Pesquisas e Práticas Psicossociais**, Minas Gerais, p. 213-2020, 2010.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf. Acesso em 18 out. 2021.

SVALOV, Bárbara. O direito à informação e a proteção dos direitos de personalidade. *In*: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57-74.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Código de Normas do Foro Judicial (CNFJ)**. Curitiba: Tribunal de Justiça, 2021.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Projeto Adoção Segura” vence o Prêmio Patrícia Acioli de Direitos Humanos (2019)**. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/id/26631408. Acesso em: 30 mar. 2022.

VIEIRA, Diego Fernandes. **Direito à convivência familiar entre pais e filhos: análise da responsabilização civil com vistas à parentalidade sustentável**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade UniCesumar. Maringá, 2020.

TAVARES, Celma; LIRA, Nilsa (org.). Construindo uma cultura de paz: oficinas pedagógicas. Movimento Tortura Nunca Mais de Pernambuco. **DHnet**, 2001. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dht/mundo/cartilhas_paz/paz_cartilha.html. Acesso em: 08 dez. 2020.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: O novo direito de família**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOCTRINA

Submetido em
24/02/2022
Aprovado em
08/07/2022

VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMO PODER DE POLÍCIA: ANÁLISE DA EFETIVIDADE CONTRAPRESTACIONAL DO ESTADO***PUBLIC SANITARY SURVEILLANCE AS POLICE POWER: ANALYSIS OF THE STATE'S CONTRAPRESTATIONAL EFFECTIVENESS***

Jofre Luis da Costa Oliveira^I

Thiago da Penha Lima^{II}

RESUMO

O presente trabalho presta-se a analisar os conceitos básicos sobre a vigilância sanitária no território nacional, assim como também as referências legislativas que dizem a respeito da matéria. Seguidamente, serão examinadas as características precípua do poder de polícia conjuntamente com seus dispositivos legais. Para alcançar esse objetivo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e qualitativa, mediante consulta aos estudos que se prestaram a analisar o tema. Nesse contexto, restará explicitado que a atuação do Poder Público com viés contraprestacional muitas vezes não atende ao melhor interesse do particular, carecendo o cenário jurídico brasileiro de uma fiscalização efetiva quanto à atuação do poder de polícia, necessitando, assim, de uma reanálise jurisprudencial e prática.

PALAVRAS-CHAVE

Vigilância sanitária. Atividade contraprestacional do Estado. Poder de polícia. Taxas tributárias.

ABSTRACT

The present work lends itself to analyze the basic concepts about public health surveillance in the national territory, as well as the legislative references that say about the matter. Then, the main characteristics of the police power will be examined together with its legal provisions. To achieve this goal, a bibliographic and qualitative research was carried out, by consulting the studies that were used to analyze the theme. In this context, it will remain clear that the performance of the Public Power with a counterprestational bias often does not serve the best interest of the private individual, lacking the Brazilian legal scenario of an effective inspection regarding the performance of the police power, thus requiring a jurisprudential and practical reanalysis.

KEYWORDS

Public health surveillance. State counterprestational activity. Police power. Tax rates.

^I Mestre em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Mestre em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

^{II} Mestre em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia - Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

1 INTRODUÇÃO

A Vigilância Sanitária, tratada como instituto jurídico que perfaz o direito prático à saúde e ao meio ambiente saudável, vem ganhando destaque pela atividade legiferante exercida em seu favor, ao passo que a Administração Pública tem buscado atuar juntamente ao Poder Legislativo para efetivamente instituir políticas públicas que resultem em melhor qualidade de vida para a população. Prova disso foi a recente aprovação da Lei nº 14.026 de 15 de julho de 2020, a qual atualiza o marco legal do saneamento básico, objetivando, dentre outras medidas, a exigência de prévia licitação para que haja celebração do contrato de concessão de serviços públicos que tenham por finalidade a prestação de serviços de saneamento básico, o que não era exigido anteriormente, como também a previsão de metas de universalização que garantam o atendimento de 99% da população brasileira quanto ao oferecimento de água potável, até o ano de 2033.

Como objeto de estudos jurídicos recentes, a Vigilância Sanitária ainda carece de maior aprofundamento teórico e prático por parte das instituições públicas, não obstante tenha sido tratada com maior seriedade nos últimos anos. Nesse sentido, quando entendida como parte do poder de polícia do Estado, ainda há inúmeras celeumas que circundam as decisões judiciais referentes à Vigilância Sanitária como atividade contraprestacional da Administração Pública.

