



***PONTO DE
VISTA JURÍDICO***

REVISTA CIENTÍFICA DO NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO DA UNIARP

PONTO DE VISTA JURÍDICO:

Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe.

V. 10 – Nº 1 – 2021

*Editor:
Prof. Dr Levi Hulse*

Catlogação na fonte elaborada pela Biblioteca Universitária
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador -SC

R454r

Revista eletrônica Ponto de Vista Jurídico
da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP /
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. V.10, nº 1, 2021.
Caçador (SC): UNIARP, 2012.

Semestral (online)
ISSN: 2316-4042

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDD 340.05

EDITOR:

Prof. Dr. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CONSELHO EDITORIAL:

Profa. Dra. Laura Garbini Both, Centro Universitário UniBrasil -UNIBRASIL - Curitiba - Pr - Brasil, Brasil
Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes, Faculdade Meridional-IMED, Passo Fundo, RS, Brasil
Prof. Dr. Douglas Cesar Lucas, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui, Santa Rosa, RS, Brasil
Profa. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Universidade Federal do Paraná - IFPR, Curitiba, PR, Brasil
Prof. Dr. Francisco Oliveira Neto, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC
Profa. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Monize Sâmara Visentini, Universidade Federal da Fronteira Sul - IFFS, Cerro Largo, RS, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

COMISSÃO CIENTÍFICA AD HOC:

Prof. Msc Henrique da Rosa Ziesemer, Ministério Público de Santa Catarina - MPSC, Brasil
Profa. Msc. Jaqueline Moretti Quintero, Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil
Profa. Msc. Juliana Zamignan, Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, Chapeco, SC, Brasil
Prof. Msc. Ricardo Emilio Zart, Univesidade do Oeste de Santa Cartarina - UNOESC, Videira, SC
Prof. Msc. Rodrigo Fernando Novelli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC
Profa. Msc. Dheimy Quelem Waltrich, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Ijuí, RS
Profa. Dra. Sandra Krieger Gonçalves, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Profa. Dra. Danielle Regina Ullrich, Instituto Federal de Santa Catarina - IFSC, Caçador, SC, Brasil
Prof. Msc. Leonardo Beduschi, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau-SC, Brasil
Profa. Dra. Helena de Azeredo Orselli, Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau, SC, Brasil
Prof. Dr. Levi Hulse, Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - Uniarp, Caçador, SC, Brasil
Prof. Dr. Adelcio Machado dos Santos, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profa. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CAPA

Denise Bolzan Barpp, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Claudio Antonio Klaus Junior, Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador, SC, Brasil

BIBLIOTECÁRIA

Célia De Marco, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Ponto de Vista Jurídico é um periódico anual do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) publicado em formato eletrônico (ISSN: 2316-4042).

Missão: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade..

Indexadores e bases de dados: Este periódico está indexado no Portal do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER/IBICT), no Latindex (Sistema Regional de Informação em Linha para Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal), no Sumários.org emagrecer rapidamente e no Catálogo da Biblioteca da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe-UNIARP. Cadastrado no Diadorim, diretório de políticas das revistas científicas brasileiras sobre o acesso aberto aos artigos por meio de repositórios institucionais.

SUMÁRIO

EDITORIAL	6
OS ELEMENTOS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UM REGIME TRANSNACIONAL SUSTENTÁVEL DE PROTEÇÃO JURÍDICA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE AMAZÔNICA	7
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A RESERVA DO POSSÍVEL: NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS	24
ANTROPOLOGIA E FEMINISMO: UMA DISCUSSÃO NECESSÁRIA NA SOCIEDADE.....	34
UMA ANÁLISE DO DEPOIMENTO ESPECIAL E DA ESCUTA ESPECIALIZADA COMO MECANISMOS DE PRESERVAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL	47
OS SEM TETO E OS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE O ALCANCE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NAS CLASSES MAIS VULNERÁVEIS DA SOCIEDADE	79
PLÁSTICOS: O CAMINHO PARA UMA ECONOMIA MAIS CIRCULAR	91
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL ..	110
DIREITO À MORADIA: UM PARALELO ENTRE A REALIDADE BRASILEIRA E A INTERNACIONAL.....	121
COMBATE À CORRUPÇÃO E O COMPLIANCE NA AMÉRICA LATINA	138
HISTÓRIA DO DIREITO: ANÁLISE DO ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO	157

EDITORIAL

Prezados Leitores e Colaboradores! É com imensa satisfação que apresentamos mais um periódico da Revista “Ponto de Vista Jurídico”, sendo nossa 10ª. edição da revista e a primeira do ano de 2021. A revista vem buscando sua consolidação e recebendo artigos de grande qualidade.

A revista Ponto de Vista Jurídico da UNIARP- Universidade Alto Vale do Rio do Peixe é um periódico que é publicado semestralmente, que recebe textos de todas as áreas do Direito. Todos os textos passam por double blind review, onde são analisados por operados do Direito.

Lembramos que nossa missão é: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade. Já a nossa visão é: A partir do paradigma aplicado do Direito, consistente nas disciplinas dogmáticas, à guisa de exemplo o Direito Civil; avançar para novas abordagens, acolhendo saberes emanados de outras áreas epistemológicas, permitindo compreensão integral do fenômeno jurídico, a par da fusão entre justiça e normatividade.

Agradecemos aos autores desta Universidade e bem como das demais Universidades, que confiaram seus artigos a esta revista. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Prof. Dr. Levi Hulse
Editor

**OS ELEMENTOS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UM REGIME
TRANSNACIONAL SUSTENTÁVEL DE PROTEÇÃO JURÍDICA DOS
CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE
AMAZÔNICA**

Ana Carolina Couto Matheus¹

Recebido em 25/07/2019

Aceito em 03/08/2021

RESUMO

O objeto do trabalho em testilha é a possibilidade da criação de elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica, considerando a imprescindível inter-relação dos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia com a sustentabilidade. Comporta necessariamente um tratamento transdisciplinar, pois as categorias de construções da realidade são diversas, e, embora diferentes, encontram-se profundamente interligadas ou interdependentes. O método utilizado na fase de investigação e na fase de tratamento dos dados foi o indutivo. Nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. O desenvolvimento do tema pautou-se pela persecução dos objetivos geral e específicos que nortearam a produção. O relatório se encerra com as conclusões e consubstancia o resultado de todos os achados da pesquisa acadêmica, findando por confirmar a hipótese inicialmente concebida, tendo, alfim, alcançado os elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

PALAVRAS CHAVE: Conhecimentos Tradicionais Associados à Biodiversidade Amazônica. Elementos. Regime Transnacional de Proteção Jurídica. Sustentabilidade.

**THE ELEMENTS FOR THE DEVELOPMENT OF A SUSTAINABLE
TRANSNATIONAL LEGAL PROTECTION REGIME OF TRADITIONAL
KNOWLEDGE ASSOCIATED WITH AMAZON BIODIVERSITY**

ABSTRACT

The object of this work is the possibility of creating elements for the development of a sustainable transnational regime of legal protection of the traditional knowledge associated with the Amazonian biodiversity, considering the indispensable interrelation between the traditional knowledge of the Amazonian peoples and sustainability. It necessarily entails transdisciplinary treatment, since the categories of constructions of reality are diverse, and although different, they are deeply interconnected or

¹ Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI-SC. Mestre em Direito pela UNIPAR-PR. Especialista em Direito Tributário pela UnP-RN. Pós-graduada em Direito Constitucional pela UVB-SP. Graduada em Direito pela TOLEDO-SP. Professora Adjunta III do CCJSA da UFAC-AC. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Estágios. Professora da Pós-Graduação. Orientadora. Conferencista. Conselheira Editorial. Pesquisadora. Advogada. Consultora Jurídica. E-mail: carolcoutomatheus@hotmail.com.

interdependent. The method used in the research phase and in the data processing phase was inductive. In the various phases of the research the techniques of referent, category, operational concept, bibliographic research and file were used. The development of the theme was guided by the pursuit of the general and specific objectives that guided the production. The report concludes with the conclusions and substantiates the results of all the findings of the academic research, and finally confirms the hypothesis initially conceived, having finally reached the elements for the development of a sustainable transnational legal protection regime of the traditional knowledge associated with amazonian biodiversity.