A fim de elucidar as questões interdisciplinares que envolvem a matéria, o presente trabalho buscou as lições doutrinárias e históricas sobre o tema, tendo sido realizada ampla revisão bibliográfica sobre a saúde pública e a Vigilância Sanitária no cenário nacional. Destarte, o projeto foi dividido em quatro partes, consistindo a primeira em uma breve explanação sobre o direito ambiental constitucional e a saúde ambiental. Em seguida, foi realizado um apanhado histórico sobre a Vigilância Sanitária no território brasileiro e as principais diretrizes instituídas no ordenamento jurídico pátrio. Posteriormente, são expostas as premissas básicas referentes ao poder de polícia do Estado e ao encaixe da atividade de Vigilância Sanitária como parte daquele instituto. Por fim, é exercida análise acerca de caso concreto envolvendo o poder de polícia sanitário da Administração Pública em virtude da cobrança de taxas (in) constitucionais em face do contribuinte.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

2 DIREITO AO MEIO AMBIENTE E SAÚDE AMBIENTAL

Precipuamente, cumpre-nos fornecer e trabalhar com um conceito de meio ambiente para os fins almejados neste projeto. Destarte, adotaremos aqui a denominação¹ fornecida por José Afonso da Silva (1995, p. 2), que se traduz na seguinte conotação:

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais.

Em nível constitucional, a preocupação com o meio ambiente adveio apenas com a Constituição Federal de 1988, que prevê em seu art. 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Depreende-se do dispositivo citado que o direito ao meio ambiente se constitui em uma ideia de interesses pluri-individuais, consistindo assim no que a doutrina convencionou a chamar de direitos difusos, cujos titulares consistem em uma pluralidade indeterminada ou interminável de sujeitos, pertencendo assim à sociedade como um todo (MUKAI, 2016, p. 5)

Destarte, uma vez compreendida a premissa de que o meio ambiente possui incidência sobre a órbita jurídica de toda a sociedade, há de se ressaltar a importância dos estudos que se perfazem quanto à influência que as diversas nuances que envolvem o meio ambiente podem acarretar para a qualidade de vida da população. No âmbito desses estudos mencionados, de suma importância as pesquisas que tratam acerca da saúde ambiental.

Em linhas gerais, a saúde ambiental pode ser definida como “todos os aspectos que envolvem a saúde do ser humano, como os fatores químicos, biológicos, psicológicos e sociais perpetrados pelo meio ambiente” (BEZERRA, 2017, p. 1045). Em termos

1 O art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.938/81 (a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), traz a seguinte definição do instituto ora analisado: “Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I — meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

técnicos, segundo a Fundação Nacional de Saúde, a vigilância em saúde ambiental pode ser designada do seguinte modo:

A Vigilância Ambiental em Saúde (VSA) constitui-se no conjunto de ações e serviços que proporcionam o conhecimento e a detecção de fatores de risco do meio ambiente que interferem na saúde humana. O sistema integra informações e ações de diferentes setores com o objetivo de prevenir e controlar os fatores de risco de doenças e de outros agravos à saúde, decorrentes do ambiente e das atividades produtivas. Tais ações e serviços são prestados por órgãos e entidades públicas e privadas (FUNASA, 2002, p. 20)

Ao longo dos anos, a preocupação com a saúde ambiental tem sido uma constante, ao passo que podemos afirmar que já foram estabelecidos inúmeros marcos temporais acerca dessa empreitada. A Revolução Industrial Inglesa aparenta ter sido uma divisa emblemática para o início dos estudos referentes à saúde ambiental, sendo o momento em que boa parte da população se reuniu para reivindicar melhores condições de labor, como salário adequado, jornada proporcional e condições salubres para se trabalhar, envolvendo assim o proletariado nas discussões sobre as políticas públicas do Estado (BEZERRA, 2017, p. 1.048).

Em tempos modernos, o Relatório Lalonde, produzido em 1974, no Canadá, procurou elaborar um conjunto de ações que objetivavam intervir positivamente em práticas individuais classificadas como não saudáveis:

Esse documento procura elaborar um arcabouço conceitual sobre a saúde que fosse intelectualmente aceitável e suficientemente simples para permitir uma rápida localização perante qualquer ideia, problema ou atividade relacionada à saúde: uma espécie de mapa do território da saúde. O resultado concretiza-se na produção de um modelo que inter-relaciona quatro grupos explicativos do fenômeno saúde/doença: ambiente (natural e social), estilo de vida (comportamento individual que afeta a saúde), biologia humana (genética e função humana) e organização dos serviços de saúde (CARVALHO, 2004, p. 1089)

Ao que consta, até meados dos anos 80, as organizações governamentais e os centros de pesquisa mantinham sua atenção, em relação à saúde das populações, aos centros rurais, uma vez que as áreas urbanas demonstravam deter condições de oferecer aos cidadãos qualidade de vida adequada. Todavia, a crescente mudança das pessoas para as cidades fez com que aquele entendimento tradicional sofresse alterações profundas, ao passo, que na maioria dos casos, o processo de urbanização ocorreu de forma acelerada e sem planejamento, o que acarretou na sobrecarga dos setores administrativo e financeiro dos grandes centros.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Assim, a principal consequência causada pelo fenômeno da urbanização foi o sucateamento de serviços essenciais prestados pelo Estado, como o fornecimento de água encanada, saneamento básico, coleta de lixo e limpeza de logradouros públicos. Vale salientar que esses problemas impactaram diretamente na saúde da população (GOUVEIA, 1999, p. 50-53).