Keywords: Traditional Knowledge Associated with Amazon Biodiversity. Elements. Transnational Legal Protection Regime. Sustainability

1 INTRODUÇÃO

Considerando a imprescindível inter-relação dos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia com a sustentabilidade, o objeto basilar do trabalho em epígrafe é a possibilidade da criação de elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

A escolha do tema justifica-se em razão da importância e complexidade. Comporta necessariamente um tratamento transdisciplinar, uma vez que as categorias de construções da realidade são diversas, e, embora diferentes, encontram-se profundamente interligadas ou interdependentes.

Assim posto, o problema da pesquisa em testilha é criar os elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica, tendo em vista a amplitude do tema e a necessidade de melhorar a proteção jurídica destes importantes conhecimentos geracionais. O aludido problema concentra seus esforços na busca de substituir o sistema de patentes, bem como o sistema de garantia dos direitos de autor, inadequados para proteger as comunidades tradicionais.

Todo trabalho encontra-se parametrizado teoricamente na Constituição Federal de 1988, na legislação nacional e estrangeira, em vasta literatura nacional e estrangeira, artigos de revistas jurídicas especializadas e jurisprudência pertinente ao tema.

Para o equacionamento do problema suscita-se a seguinte hipótese, a saber: a floresta amazônica está inserida além do Brasil, em territórios de outros países sul-americanos como a Bolívia, a Colômbia, o Equador, as Guianas, o Peru, o Suriname e a Venezuela, portanto, sua conservação exige, necessariamente, o compromisso e a organização de todos esses países. O trabalho investiga juridicamente se existe a possibilidade de, neste cenário transnacional, criar

os elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais e exercer a tutela sustentável dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

Em função da problemática e da hipótese, o objetivo geral do trabalho consiste em analisar a possibilidade de criar elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica, considerando a imprescindível inter-relação dos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia com a conservação ambiental.

A hipótese retomada impulsionou o desenho dos seguintes objetivos específicos para se alcançar os achados pretendidos: estudar a transnacionalidade; estudar a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica; analisar os institutos relacionados, como a proposta de criação de um instrumento de regulação transnacional no âmbito do Tratado de Cooperação Amazônico, como uma normatização transnacional, criada por intermédio da conjugação dos interesses comuns dos países amazônicos, os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica no âmbito da União de Nações Sul-Americanas, o Protocolo de Nagoia e a Lei n. 13.123/2015.

O marco de referência privilegia a construção teórica segundo a qual analisa a possibilidade da criação de elementos para o desenvolvimento de um regime jurídico transnacional sustentável de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica, desdobra-se por meio de três pontos principais: o primeiro estuda a transnacionalidade e a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica; o segundo analisa os institutos relacionados, como a proposta de criação de um instrumento de regulação transnacional no âmbito do Tratado de Cooperação Amazônico, como uma normatização transnacional, criada por intermédio da conjugação dos interesses comuns dos países amazônicos, os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica no âmbito da União de Nações Sul-Americanas, o Protocolo de Nagoia e a Lei n. 13.123/2015; e o terceiro verifica a possibilidade de criação dos elementos para o desenvolvimento de um regime jurídico transnacional sustentável de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

Pelo método de abordagem indutivo, fonte de pesquisa bibliográfica e legal relativa aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica serão pesquisadas e confrontadas as partes de um todo para que se possa ter uma visão generalizada. Durante as diversas fases da pesquisa serão utilizadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, do fichamento e com base em documentação indireta será realizada a pesquisa

bibliográfica.

O trabalho em apreço finda com as conclusões, em que serão apresentados pontos conclusivos abstraídos da pesquisa, a análise e a inferência das reflexões realizadas em relação a possibilidade de criar elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica.

2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE AMAZÔNICA E A TRANSNACIONALIDADE

Em Cruz e Bodnar (2009, p. 4) a questão vital ambiental justifica a construção de espaços públicos transnacionais, com a instituição de um Direito Transnacional que transpassaria vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional. Agregaria a mesma lógica do Estado Constitucional Moderno, formado a partir de normas jurídicas inter-relacionadas formadoras de um sistema.

Para Cruz e Bodnar (2009, p. 16) o ordenamento jurídico transnacional apresentaria características próprias, derivadas da mesma concepção do Estado Transnacional como organização destinada a atuar em espaço de governança regulatória e de intervenção até agora não organizado politicamente.

O Direito Transnacional e o Estado Transnacional diferem do Estado Constitucional Moderno. Quanto à soberania exercida pelos Estados nacionais e se encontra em estado de obsolescência, a cidadania necessitaria ser exercida em outras bases, em que se privilegiariam a solidariedade e a cooperação entre pessoas, instituição e Estados, em busca da proteção de bens e valores imprescindíveis, assegurando a vida.

Em relação à territorialidade, o Direito Transnacional e o Estado Transnacional, estariam “desterritorializado”, não é o espaço estatal nacional, nem o espaço que está acima dele. “Está por entre eles, ou seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Estado Constitucional Moderno tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis” (CRUZ e BODNAR, 2009, p. 15).

O Estado Transnacional seria a superação do Estado Constitucional Moderno, libertando-o da armadilha territorial e soberania. Reconheceria a globalidade e preconizaria a organização do Direito Transnacional pela redefinição e revitalização do político como Estado e como sociedade. É utópica a ideia de uma nova ordem mundial, porém algumas instituições

internacionais já exercem suas atividades em caráter transnacional, em sentido hegemônico capitalista, diferente do modelo democrático sistematizado por Cruz e Bodnar.

A floresta amazônica é composta por uma diversidade de habitats, paisagens e fisionomias, soma-se a este cenário a grande complexidade hídrica que caracteriza e alimenta sua heterogeneidade. Índios, quilombolas, extrativistas, seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco, ribeirinhos e agricultores familiares fazem parte da população amazônica, habitam terras formalmente reconhecidas como terras indígenas, reservas extrativistas, reservas de desenvolvimento sustentável, terras quilombolas, projetos de assentamento extrativistas, terras devolutas e unidades de conservação.

Trata-se de um desafio a coordenação para manutenção dos diferentes habitats adicionada aos grandes interesses que permeia ações de desenvolvimento regional, econômico ou sustentável para o espaço amazônico, considerando as possíveis formas de convivências e coexistência com a diversidade existente.

Em relação à complexidade da transnacionalidade, é necessário estudar a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados (CTAs) à biodiversidade amazônica. Urge substituir o sistema de patentes e a garantia dos direitos de autor, inadequados para proteger as comunidades tradicionais. A conservação da biodiversidade amazônica e dos conhecimentos tradicionais (CTs) exige, necessariamente, o compromisso e a organização da Bolívia, do Brasil, da Colômbia, do Equador, das Guianas, do Peru, do Suriname e da Venezuela.

Em razão da biopirataria e o constante desmatamento da floresta amazônica, que acarreta a perda dos CTs, é importante a integração entre os países amazônicos, preconizada pela Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA) e a integração entre os Estados em vários blocos regionais existentes ao longo do sistema internacional. Destacam as questões culturais, políticas, jurídicas e de soberania.

Durante o século XX as fronteiras nacionais se multiplicaram e se articulou uma nova forma de organização interestatal. A integração dos países amazônicos torna-se de fundamental importância para o enfrentamento das consequências da globalização. Há uma pauta axiológica comum que preconiza sobremaneira a citada integração, qual seja, a conservação da floresta amazônica, compartilhada pelos oito países (Brasil, Venezuela, Guiana, Colômbia, Equador, Peru, Bolívia e Suriname) integrantes do Tratado de Cooperação Amazônico (TCA).

Ampliar esta participação no sistema internacional, não só no âmbito econômico, mas também político, cultural e social; fazem parte do objetivo central dos países envolvidos neste processo de integração regional sul-americano. Há interesse e necessidade de integrar os países amazônicos. Considerando que a Amazônia é constituída como fronteira do capital natural em

nível global, Becker identifica dois projetos: “o primeiro é um projeto internacional para a Amazônia, e o segundo é o da integração da Amazônia, sul-americana, continental” (BECKER, 2006, p. 74).

O primeiro projeto, principalmente na década de 1980 e 1990, “gerou sugestões mundiais pela soberania compartilhada e o poder de gerenciar a Amazônia, que abalou até o Direito Internacional” (BECKER, 2006, p. 77). O segundo projeto, o da integração da Amazônia sul-americana, trata-se de uma “nova escala para pensar e agir na Amazônia” (BECKER, 2006, p. 78-79).

A importância dessa integração encontra-se respaldada em múltiplas razões, dentre as quais se destacam: o fortalecimento do MERCOSUL; uma presença coletiva e estratégia comum no cenário internacional; e o estabelecimento de projetos comuns para o aproveitamento da biodiversidade e da água.

Existem óbices à integração dos países amazônicos relacionados à cultura (diferenças linguísticas e de tipos de colonialismos), à política (atritos entre os Estados), ao direito (diferenças legislativas) e à soberania (interesses exclusivamente nacionalistas e reforço das fronteiras nacionais).

[...] os movimentos contestatórios na Bolívia, a violência permanente na Colômbia e as tentativas de alterar as regras do jogo de uma democracia formal representativa no Peru e na Venezuela, os movimentos sociais no Brasil e os protestos contra a política fiscal do governo na Argentina, o subcontinente está em efervescência e em Milza (1980); Wendt (1999); Goldstein e Keohane (2003); Lessa (2002); Suppo e Lessa (2007) busca de saídas para os problemas de suas sociedades (RATTNER, 2002, p. 15).

A ideia de integração ajuda na solução de alguns problemas enfrentados pelos países sul-americanos. Os países que compõem a região amazônica encontram-se livres de instabilidades geradas por conflitos étnicos e disputas fronteiriças, inexistente luta pela hegemonia da região. Existe uma postura historicamente pacífica entre esses países.

Um dos maiores óbices para a efetivação do processo integracionista diz respeito à eliminação de diferenças legislativas. O Tratado de Assunção preceitua a harmonização do direito como meta a ser atingida. Um dos pressupostos para o sucesso na consolidação e aperfeiçoamento do MERCOSUL é que essas diferenças sejam minimizadas, principalmente as normas que regem a atuação empresarial em cada Estado-membro, com significativo impacto nos seus custos de produção.

A soberania é o óbice mais evidente à integração entre os países amazônicos. Em relação ao MERCOSUL, as Constituições do Paraguai e Argentina admitem a ordem jurídica

supranacional, ao contrário do Brasil e Uruguai. Embora existam os obstáculos citados, alguns antecedentes podem servir de plataforma para a almejada integração dos países membros do TCA, a saber: os tratados internacionais levados a efeito pelo MERCOSUL e TCA, a criação da Rede latino-americana de Ministério Público Ambiental e a integração estabelecida entre os povos amazônicos.

Baseado na pressão de uso e impacto que as populações exercem sobre o ambiente amazônico e suas relações com o modo como ocupam, exploram e concebem sua relação com a natureza, Lima e Pozzobon desenvolveram um modelo socioambiental de ocupação humana da Amazônia e um modelo das demandas socioambientais para resolver o aumento do grau de sustentabilidade das categorias analisadas.

O elemento mais importante em uma estratégia de desenvolvimento sustentável na Amazônia está na aplicação sistemática da ciência e da tecnologia para o uso e a exploração sustentável de sua biodiversidade, o que supõe atividades empresariais e políticas públicas bem diferentes das que predominam nos dias de hoje (LIMA e POZZOBON, 2005, p. 49).

Os povos tradicionais dos países que compõem a região amazônica desconhecem fronteiras, produzem CTAs à biodiversidade por meio de constante compartilhamento de saberes. Estimulados pela tradição oral da difusão do conhecimento tradicional (CT), pela troca de experiências sobre um mesmo bioma e pela lógica coletiva de intercâmbio de saberes, os diferentes povos da região amazônica geram CTA assemelhado.

As particularidades da Amazônia reclamam por um sistema normativo relacionado à realidade dos povos amazônicos, e, assim, tornar efetiva a proteção ao CT gerado nessa região transnacional. O Direito Transnacional relacionado à questão ambiental agrega a mesma lógica do Estado Constitucional Moderno, formado por normas jurídicas inter-relacionadas que constituem um regime jurídico.

O Direito Transnacional transpassa vários estados nacionais, com capacidade de aplicação coercitiva por estrutura organizativa transnacional, com características próprias, derivadas da concepção do Estado Transnacional, com organização para atuar em espaço de governança regulatória e intervenção. A criação de espaços jurídicos transnacionais, com poderes coercitivos, formulados democraticamente, proporcionará a efetividade da proteção ambiental amazônica e, conseqüentemente, a proteção aos povos e seus CTs.

3 ANÁLISE DOS INSTITUTOS RELACIONADOS

Considerando o tratamento sustentável dos CTs dos povos da Amazônia, como construir os elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional de proteção jurídica dos CTAs à biodiversidade amazônica?

Com o desiderato de compreender a resposta ao questionamento acima formulado, é necessária uma análise crítica dos institutos relacionados ao tratamento sustentável dos CTAs à biodiversidade amazônica, a saber: a proposta de um Tratado de Cooperação amazônico na TRIPs, os CTAs à biodiversidade amazônica no âmbito da UNASUL, o Protocolo de Nagoia, a Lei n. 13.123/2015. Culminará na construção dos elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos CTAs à biodiversidade amazônica.

Dentre as organizações internacionais sul-americanas que promovem ações conjuntas dos países amazônicos em prol da sustentabilidade do meio ambiente, destacam-se o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e o Tratado de Cooperação Amazônico (TCA).

O MERCOSUL encontra sérias barreiras de integração entre seus próprios membros, o mesmo não se pode afirmar do TCA, do qual são partes o Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela. A organização do TCA integra todos os países denominados amazônicos, com exceção da Guiana Francesa.