Nas últimas décadas, devido às inúmeras demandas de saúde da sociedade que surgiram no território brasileiro, inclusive a grande crescente do mercado farmacêutico, resolveu-se criar, em 1999, a Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia de regime especial concebida com a finalidade de tentar promover e zelar pela saúde pública no Brasil, estando última vinculada ao Ministério da Saúde (FERREIRA, 2019)².

3 VIGILÂNCIA SANITÁRIA

A existência da vigilância sanitária está diretamente ligada à vida em sociedade. Quando o ser humano passou a viver em grandes grupos habitacionais, criou-se a necessidade de estabelecer normas e procedimentos que garantissem que a saúde de seus membros fosse preservada. Assim, foram fixados padrões, processos e regras de condutas que deveriam ser observados e cumpridos por todos, independentemente de classes sociais.

Com o decorrer do tempo, na medida em que a sociedade se transformou, tornando-se cada vez mais complexa, os objetivos da vigilância sanitária também foram ampliados no sentido de se compatibilizar com essa nova realidade (PIOVESAN, 2002, p. 22-23).

Para melhor compreensão do nosso objeto de estudo, apresentaremos um conceito legal de vigilância sanitária, bem como suas principais características.

3.1 CONCEITO E HISTÓRICO DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

O conceito legal de vigilância sanitária pode ser extraído do artigo 6º da Lei nº 8.080/1990, que denota o instituto como “um conjunto de ações capaz de eliminar,

² Lembrando que as pessoas jurídicas de direito público criadas pela Administração Pública não são subordinadas à Administração direta, ocorrendo apenas a vinculação entre ambas, em que compete a última a fiscalizar a primeira quanto aos objetivos impostos pela legislação.

diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde”.

A vigilância sanitária possui trajetória que se inicia com a chegada da Família Real no Brasil, no ano de 1808. As ações de saúde foram baseadas em modelos importados de Portugal e o foco era a contenção de epidemias e inserção do país nas rotas do comércio internacional. O controle sanitário era imperativo, uma vez que com aumento do fluxo de pessoas e mercadorias no país, crescia também o risco de surtos contagiosos (ROZENFELD, 2000, p. 23).

Em 1820, foi criada a Inspetoria de Saúde Pública do Porto do Rio de Janeiro com propósito de estabelecer normas para organizar a vida nas cidades. Assim, passaram a ser objeto de regulamentação médica os vários aspectos da vida urbana da época, tais como: o isolamento de doentes portadores de moléstias “pestilenciais”, os cemitérios, gêneros alimentícios, açougues, matadouros, casas de saúde, medicamentos, entre outros, conforme documento da Escola Nacional de Administração Pública (2017, p. 6).

Em 1832, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro promulgou o Código de Posturas, que estabelecia dentre outras normas, a prática da licença no controle das fábricas. Ao longo do século XX houve inúmeras reformas, de maior ou menor envergadura, intensa produção de leis, sobretudo, nas áreas de medicamentos e alimentos. Cabe ressaltar que, entre os anos de 1930 a 1945, houve grande crescimento da indústria químico-farmacêutica e de agrotóxicos, impulsionadas pelos acontecimentos referentes à Segunda Guerra Mundial, além da realização de exames laboratoriais relacionados ao controle sanitário dos produtos químicos pelo Instituto Oswaldo Cruz (ROZENFELD, 2000, p. 28).

A década de 1970 foi marcada por importante revisão da legislação sanitária, com destaque para as Leis nº 5.991/73, nº 6.360/76, nº 6.368/76 (revogada pela Lei nº 11.343/2006), voltadas para a área de medicamentos, e a Lei nº 6.437/77, que estabelece o fluxo do processo administrativo-sanitário e configura as infrações sanitárias e as penalidades. Vale lembrar que este conjunto de leis, embora com algumas alterações, continuam em vigência atualmente (ROZENFELD, 2000, p. 31).

Em 1976, com a reestruturação do Ministério da Saúde, foi criada a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, a partir da junção do Serviço Nacional de Fiscalização

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

da Medicina e Farmácia e do Serviço de Saúde dos Portos. Foi criado, em 1981, o Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde. O Laboratório Oficial, que já havia agregado as ações da área de alimentos, foi transferido para a Fundação Oswaldo Cruz, transformando-se, em 1981, no Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde (INCQS) (PIOVESAN, 2002, p. 26).

Em 1999, foi criada a ANVISA. Apesar da nova estrutura da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária/MS, o sistema nacional não foi estruturado e a relação estabelecida entre a esfera federal e a estadual era extremamente frágil. A insuficiência de recursos não permitiu que a organização, tanto de uma esfera quanto de outra, acompanhasse a demanda do parque produtivo. Desse modo a vigilância sanitária limitou sua atuação, adotando o modelo cartorial. Este modelo baseia-se apenas na análise documental, sem a confirmação das informações por meio de inspeção sanitária (LUCCHESE, 2006, p. 214).