Em 14 de dezembro de 1998 foi instituída a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA), organismo internacional para institucionalizar e orientar o processo de cooperação regional dos países amazônicos. O artigo 1º do TCA explicita sua completa adesão ao desenvolvimento sustentável da região amazônica, de modo a que essas ações conjuntas produzam resultados equitativos e mutuamente proveitosos, assim como para a preservação do meio ambiente, a conservação e utilização racional dos recursos naturais.

O TCA é um marco jurídico que orienta a cooperação entre os países amazônicos, embora estabeleça a responsabilidade soberana dos países da região na promoção do desenvolvimento sustentável, preconiza a melhoria da qualidade de vida da população amazônica e a defesa de seu patrimônio natural.

Dias (2013) propõe a criação de um Instrumento de Regulação Transnacional (IRT) no âmbito do TCA, como uma normatização transnacional, criada por intermédio da conjugação dos interesses comuns dos países amazônicos: Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Venezuela, Suriname, Guiana e Peru. A referida autora defende que o IRT poderia vir a se tornar uma possível solução para o alcance da efetiva proteção da Floresta Amazônica e, conseqüentemente, dos CTs dos povos tradicionais dessa região.

Na concepção de Dias (2013), a criação do IRT objetivaria harmonizar e positivar o direito ambiental dos países amazônicos, membros do TCA e garantir a aplicação uniforme de suas normas. Trata-se de um instrumento efetivo na resolução dos litígios ambientais no âmbito do Tratado, ou seja, no âmbito dos países amazônicos.

Neste sentido, poderiam utilizar-se do IRT os governos, os particulares, as empresas e as organizações, que possam considerar que direitos foram infringidos por qualquer organização existente no mesmo âmbito. O IRT poderia ser utilizado por todos os países componentes do TCA, com necessidades em comum, sempre visando à proteção dos recursos ambientais amazônicos.

Dias (2013) também propõe haver no IRT previsão específica sobre o julgamento e a imputação de responsabilidades referentes à ocupação da floresta amazônica, bem como a disposição expressa da existência de três etapas para o julgamento de ações, baseadas nos modelos de Cruz e Bodnar.

- Constituição dos espaços públicos transnacionais especialmente com base na cooperação, solidariedade e no consenso;
- Capacidade de coerção, como característica fundamental, destinada a garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando assim uma das principais dificuldades de atuação dos estados no plano externo (CRUZ e BODNAR, 2009, p. 4-5).

Destaca-se a influência do modelo levado a efeito por Lima e Pozzobon (2005, p. 70), que trata das demandas socioambientais para promover o aumento do grau de sustentabilidade das categorias analisadas.

Para Benatti (2007, p. 27) a ameaça de internacionalização da Amazônia supõe que os países sul-americanos não se encontram aptos a conservar o meio ambiente amazônico, razão pela qual deveria ser de responsabilidade internacional. Diante dessa ameaça, o argumento sobre a necessidade de integração dos países amazônicos deve ganhar força, inclusive em nível popular. Para Dias (2013) a criação de um espaço jurídico transnacional, por intermédio do IRT no âmbito do TCA, viabilizaria a soberania em nível regional, a efetiva sustentabilidade dos espaços florestais amazônicos, de seus povos e CTs.

A União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) é formada pelos países que compõem a América do Sul: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela. O Decreto n. 7.667 de 11 de janeiro de 2012 promulgou o Tratado constitutivo que estabeleceu a integração econômica da América do Sul na forma do bloco econômico UNASUL. Os membros do MERCOSUL mais os da CAN uniram-se ao Chile, Guiana e Suriname em uma zona de livre comércio. A entrada em vigor do Tratado

constitutivo representa um passo fundamental para a consolidação da UNASUL.

Para Garcia (2011, p. 152) a UNASUL objetiva construir um espaço de articulação no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos. Prioriza o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a infraestrutura, o financiamento, o meio ambiente, a paz, a segurança, eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia, reduzir assimetrias no marco do fortalecimento da Soberania e a independência dos Estados.

Entre os objetivos específicos da UNASUL, sobre o tema dos direitos fundamentais difusos transnacionais, destaca-se a proteção da biodiversidade, dos recursos hídricos e dos ecossistemas, bem como a promoção da diversidade cultural, das expressões da memória, dos conhecimentos e saberes dos povos da região para o fortalecimento de suas identidades.

Também se destacam como objetivos específicos da UNASUL: a definição e implementação de políticas e projetos comuns ou complementares de pesquisa, inovação, transferência e produção tecnológica, com vistas a incrementar a capacidade, a sustentabilidade e o desenvolvimento científico e tecnológico próprios; a promoção da cooperação entre as autoridades judiciais dos Estados Membros da UNASUL.

As Constituições dos países sul-americanos são modernos e atuais documentos nos quais já está prevista a proteção dos “novos” Direitos Fundamentais. Para Aguiar de Luque e Lopez Guerra (2009, p. 125) os exemplos são as Constituições da Bolívia, do Equador, da Venezuela, do Brasil e a do Peru. Constituições nas quais estão previstas a proteção do meio ambiente, o do direito do consumidor, o direito da criança e do adolescente, da mulher, do convívio pacífico entre os povos, entre outras demandas transnacionais, além da previsão da formação de uma comunidade latino-americana de nações.

O Protocolo de Nagoia (2011) sobre o acesso a recursos genéticos e a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos de sua utilização, foi adotado pelos participantes da Conferência das Partes (COP-10), em 29 de outubro de 2010 em Nagoia, no Japão. Trata-se de um acordo complementar a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), assinada durante a Rio-92. O Brasil embora signatário do acordo em 2010 se manteve fora das negociações, porque ainda não ratificou o documento, por pressão do agronegócio brasileiro.

Por meio deste Protocolo, fornecedores; como países detentores de grande biodiversidade e usuários de recursos genéticos, por exemplo, empresas farmacêuticas; desfrutarão de maior segurança jurídica e transparência em suas relações, uma vez que o Protocolo estabelece condições mais previsíveis ao acesso de recursos genéticos e garante a repartição dos seus benefícios com quem os forneceu.

Estas regras criam incentivos para a conservação e o uso sustentável de recursos genéticos e da biodiversidade. As comunidades com CTs deverão ser um dos principais ganhadores desta moldura legal, pois serão remuneradas por empresas que usufruam dessas capacidades. É lamentável que o Brasil, país com a maior biodiversidade de fauna e flora do planeta, com inúmeras comunidades tradicionais e povos indígenas, não tenha ainda ratificado este importante documento e, desta forma, esteja excluído das discussões oficiais.

A Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015, regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o artigo 1º, a alínea “j” do artigo 8º, a alínea “c” do artigo 10, o artigo 15 e os §§ 3º e 4º do artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998.

A Lei n. 13.123/2015 revogou a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001 e dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao CTA e sobre a repartição de benefícios para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade. Sanciona condutas e atividades lesivas ao patrimônio genético ou ao CTA.

Segundo determina o § 1º do artigo 10 da referida Lei, qualquer CTA ao patrimônio genético será considerado de natureza coletiva, ainda que apenas um indivíduo de população indígena ou de comunidade tradicional o detenha. De posse da revelação do CT até então velado, a empresa ou laboratório reduz a complexidade das pesquisas necessárias à obtenção de um novo produto útil, tendo, com isso, considerável proveito econômico. O novo produto é patenteado e, por um prazo legal de vinte anos, a empresa ou laboratório se beneficia do que, por esse esforço conjunto, foi acrescido ao conhecimento de toda a sociedade.

O texto da MP n. 2.186-16/01 apresenta vários pontos que mereceriam aprimoramento, para assegurar, de forma ampla, os direitos de povos tradicionais. Todavia, os referidos foram modificados pela Lei n. 13.123/15. Apesar do longo processo de elaboração de anteprojetos de lei na esfera do governo federal, na concepção de Moreira e Conde (2017, p. 179) a nova lei não resultou de um processo amplo e participativo. Não permitiu o efetivo debate e a consulta prévia aos povos e comunidades tradicionais afetados.

A referida Lei criou mecanismos que reduziram a proteção jurídica dos CTs, estabeleceu hipóteses em que o acesso aos CTAs pode efetivar-se sem a exigência do consentimento prévio e informado e sem a obrigação de repartição de benefícios. A Lei n. 13.123/2015 representa inúmeros retrocessos em relação à proteção dos CTAs.

4 OS ELEMENTOS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UM REGIME TRANSNACIONAL SUSTENTÁVEL DE PROTEÇÃO JURÍDICA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS À BIODIVERSIDADE AMAZÔNICA

Considerando a imprescindível inter-relação dos CTs dos povos da Amazônia com a conservação ambiental, o estudo do tratamento sustentável dos CTAs à biodiversidade amazônica possibilitou a construção dos elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional de proteção jurídica. Trata-se da substituição do sistema de patentes, bem como o sistema de garantia dos direitos de autor, inadequados para proteger os povos tradicionais. É limitada a perspectiva que oferecem os direitos nacionais e internacionais em vigor relacionados aos CTAs à biodiversidade amazônica.

A floresta amazônica está inserida além do Brasil, em territórios de outros países sul-americanos como Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela, portanto, sua conservação exige, necessariamente, o compromisso e a organização de todos esses países. Os acordos já existentes entre os países amazônicos ratificam a possibilidade de construção dos elementos defendidos. Objetivou-se investigar, com o propósito de revelar, a possibilidade da construção de elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional de proteção jurídica dos CTAs à biodiversidade amazônica.

A efetividade da proteção jurídica dos CTs está relacionada com a sustentabilidade, a capacidade de uma população ocupar uma determinada área e explorar seus recursos naturais sem ameaçar, ao longo do tempo, a integridade ecológica do meio ambiente. Sustentabilidade deve ser um projeto de civilização revolucionário e estratégico de futuro, pautado na consciência crítica sobre a finitude dos bens ambientais e na responsabilidade global e solidária pela proteção, defesa e melhora contínua de toda a comunidade de vida e dos elementos que lhe dão sustentação e viabilidade.

A partir da ampla aceitação do princípio da sustentabilidade em âmbito mundial e o avanço dos estudos, os povos tradicionais amazônicos, antes invisíveis, passam a ser consideradas como verdadeiros protagonistas da sustentabilidade. Baseado na pressão do uso e impacto que as populações exercem sobre o ambiente amazônico e suas relações com o modo como ocupam, exploram e concebem sua relação com a natureza, desenvolveram um modelo socioambiental da ocupação humana da Amazônia e um modelo das demandas socioambientais para resolver o aumento do grau de sustentabilidade das categorias analisadas.

Ao contrário dos povos indígenas, os latifúndios recentes e os exploradores itinerantes

apresentam uma cultura ecológica predatória e apresentam baixos índices da dimensão ambiental da sustentabilidade. Na busca pela dimensão ambiental da sustentabilidade amazônica e a proteção dos CTs encontra-se desmatamentos e violência entre extrativistas e latifundiários.

A conservação do meio ambiente é uma condição para o desenvolvimento. Representa uma nova ordem mundial que pode suscitar a dimensão ambiental da sustentabilidade amazônica, ou seja, mediante a transnacionalidade.

A instituição de um Direito Transnacional relacionado à questão vital ambiental agrega a mesma lógica do Estado Constitucional Moderno, formado por normas jurídicas inter-relacionadas formadoras de um sistema. O Direito Transnacional transpassaria vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional.

O ordenamento jurídico transnacional apresentaria características próprias, derivadas da mesma concepção do Estado Transnacional como organização destinada a atuar em espaço de governança regulatória e de intervenção até agora não organizado politicamente.

Propõe-se alguns elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos CTAs à biodiversidade amazônica, no sentido de se tornar uma possível solução para o alcance da efetiva proteção da região amazônica e, conseqüentemente, dos CTs dos povos tradicionais dessa região.

Para a construção dos elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos CTAs à biodiversidade amazônica, urge considerar os beneficiários e titulares da proteção, o objeto da proteção, o conteúdo dos direitos, os objetivos perseguidos, os modos de aquisição dos direitos, a duração, os mecanismos de proteção desses direitos e os requisitos da proteção.

Representam elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos CTAs à biodiversidade amazônica: sistemas diversos para conhecimentos diversos, dinâmicos, complexos, criados dentro de um contexto com normas e práticas consuetudinárias.

É necessária a adoção de medidas para a preservação e salvaguarda dos CTs e o estabelecimento de mecanismos que protejam esses conhecimentos de utilização não utilizada ou indevida com fins de ofender os conhecimentos, inovações e práticas tradicionais. Um sistema que busque uma proteção eficaz, tanto positiva como preventiva.

O pluralismo fundado em uma democracia expressa o reconhecimento dos valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada povo. Em uma sociedade multicultural o

sistema jurídico deve ser agregado um conteúdo material substantivo às normas para que efetivamente estejam a serviço da justiça. Desta forma, o direito será efetivamente instrumento de transformação social, por fomentar cooperação e solidariedade.

Um projeto de futuro com sustentabilidade busca a melhoria das condições sociais das populações socialmente mais fragilizadas. O objeto de proteção é o conhecimento, as inovações e práticas que integram o patrimônio cultural material e imaterial das comunidades indígenas e locais.

Um regime de proteção jurídica deve partir da premissa que uma relação entre partes desiguais deve conter mecanismos de freios e contrapesos para equilibrar a relação contratual. Desta forma, é fundamental a inversão do ônus da prova em favor dos credores dos CTs, facilitando a sua defesa. É necessário estabelecer uma Entidade de Gestão que participe das decisões sobre as normas e políticas relacionadas às comunidades Tradicionais.

Os fundos compensatórios constituem importantes instrumentos jurídicos para garantir que os povos tradicionais amazônicos possam concordar com recursos econômicos para o desenvolvimento de projetos de conservação, desenvolvimento para a proteção dos conhecimentos, inovações e práticas tradicionais.

O registro voluntário pelos possuidores pode ser um instrumento útil na proteção e especialmente na preservação dos mesmos. Nas bases de dados os registros dos CTs somente podem ser considerados como um enfoque para a proteção dos mesmos, mas não como requisito para proteção e menos ainda para o reconhecimento dos direitos dos povos tradicionais.

Garantir os direitos dos povos tradicionais quando seus conhecimentos são utilizados pela indústria biotecnológica é uma proteção complexa, eis a dificuldade de identificação do CT original e o produto industrializado, o preconceito epistêmico e a dificuldade de transitar-se entre as normas nacionais e internacionais sobre o tema.

Destaca-se o papel do direito ambiental para a sustentabilidade da floresta amazônica, espaço que não conhece fronteiras, razão pela qual se adotou a visão transnacional do Direito Ambiental. A sustentabilidade é essencial para manter os modos de vida dos povos tradicionais, sendo necessário compatibilizar a proteção ambiental com o avanço econômico e a justiça social.