3.2 RESPONSABILIDADE PELA IMPLANTAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Conforme mencionado, as normas sanitárias foram concebidas em território nacional desde a vinda da Família Real para o Brasil. Com a conseqüente evolução e desenvolvimento complexo do meio social, o número dessas normas regulamentares e responsabilidade de cada ente político pela implantação das mesmas foi exponencialmente aumentado para atender aos incontáveis percalços constantes nos programas de saúde ambiental.

No entanto, somente no ano de 1999, através da Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999, foi definido o Sistema Nacional de Vigilância e criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A competência para tratar dessa temática é concorrente entre os Estados, os Municípios e a União, conforme disposto no art. 2º da legislação referida.

Desse modo, caberá a União definir tanto a Política Nacional de Vigilância Sanitária quanto o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, além normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse à saúde. Destarte, é possível constatar grande parcela de responsabilidade dos serviços essenciais sendo atribuída à União, ao passo que o ente federal fica incumbido do estabelecimento das diretrizes da saúde pública nacional, cabendo aos Estados e Municípios suplementar tal competência,

se for o caso, zelando todos os entes pela prestação cooperativa dos serviços e pela harmonia estrutural.

4 PODER DE POLÍCIA E AS AÇÕES DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA NA SAÚDE PÚBLICA

Em termos gerais, o Direito Administrativo ocupa-se de dispor a respeito de temas delicados do cotidiano em sociedade, em que muito se percebe o choque de interesses das relações que se envolvem a Administração Pública e o direito de liberdade do particular.

Nessa perspectiva, em demasiadas ocasiões, o ente público encontra-se vinculado a um dever-poder que se traduz na atividade de condicionar a liberdade individual e buscar a ordem e pacificação social, no mesmo cenário em que os indivíduos que têm sua autonomia tolhida em nome do bem-estar da população procuram exercer seus direitos e liberdades fundamentais de maneira plena (DI PIETRO, 2016, p. 153). Nestes termos, a atividade estatal de restrição das atividades particulares em prol do engajamento social convencionou-se a chamar de "poder de polícia".

Embora careça de unanimidade no âmbito doutrinário, inicialmente é importante ressaltar que o termo “poder de polícia” possui conceito legal, este que está previsto no art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Academicamente, a expressão Poder de Polícia compreende dois sentidos, que se perfaz em um sentido amplo e um sentido estrito. Em sentido amplo, pode-se compreender o Poder de Polícia como quaisquer prerrogativas inerentes às virtudes que possui o Estado de impor ações restritivas na órbita jurídica do particular, englobando as ações dos três Poderes Constituídos (Judiciário, Legislativo e Executivo). No sentido estrito, o Poder de Polícia é caracterizado pela atuação da Administração Pública centrada na órbita de excelência do Poder Executivo, consistindo nas prerrogativas que detêm o

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

ente público para limitar e condicionar direitos em prol do bem-estar da sociedade (CARVALHO FILHO, 2018, p. 78).

Logo, não é difícil de concluir que o fundamento do poder de polícia é baseado no princípio primordial do Direito Administrativo, qual seja, a supremacia do interesse público sobre o direito privado, plano no qual a Administração encontra-se em posição de superioridade em relação aos jurisdicionados, sendo lícito que o Poder Público detenha vantagens e direitos que normalmente não são outorgados a outrem.

4.1 CARACTERÍSTICAS DO PODER DE POLÍCIA

Uma vez exposto o conceito do instituto que aqui se trata, cumpre-nos tecer breves comentários acerca das características do Poder de Polícia. Precipuamente, destaca-se que o Poder de Polícia é, em sua maior parte, discricionário o que se constitui pela liberdade de oportunidade e conveniência que o administrador público detém para apreciar a aplicação da limitação ou condicionamento do direito do particular como, por exemplo, as autorizações que são expedidas no interesse do cidadão, em que a Administração Pública emite em caráter discricionário.

Na lição de Fernanda Marinela (2013, p. 235), o atributo da discricionariedade somente pode ser reconhecido como característica geral do poder de polícia quando este for entendido no sentido amplo, obedecendo, principalmente, todas as leis condicionadoras da liberdade e da propriedade, sob pena de, em caso contrário, violação ao princípio da legalidade.

Outrossim, é importante também levantar as hipóteses em que o Poder de Polícia se manifesta em caráter vinculado, como quando a Administração possui o poder-dever de conceder licença ao particular que cumpra todos os requisitos previstos em lei (MELLO, 2015, p. 860).

Por outro lado, o Poder de Polícia também se caracteriza por sua coercitividade, o que se traduz no caráter obrigatório da ordem imposta ao particular, não dependendo do aceite ou recusa deste último. Por fim, o Poder de Polícia é autoexecutório, ao passo que,

em regra, não depende da autorização prévia do Poder Judiciário para que se perfaça materialmente³.

Devemos salientar que o exercício do poder de polícia possui limites, especialmente nos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que, via de regra, a sua atuação interfere diretamente nos direitos e garantias individuais.

4.2 PODER DE POLÍCIA COMO VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Compreendido o conceito e as características do poder de polícia, fica acessível de se perfazer o trajeto em que se encaixa a vigilância sanitária dentro das normas fornecidas pelo instituto do Direito Administrativo. Nesse sentido, valiosas as lições de Hely Lopes Meirelles (2018, p. 170-171), cujo teor merece ser transcrito:

Em verdade, a polícia sanitária dispõe de um elastério muito amplo e necessário à adoção de normas e medidas específicas, requeridas por situações de perigo presente ou futuro que lesem ou ameacem lesar a saúde e a segurança dos indivíduos e da comunidade. Por essa razão, o Poder Público dispõe de largo discricionarismo na escolha e imposição das limitações de higiene e seguranças, em defesa da população.

Assim, a atividade de vigilância sanitária é desenvolvida tendo como fundamento axiológico a indisponibilidade do interesse público, buscando-se, com isso, o bem comum, mesmo que para tanto as atividades de particulares sofram limitações. Desta maneira, não se deve falar em cerceamento de direitos, mas sim uma supremacia do interesse público sobre o particular.

5 TAXA DE FISCALIZAÇÃO COBRADA PELO ESTADO PELA VIGILÂNCIA SANITÁRIA

O direito à saúde está expressamente garantido pelo Texto Constitucional, ostentando todas as características que detêm os direitos fundamentais, caracterizando assim o poder-dever do Estado pela operacionalização ou materialização dessa garantia, que o faz, basicamente, de duas maneiras: estabelecendo políticas públicas e fiscalizando

3 De suma importância que se ressalte que assim como a discricionariedade, a autoexecutoriedade não está presente em todos os atos de polícia. Algumas decisões administrativas podem vir a depender de pronunciamento judicial para que sejam efetivadas, como por exemplo, a demolição de uma residência situada em área de risco.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

o cumprimento de normas estatuídas com o propósito de salvaguardar a saúde populacional.

Diante disso, o objetivo dessa seção é estudar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária e determinar se os contribuintes são obrigados ou não a recolher esse tributo aos cofres públicos, mesmo que o poder público não fiscalize efetivamente as atividades que deram origem a essa obrigação tributária. Dito de outra forma, irá se examinar se os contribuintes são obrigados ao pagamento da taxa de fiscalização pela simples previsão legal, sem a necessidade de uma fiscalização prévia.

Segundo entendimento doutrinário majoritário, que coincide com a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), são 05 (cinco) os tributos presentes no Sistema Tributário Brasileiro, constituindo assim teoria pentapartida ou da pentapartição. Nessa linha, conclui-se que as taxas constituem espécie do gênero tributos, do qual também fazem parte os impostos, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais.

O marco legal para a instituição e a cobrança de taxas está previsto em dois diplomas legislativos diversos. O primeiro deles está disposto no art. 145, inciso II da Constituição Federal, que dispõe que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão instituir e cobrar taxas pelo exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

A segunda previsão está disciplinada pela Lei Nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN) - que mesmo antes da constituição de 1988, já havia explicitado a exação legal das taxas e suas modalidades, conforme disposto nos artigos 77 a 80 do Códice Tributário.

Pela inteligência do art. 77 do CTN⁴, as taxas possuem dois fatos geradores. O primeiro pelo poder de polícia efetivamente exercido, e o segundo pela prestação de um

4 Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

serviço público que deve ser necessariamente específico e divisível, prestado ao contribuinte, utilizado por este ou posto à sua disposição.

Via de regra, às taxas se aplicam os demais princípios do direito tributário, como o da legalidade, sendo necessário que sejam instituídas e extintas por meio de lei, da anterioridade do exercício e da anterioridade nonagesimal.

Seguindo o entendimento quanto à classificação que se dá aos tributos, estes podem ser vinculados ou não vinculados quanto à hipótese de incidência. Os tributos vinculados são aqueles que dependem de alguma atividade do Estado para que possam ser cobrados do contribuinte, fazendo parte desse grupo as taxas e as contribuições de melhoria. De outro lado, os tributos não vinculados são aqueles que podem ser exigidos independentemente de qualquer comodidade que o Estado lhe forneça, como por exemplo, os impostos⁵. Pelo exposto, não há dificuldade em constatar que as taxas são tributos vinculados quanto à hipótese de incidência, gozando assim de alta referibilidade.

Devido às diversas variantes que podem envolver essa perspectiva, a análise de um caso concreto faz-se elucidativa quanto ao conteúdo contraprestacional pela parte do ente público.