As demandas socioambientais de uma sociedade de risco exigem respostas que a soberania não é capaz de oferecer e o mercado é outro fator de fragmentação, sendo necessário desenvolver um Direito Transnacional. No contexto da Amazônia se propõe a estruturação do sistema de Direito Transnacional por meio da construção de elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos CTAs à biodiversidade

amazônica. Objetiva-se uma conjugação dos interesses comuns dos países que integram a região amazônica.

Para dar exequibilidade a este regime, de modo democrático deve ocorrer etapas de ampla participação, promovendo soberania local e enfrentamento da colonialidade, garantindo a sustentabilidade e a manutenção de seus povos tradicionais, seus modos de vida e conhecimentos. O referido regime servirá para normatizar a sustentabilidade dos ambientes florestais amazônicos, por meio da conjugação dos interesses comuns dos países amazônicos. Sua criação objetiva harmonizar e positivar o Direito Ambiental dos países amazônicos, garantindo a aplicação uniforme de suas normas e servindo de instrumento efetivo na resolução dos litígios ambientais.

5 CONCLUSÃO

Em função da problemática e da hipótese, o objetivo geral do trabalho consiste em analisar a possibilidade de criar elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica, considerando a imprescindível inter-relação dos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia com a conservação ambiental.

O trabalho em testilha estudou a transnacionalidade e a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica. Pela amplitude do tema e a necessidade de melhorar a proteção jurídica destes importantes conhecimentos, requereu um esquema conceitual que lhe conferiu um instrumental teórico suficientemente articulado para a sua problemática. Foi utilizado o método indutivo e nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

O trabalho evidenciou a necessidade de um tratamento transnacional sustentável aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade nos países que integram a região amazônica. O aludido problema concentrou seus esforços na busca de substituir o sistema de patentes, bem como o sistema de garantia dos direitos de autor, inadequados para proteger as comunidades tradicionais. Com vistas a esse fim, percorreu-se, do ponto de vista do marco de referência, a bibliografia de relevância já tornada pública em relação ao tema de estudo.

O equacionamento do problema suscitou na hipótese de que a floresta amazônica está inserida além do Brasil, em territórios de outros países sul-americanos como Suriname, Venezuela, Guianas, Colômbia, Equador, Peru e Bolívia, portanto, sua conservação exige,

necessariamente, o compromisso e a organização de todos esses países.

O presente trabalho atingiu o objetivo geral que foi analisar a possibilidade de criar elementos para o desenvolvimento de um regime transnacional sustentável de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica, considerando a imprescindível inter-relação dos conhecimentos tradicionais dos povos da Amazônia com a conservação ambiental.

Desta forma, o trabalho cumpriu os objetivos específicos propostos e alcançou os achados pretendidos, a saber: estudou a transnacionalidade; estudou a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica; analisou os institutos relacionados, como a proposta de criação de um instrumento de regulação transnacional no âmbito do Tratado de Cooperação Amazônico, como uma normatização transnacional, criada por intermédio da conjugação dos interesses comuns dos países amazônicos, os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade amazônica no âmbito da União de Nações Sul-Americanas, o Protocolo de Nagoia e a Lei n. 13.123/2015.

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR DE LUQUE, Luis; LOPEZ GUERRA, Luis. **Las Constituciones de Iberoamérica**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2009.

BECKER, Bertha Koiffmann. **Amazônia: geopolítica na virada do III milênio**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENATTI, José Heder. **Internacionalização da Amazônia e a questão ambiental**: o direito das populações tradicionais e indígenas à terra. Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais. Cuiabá, ano 1, n. 1, p. 23-39, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.avesmarinhas.com.br/Internacionaliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20Amaz%C3%B4nia%20e%20a%20quest%C3%A3o%20ambiental.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: **Direito e transnacionalidade**. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). Curitiba: Juruá, 2009.

DIAS, Mônica Nazaré Picanço. **A proteção jurídica transnacional dos conhecimentos tradicionais dos povos amazônicos**. 205 f. Tese (Doutorado). Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2013.

GARCIA, Marcos Leite. “Novos” Direitos Fundamentais, transnacionalidade e UNASUL: desafios para o século XXI. In: CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio; MORAES, Germana de Oliveira; COELHO, Raquel. **A construção jurídica da UNASUL**, p. 141-183. Florianópolis-SC. Fundação José Arthur Boiteux/Editora da UFSC, 2011.

BRASIL. **Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

LIMA, Deborah; POZZOBON, Jorge. **Amazônia socioambiental**. Sustentabilidade ecológica e diversidade social, v. 19, n. 54. São Paulo, mai./ago., 2005. Disponível em:<[http://www.scielo.br/scielo.php?pid= S0103-142005000200004&script=sci_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-142005000200004&script=sci_arttext)>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto; CONDE, Leandro Barbalho. A Lei n. 13.123/2015 e o Retrocesso na Proteção dos Conhecimentos Tradicionais. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 175-205, mai./ago. 2017. Disponível em: <[http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/ article/view/1017](http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1017)>. Acesso em: 15 jul. 2019.

Nagoya Protocolo on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization to the Convention on Biological Diversity: text and annex. Secretariat of the Convention on Biological Diversity Montreal. Montreal, Quebec, Canadá: Convention on Biological Diversity United Nations, 2011. Disponível em: <[https://www.cbd.int/abs/doc/ protocol/nagoya-protocol-en.pdf](https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2019.

RATTNER, Henrique. **O futuro incerto dos países sul-americanos**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A RESERVA DO POSSÍVEL: NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

Igor Lins Silva¹

Recebido em 24/08/2020

Aceito em 01/08/2021

RESUMO

Este artigo analisou a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o instrumento da reserva do possível nas ações de medicamentos, tendo em vista que pela precariedade do sistema público de saúde e da escassez de recursos públicos, muitos cidadãos se utilizam de meios judiciais invocando o mínimo existencial para obter medicamentos não fornecidos pelo Estado, ocasionando um grande impacto no orçamento público. Para tal objetivo, foi feita uma análise do direito à saúde nas Constituições Brasileiras, seguido de um estudo mais aprofundado do princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da reserva do possível. Foi realizada uma pesquisa jurisprudencial perante os Tribunais Superiores com o fito de buscar os julgados mais recentes sobre o tema. Aderiu-se uma metodologia com abordagem dedutiva e método de procedimento monográfico. A coleta de dados utilizada foi a de documentação indireta, por meio de livros e jurisprudências dos tribunais superiores. Concluiu-se que enquanto não houver maior diálogo entre os Poderes, o mínimo existencial e a reserva do possível sempre serão utilizados como um meio de tentar mascarar os diversos problemas de gestão do Poder Público.

Palavras-chave: Reserva do possível; Dignidade da pessoa humana; Medicamentos; Saúde; Estado.

DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND THE RESERVE OF POSSIBLE: IN DRUG LAWSUITS

ABSTRACT

This article analyze the relationship between the principle of the dignity of the human person and the instrument of reserving the possible in the drug lawsuits, bearing in mind that due to the precariousness of the public health system and the scarcity of public resources, many citizens use judicial means invoking the minimum existencial to obtain medicines not supplied by the State, causing a great impact on the public budget. For this purpose, an analysis of the right to health in the Brazilian Constitutions was made, followed by a more in-depth study of the principle of human dignity, the minimum existencial and the reserve of the possible. A jurisprudence survey from the Superior Courts in order to seek the most recent judgments on the subject. A methodology with a deductive approach and a monographic procedure method was used. The data collection used was indirect documentation, through books and jurisprudence from the Superior Courts. It was concluded that as long as there is no dialogue between the Powers, the minimum existencial and the reserve of the possible will always be used as a means of

¹ Discente de Direito do Centro Universitário de Educação Superior do Estado do Amazonas - CIESA. E-mail: igorlinsbelarmino@gmail.com

trying to mask the various management problems of the Public Power.