5.1 CASO CONCRETO

O caso paradigma que apresentamos neste estudo é o litígio gerado entre Empresa do Distrito Industrial do Polo Industrial de Manaus e o município local, representando pela Fazenda Pública Municipal, por conta da exação de taxas municipais, cobradas com fundamento axiológico no poder de polícia.

Assim, a empresa supracitada ajuizou uma ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária, que consta do processo nº 001654762.2002.8.04.0001, instaurado no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM), cumulada com repetição de indébito em face do Município de Manaus, em razão de este cobrar taxas de polícia que seriam, em tese, inconstitucionais.

As referidas taxas teriam como fundamento legal nos artigos de números 49 e 50 da Lei Municipal nº 1697/1983, que se refere ao Código Tributário do município de

5 Para que seja cobrado o Imposto de Renda, não há necessidade que o estado disponha de nenhuma contraprestação ao contribuinte, bastando que este último aufera renda ou proventos de qualquer natureza.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Manaus, alterado pela Lei Complementar nº 11 de 2018, com a seguinte redação, transcrito *in verbis*:

Art. 49. O exercício do poder de polícia do Município relativos à segurança, higiene, saúde, ordem e tranquilidade públicas, propriedade, localização e ao funcionamento de estabelecimentos e atividades serão custeados em função da cobrança das seguintes taxas:

I - Taxa de Localização (TL);

II - Taxa de Verificação de Funcionamento (TVF);

(...)

Art. 50. São hipóteses de incidência da:

I - TL, o fato de o contribuinte sujeitar-se à respectiva licença em virtude da análise de adequabilidade da atividade ao local do estabelecimento, em consonância com as regras de posturas municipais;

II - TVF, o fato de o contribuinte sujeitar-se à diligência do exercício de sua atividade para verificação do cumprimento das diretrizes urbanísticas estabelecidas nas regras de posturas municipais (grifo nosso).

Uma vez que a demandante mantém sua sede no polo industrial de Manaus, a cobrança referida taxa, dentre outras finalidades, inegavelmente deveria atender ao pressuposto de cumprir com a vigilância sanitária do município, ao passo que o Alvará de Funcionamento apenas seria emitido caso a pessoa jurídica atendesse aos requisitos impostos pela Administração Municipal⁶.

Os argumentos da parte autora perpassavam pelas alegações de que não seria lícito ao município cobrar por novas fiscalizações anuais quando nem mesmo teria procedido com o procedimento de verificação precípua, violando assim o art. 145, inciso II da CF/88.

No que tange à repetição de indébito, a contribuinte pugnava pela declaração de inconstitucionalidade em controle difuso⁷ dos artigos da norma municipal e a consequente

6 Atualmente, a legislação urbanística do município de Manaus segue o disposto na Lei Complementar Municipal nº 5/2014, que, a propósito, contém a seguinte redação no § 2º do seu art. 7º: “As taxas de licenças e autorizações se fundamentam no poder de polícia do Município, compreendendo o controle, em razão do interesse público, da prática de ato ou sua abstenção concernentes a segurança, higiene, saúde, ordem e tranquilidade públicas, costumes, propriedade, direitos individuais e coletivos, legislação urbanística aplicável à localização e funcionamento de estabelecimentos comerciais, industriais e prestadores de serviço e à legislação a que estão submetidas qualquer pessoa física ou jurídica responsável pelas atividades licenciadas” (grifo nosso).

7 Pelo fato de a legislação atacada ser anterior à Norma Fundamental de 1988, o termo técnico que deveria ter sido utilizado seria “não recepção” dos dispositivos citado.

devolução do valor que tinha recolhido referente às taxas de 1997-2001. Neste ponto, o valor inicial da causa era de R\$ 20.000,00⁸.

Além disso, a parte autora alegou que a base de cálculo das taxas era calculada pelo número de empregados constantes no quadro de funcionários do estabelecimento (Decreto Municipal 919/91), situação esta que já foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Durante o trâmite processual, a requerente cuidou de depositar o valor da taxa de verificação em juízo, suspendendo assim a exigibilidade do débito tributário (CTN, art. 151, II), em vista de que o ente público continuou a efetuar o lançamento da exação no decorrer da demanda.

Em sede de primeira instância, o juízo julgou improcedentes os pedidos, assentindo pelos argumentos trazidos à baila pelo ente municipal, que pugnou pela legalidade da cobrança da referida taxa uma vez que não haveria mácula na base de cálculo do tributo, além da constitucionalidade (recepção) dos referidos artigo do Código Tributário Municipal, firmando o entendimento de que estes não estariam eivados de vícios que os tornassem incompatíveis com a Constituição Federal.

Irresignada, a parte autora apelou ao Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que reformou parcialmente a sentença de primeiro grau, declarando a legalidade da cobrança da taxa, mas salientando que a base de cálculo fixada com fundamento no número de empregados da pessoa jurídica era, de fato, inconstitucional, o que acarretou a ilegalidade da cobrança dos tributos recolhidos nos anos de 1997-2001.

O Tribunal, porém, em ponto importante do acórdão, ressaltou que a suposta falta de fiscalização do ente público não possui o condão de tornar ilícita a exigência da taxa, uma vez que a simples existência do órgão de fiscalização torna o lançamento do tributo legal, cabendo, desta forma, ao particular juntar aos autos as provas de que não ocorreu o fato gerador da referida taxa.

Nesse sentido, devemos observar a jurisprudência sobre essa matéria. O STF, segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 738.944/MG, já cristalizou posição no sentido da constitucionalidade de leis federais, estaduais ou

⁸ O último saldo atualizado que consta nos autos processuais é do ano de 2015, perfazendo o valor da causa em R\$ 79.643,62.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

municipais que versem sobre a cobrança de taxas amparadas pelo exercício regular do poder de polícia de cada ente:

I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a constitucionalidade de taxas cobradas em razão do controle e fiscalização ambiental, por serem cobradas em razão do exercício regular do poder de polícia.

(...)

, O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem reconhecido a constitucionalidade de taxas similares, por serem cobradas em razão do exercício regular do poder de polícia, a exemplo do que se observa do julgamento do RE 416.601/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, cuja ementa segue transcrita: ‘Constitucional. Tributário. Ibama: Taxa de fiscalização. Lei 6.938/81, com a redação da Lei 10.165/2000, artigos 17-B, 17-C, 17-D, 17-G. CF, art. 145, II. I. - Taxa de controle e fiscalização ambiental - TCFA - do Ibama: Lei 6.938, com a redação da Lei 10.165/2000: Constitucionalidade. II. - RE conhecido, em parte, e não provido (...)

Outra conclusão a que devemos chegar é que há legitimidade da cobrança da taxa de controle e fiscalização ambiental, mesmo que o estabelecimento não tenha sido visitado pela fiscalização. O raciocínio da Corte é baseado nas premissas evolutivas da vida em sociedade, uma vez que o sistema de fiscalização ficaria demasiadamente assoberbado se tivesse de visitar cada estabelecimento individualmente. Dessa forma, a existência de órgão incumbido de exercer a fiscalização é presunção de legitimidade para que a taxa fundamentada no poder de polícia possa ser cobrada, levando-se assim em consideração as nuances que envolvem o cotidiano moderno e a postura de não engessar as atividades da Administração.

Assim, conforme analisado, a Prefeitura de Manaus possui respaldo para efetuar a cobrança de taxas em razão do controle e fiscalização ambiental, mesmo que o fisco municipal não efetue a visita física de fiscalização nos estabelecimentos. Neste ponto, o quesito contraprestacional seria denotado pela existência do órgão fiscalizador, que demanda recursos públicos para sua manutenção e, até prova em sentido contrário, cuida de exercer todas as atividades que lhe são outorgadas pela legislação local.

6 CONCLUSÃO

A instituição de políticas públicas visando combater a crescente poluição sanitária é de suma importância para que o Estado atinja os seus objetivos precípuos de oferecer segurança ambiental e qualidade de vida aos cidadãos. Para tanto, é lícito supor que a Administração Pública deve lançar mão do seu poder de império, explorando o patrimônio do particular e angariando recursos para os cofres públicos mediante receita derivada. No contexto exposto, a atividade contraprestacional do Estado deve estar sempre pautada nos limites da legalidade e proporcionalidade, não podendo a Administração Pública valer-se das benesses que lhe são constitucionalmente atribuídas para exercer seu ônus de maneira demasiadamente agravante aos cidadãos, posto que a finalidade primordial do interesse público é justamente promover o bem-estar da população respeitando todas as garantias previstas no Texto Magno.

Todavia, o expansionismo urbano complexo e não planejado coloca o Poder Público em situação de extrema cautela, pesando sobre os administradores a árdua tarefa de alocar recursos e diligenciar perante o Poder Legislativo buscando maiores articulações que resultem em melhorias palpáveis e perceptíveis por parte dos particulares. Sendo assim, parece acertada a direção que a jurisprudência nacional tem tomado, caracterizando como legal a presunção de fiscalização mediante a simples existência do órgão incumbido de exercer o poder de polícia. A complexidade da vida em sociedade não pode ser motivo para se paralisar a máquina pública, devendo todos, inclusive o Poder Judiciário, se adaptarem às nuances populacionais contemporâneas.