Keywords: Reserve of possible; Dignity of the human person; Drugs; Public health system; State.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo busca abordar, de forma crítica, o conflito que a sociedade atual vivencia entre a dignidade da pessoa humana e o direito à reserva do possível nas ações de medicamentos.

Não obstante, diante da escassez e da má utilização dos recursos públicos, o Poder Judiciário tem formulado políticas públicas que se concretiza por meio de suas decisões e jurisprudências que impõe ao Poder Executivo o atendimento a pretensão daqueles que buscam o Estado para garantir o direito à saúde. Esta decisão visa fornecer aos litigantes os medicamentos necessários à saúde, no entanto, não há consulta para averiguar se o Ente Público possui recursos suficientes para efetivar a medida judicial.

Ademais, o Sistema Único de Saúde – SUS, não possui capacidade para atender todos os seus usuários, o que resulta em seus beneficiários ajuizarem ações perante o Judiciário para buscarem, principalmente, medicamentos de alto custo e não fornecidos pelo SUS.

Mesmo se tratando de direito fundamental previsto no artigo 196, da Carta Magna de 1988, o direito à saúde, como todo direito, não é absoluto, devendo sempre observar a possibilidade financeira e a viabilidade da Administração Pública em fornecer o medicamento.

Conforme abordado neste artigo, como forma de amenizar o choque entre a reserva do possível e do mínimo existencial, os Tribunais Superiores têm buscado ao longo dos anos uma maneira de conciliar a necessidade do impetrante em obter os medicamentos para a garantia do direito fundamental e a viabilidade orçamentária do Ente Público em fornecê-lo.

Para conseguir analisar o tema, temos inicialmente a abordagem do Direito à saúde como um direito fundamental garantido nas Constituições Brasileiras, desde 1824 até os dias atuais, com a Constituição que foi denominada de “cidadã”, o que nos leva a compreender a importância desse direito. Em seguida analisamos o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve estar presente nas políticas públicas de qualquer Estado democrático de Direito, como forma de respeito ao ser humano e de garantir uma existência digna. A medida de fornecimento de medicamentos é então estudado, como forma de garantir o direito fundamental à saúde, buscando entender especialmente, em análise final, a reserva do possível como limite na implementação dos direitos sociais.

2 O DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O direito à saúde teve sua primeira aparição no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1824, previsto no artigo 179, inciso XXXI, sob o nome de “socorros públicos”. Todavia, conforme informa Silva (2013, p. 77-78) os direitos garantidos na Constituição de 1824 eram dirigidos à elite aristocrática que dominava o regime, “não se pretendia reformar a estrutura colonial de produção, não se tratava de mudar a estrutura da sociedade: tanto é assim que em todos os movimentos revolucionários se procurou garantir a propriedade escrava”.

Com a Constituição de 1891 houve clara regressão na eficácia social, visto que não foram previstos, como na Constituição anterior, o direito ao socorro público e nem à instrução pública gratuita (SILVA, 2013). Portanto, a conquista ao direito à saúde que se iniciava na história do Direito no Brasil, voltava a ser negligenciado pelo Estado apesar dos reclames sociais.

Ademais, a história do Direito avança com a Constituição de 1934, que em seu art. 138, alínea “f”, incumbiu à União, os Estados e os Municípios de adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a combater a mortalidade e a infância. Novamente os direitos sociais ganhavam espaço no cenário político e jurídico do Estado democrático de Direito no Brasil.

Após avanços e retrocessos, somente na atual Constituição, promulgada em 1988, que recebeu o título de Constituição “cidadã”, em especial em seu artigo 6^a, houve uma maior preocupação com os direitos sociais do povo brasileiro.

[...]

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifou-se).

Portanto, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde, segundo Mendes e Branco (2017, p. 695), visto que as Constituições anteriores somente possuíam disposições rasas do tema, sem efetividade que garantisse, em especial, o fornecimento dos medicamentos necessários à saúde dos cidadãos que buscam tratamento adequado para todos os tipos de doenças, o que garante uma vida digna para todos, conforme o princípio universal da dignidade humana.

3 O DIREITO À DIGNIDADE HUMANA

Primeiramente, para falar sobre dignidade da pessoa humana, é necessário adentrar no ramo filosófico. Sarlet (1998, p. 212) dizia que “a dignidade é expressão da posição social ocupada pelo indivíduo e pelo grau de reconhecimento que os demais componentes daquela comunidade atribuíam a um sujeito”. Logo, para o filósofo, existiriam pessoas mais ou menos dignas socialmente. A dignidade não era atributo do cidadão, mas direito de membros da sociedade que gozavam de posição social diferenciada.

Essa definição sofreria grandes mudanças ao longo do tempo, pois o filósofo alemão Immanuel Kant, no iluminismo alemão, começou a defender a autonomia moral do indivíduo. Para Kant (1980) ‘o homem deve ser levado a sério, sendo sempre o fim maior das relações humanas e nunca o meio’.

Corroborando a ideia Kantiana, de que o homem deve ser o centro das relações humanas, Gonçalves (2020, p. 347) afirma que pela teoria constitucional majoritária, a dignidade da pessoa humana, regulada pelo art. 1º, III, da CR/88, é erigida à condição de meta-princípio, ou seja, irradia valores e vetores de interpretação para os demais direitos fundamentais. Esta tese é aceita pela corrente majoritária, como alicerce para a garantia da dignidade do ser humano defendida pela atual Constituição.

Outro importante jurista, ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, afirmou que:

[...] para finalidades jurídicas, a dignidade da pessoa humana pode ser dividida em três componentes: valor intrínseco, o qual se refere ao status especial do ser humano e como indivíduo livre e igual, tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; autonomia, que expressa o direito de tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e valor comunitário, convencionalmente definido como a interferência estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal (BARROSO, 2012, p. 112).

Neste diapasão percebemos que os parâmetros mínimos para aferir a consecução normativa do supracitado princípio, visa a garantia da dignidade humana em bases sólidas de acordo com políticas públicas que aliem a efetivação jurídica e a administração do Estado. Tais parâmetros foram elencados por Fernandes (2020, p. 351):

- Não Instrumentalização, que busca proteger a essência do ser humano, buscando impedir que ele seja instrumentalizado, ou seja, não pode se tratado como meio para obtenção de determinado fim;

- Autonomia existencial, a qual determina que todas as pessoas devem ter o direito de fazer suas escolhas essenciais de vida e agir de acordo com suas escolhas desde que elas não sejam práticas ilícitas;
- O Direito ao Mínimo Existencial, o qual determina que existam condições básicas para uma vida digna;
- Direito ao Reconhecimento, o qual expõe a ideia de que as injustiças podem se dar não apenas no campo da redistribuição de bens, mas também no campo do reconhecimento, portanto, é necessário respeitar as identidades singulares.

Este cenário alia as esferas do Poder Público à sociedade no reconhecimento do princípio da dignidade da vida humana e abre espaço para o debate acerca do direito à saúde como direito fundamental, cuja efetividade somente é possível a partir do fornecimento de medicamentos que possam garantir o tratamento ou cura dos pacientes que necessitam da atenção do Estado.