Ao instituir o meio ambiente como parte dos direitos fundamentais da República, o constituinte originário de 1988 desejou não apenas manter uma previsão inócua ou somente um dispositivo que viesse a guiar o legislador infraconstitucional e o administrador público: as normas espalhadas pelo Texto Constitucional que visam a proteção do meio ambiente são verdadeiros mandados de otimização e diretrizes obrigatórias àqueles que detêm o ônus de direção do Poder Público. Embora seja assunto relativamente recente e sem a exploração acadêmica adequada, os institutos jurídicos que envolvem a Vigilância Sanitária merecem um novo olhar sob a perspectiva de elucidar alternativas que viabilizem, concomitantemente, o desenvolvimento sustentável e a fiscalização criteriosa tomada por iniciativa dos órgãos públicos responsáveis diante dos desafios que lhes são postos.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

7 REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Amazonas (1ª Vara Especializada da Dívida Ativa Municipal). Processo nº001654762.2002.8.04.0001. Execução fiscal. Executado: Sony Brasil Ltda. Exequente: Município de Manaus. Juiz: Ana Maria de Oliveira Diógenes. Disponível em: <
<https://www.jusbrasil.com.br/processos/226554207/processo-n-00165476220028040001-do-tjam?topic-monitoring-flow=0016547-62.2002.8.04.0001>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BEZERRA, Anselmo César Vasconcelos. Vigilância em saúde ambiental no Brasil: heranças e desafios. Saúde e Sociedade, São Paulo, vol. 26, n. 4, p. 1044-1057, dez. 2017

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: DF, Presidência da República. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#:~:text=%E2%80%9CDisp%C3%B5e%20sobre%20a%20cria%C3%A7%C3%A3o%20da,para%20a%20regula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os>. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos,

a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 738944/MG. Tributário. Taxa de controle e fiscalização ambiental do estado de Minas Gerais – TFAMG. Lei estadual 14.940/2003, com as alterações da lei estadual 17.608/2008. Base de cálculo. Somatório das receitas brutas de todos os estabelecimentos do contribuinte. Art. 145, II, §2º, da CF. Constitucionalidade. Agravante: Sada Bio=Energia e Agricultura Ltda. Agravado: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de março de 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur258817/false>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 682168/MG. Taxa de controle e fiscalização ambiental – Constitucionalidade. Agravante: Magnesita S/A e outros. Agravado: Instituto Brasileiro do Meio ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur242343/false>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

CARVALHO, Sérgio Resende. Os múltiplos sentidos da categoria "empowerment" no projeto de Promoção à Saúde. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, vol. 20, n. 4, p. 1088-1095, ago. 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Introdução à Vigilância Sanitária. Brasília: ENAP, 2017. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33856/3428144/M%C3%B3dulo+1+-+A+Vigil%C3%A2ncia+Sanit%C3%A1ria+no+SUS+SNVS.pdf/61ab3048-dbce-4eeb-9075-bca161cbb00>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

FERREIRA, C.G. Brazilian Health Regulatory Agency. Journal of Thoracic Oncology, out. 2019.

FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. Vigilância Ambiental em saúde. Brasília: FUNASA, 2002. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_sinvas.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

GOUVEIA, Nelson. Saúde e meio ambiente nas cidades: os desafios da saúde ambiental. Saúde e Sociedade, São Paulo, vol. 8, n. 1, p. 49-61, fev. 1999.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

LUCHESSÉ, Geraldo. *Globalização e Regulação Sanitária: os rumos da Vigilância Sanitária no Brasil*. Tese de conclusão de Doutorado (Doutorado em saúde Pública). Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <<https://portaldesicict.fiocruz.br/pdf/FIOCRUZ/2001/lucchgd/pdf/capa.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

MANAUS. Lei nº 1697, de 20 de dezembro de 1983. Dispõe sobre o Código Tributário do Município e dá outras providências. Manaus: Câmara Municipal, [1984]. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/codigo-tributario-manaus-am>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

MANAUS. Lei Complementar nº 5, de 16 de janeiro de 2014. Dispõe sobre o Código de Posturas do Município de Manaus e dá outras providências. Câmara Municipal, [2014]. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/am/m/manaus/lei-complementar/2014/0/5/lei-complementar-n-5-2014-dispoe-sobre-o-codigo-de-posturas-do-municipio-de-manaus-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

MANAUS. Lei Complementar nº 11, de 27 de dezembro de 2018. Altera a Lei nº 1.697, de 20 de dezembro de 1983, e dá outras providências. Manaus: Câmara Municipal, [2018]. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a2/am/m/manaus/lei-complementar/2018/1/11/lei-complementar-n-11-2018-altera-a-lei-n-1697-de-20-de-dezembro-de-1983-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIOVESAN, Márcia Frankie. *A Construção da Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/5097/2/501.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

ROZENFELD, Suley [org]. *Fundamentos da Vigilância Sanitária*, Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2000, 301 p. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=pFNtAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=Fundamentos+da+Vigil%C3%A2ncia+Sanit%C3%A1ria&ots=f9OBEdOzKv&sig=39aLhPWiHCT3gIbk0PM9wseE6q0#v=onepage&q=Fundamentos%20da%20Vigil%C3%A2ncia%20Sanit%C3%A1ria&f=false>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.