4 DO DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Tendo em vista que o Direito ao mínimo existencial determina condições básicas para uma vida digna, todo cidadão tem o direito fundamental ao mínimo que garanta sua vida digna. Diante disso, Silva (2013, p. 309) afirma ser indiscutível que o direito à saúde relaciona-se de forma direta com o direito à vida.

Primeiramente, é de suma importância estabelecer o conceito de saúde, estabelecido no artigo 196 da Constituição Federal de 1988:

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifou-se).

Para garantir esse direito, muitos precisam recorrer às “ações de saúde”, que são de relevância pública, conforme estabelece o art. 197 da Carta Magna de 1988, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, “sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Segundo Reissigner (2008, p. 105), há dois modelos de medidas de saúde: as medidas de saúde preventiva e as medidas de saúde curativa. O primeiro se revelaria como um status de

liberdade positiva, conectado ao mínimo existencial. O Segundo se apresenta como um status positivo social.

Neste entendimento, podemos encontrar na doutrina majoritária dois aspectos relacionados aos direitos sociais. Estas duas vertentes abordam o direito à saúde de forma peculiar. De acordo com Pedro Lenza, a existência da natureza negativa determina que o Estado ou particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros, já a existência de natureza positiva estabelece uma posição de fomento por parte do Estado prestacionista para implementar o direito social (LENZA, 2018, p. 1339).

Como forma de reforçar a natureza obrigacional por parte do Estado nas ações de saúde, a Emenda Constitucional n 29º/00, o §2 do art. 198 passou a dispor da obrigatoriedade de uma aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, transformando essa reserva de recursos como norma de observância obrigatória, inclusive sob pena de intervenção no caso de descumprimento, conforme determina o art. 34, VII, ‘e’ da CF/88.

O Sistema único de saúde é a garantia do direito à saúde para muitos cidadãos que não têm renda para arcar com altos custos do tratamento para a garantia da saúde ou mesmo da vida. Como leciona Menezes:

[...] hoje há dois sistemas de saúde no País: o SUS, gratuito, por vezes precário, mas com acesso universal, que a própria prática reservou para as famílias de baixa renda; e o sistema privado contributivo e, em tese, de boa qualidade, seletivamente reservado às classes economicamente superiores (MENEZES, 2015, p. 126).

E ainda segue a análise desse distanciamento social crescente no Brasil, onde as reais necessidades de saúde da população brasileira de baixa renda poderiam ser solucionados com políticas públicas efetivas de saúde com baixo impacto financeiro por parte do Estado, conforme a citação abaixo:

Cerca de 80% dos problemas de saúde da população brasileira seriam passíveis de serem resolvidos pelo atendimento de primeira linha (rede básica de serviços de saúde: centros de saúde, ambulatórios etc.); no entanto, criou-se no País, uma infraestrutura de serviços altamente complexa, com alta densidade tecnológica, sem integração e hierarquização dos serviços, de acordo com sua complexidade tecnológica. Como resultado, a população passa a ser atendida por serviços cuja lógica de acesso não responde à relação disponibilidade de atendimento, mas à necessidade de lucratividade do setor privado. (COHN E ELIAS, 1996, p 117, apud MENEZES, 2015, p 126)

O Sistema Público de Saúde – SUS é regulamentado pela lei 8.080/90, e segundo Menezes (2015. p. 127) cabe ao Setor Público a adoção de medidas de caráter coletivo como vacinação em massa, controle de moléstias transmissíveis, etc. Porém, nos últimos anos, houve um crescente atendimento de caráter individual.

Nesse sentido podemos entender que o SUS é responsável por oferecer à população em geral as mais diversas especialidades médicas, desde o procedimento mais simples aos mais complexos. Porém, o sistema não se comunica bem com a sociedade sobre qual serviço está prestando e para quem, e não supri todas as necessidades dos usuários (MENEZES, 2015. p. 134).

Perante este cenário de não suprir todas as necessidades dos usuários, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela possibilidade de concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS, conforme decidido no Edcl no REsp 1657156/RJ, Relatória do Ministro Benedito Gonçalves, na 1º Seção, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 494, I, DO CPC/2015. CORREÇÃO DE INEXATIDÃO MATERIAL. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO REPETITIVO.

1. O inciso I do art. 494 do CPC/2015 possibilita ao julgador a correção de ofício de eventuais inexatidões materiais no decurso. 2. No caso dos autos, a fim de evitar dúvidas, impõe-se a alteração do termo inicial da modulação dos efeitos. 3. Ante o exposto, de ofício, altera-se o termo inicial da modulação dos efeitos, do presente recurso especial repetitivo, para a data da publicação do acórdão embargado (4/5/2018).

TESE FIXADA: A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018. (EDcl no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018).

Em apartada síntese do julgado acima, para o fornecimento de medicamentos não previstos pelo SUS, é necessário o preenchimento de 03 (três) requisitos essenciais:

- I) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- II) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- III) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Outra via de efetivação do direito à saúde se dá pela ação do Ministério Público, que, através da ação civil pública, tem legitimidade para provocar o Poder Judiciário quanto às omissões totais ou parciais por parte do Poder Público na implementação das ações e serviços

de saúde, conforme fora cristalizado tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelo Supremo Tribunal Federal:

O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença. STF. Plenário. RE 605533/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15/8/2018 (repercussão geral) (Info 911).

O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

STJ. 1ª Seção. REsp 1682836-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo) (Info 624).

Ademais, já foi pacificado a possibilidade de fornecimento, pelo entendimento do Poder Judiciário, de medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos.

(RE 855178 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020).

Ato contínuo, conforme Cavalcante (2019), em estudo realizado do julgado acima, é possível o fornecimento de medicamentos fora do rol da ANVISA quando preenchidos os seguintes requisitos:

- Fornecimento pelo Poder Judiciário de medicamentos não registrados pela ANVISA
1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
 2. A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro

sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

- a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
- b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;
- c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941).

5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico da jurisprudência**, p. 112, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1185474/SC – Santa Catarina. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399>>. Acesso em: 15/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>>. Acesso em: 15/07/2020.

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

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Fornecimento pelo Poder Judiciário de medicamentos não registrados pela ANVISA**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4d7a968bb636e25818ff2a3941db08c1>>. Acesso em: 13/07/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Legitimidade do MP para ajuizar ação pedindo o fornecimento de medicamento**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/05f17e3cfa5de42020eaa6df34fb4805>>. Acesso em: 13/07/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/27b09e189a405b6cca6ddd7ec869c143>>. Acesso em: 13/07/2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Atualizada e ampliada. Editora JusPodivm, 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. 2 ed.

São Paulo: Abril Cultural, 1980. [Os Pensadores]

LEITE, Harrison; **Manual de Direito Financeiro**. 8ª ed. Editora JusPodivm. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, p 1339, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, pg. 695-697 2017.

MENEZES, Victor Hugo Mota de, **Direto à Saúde e Reserva do Possível**. Curitiba Juruá, 2015.

REISSINGER, Simone. **Aspectos controvertidos do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel, **Por um Constitucionalismo Inclusivo**, Editora: Lumen Juris; Edição 1ª, 1 de janeiro de 2010, p 199-201

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2013

ANTROPOLOGIA E FEMINISMO: UMA DISCUSSÃO NECESSÁRIA NA SOCIEDADE

Gabrielle Aparecida Martins¹
Joel Cezar Bonin²

Recebido em 04/11/2020
Aceito em 10/08/2021

RESUMO

A pesquisa em questão pretende debater a antropologia e sua relação com o feminismo, demonstrando como essas vertentes se diferenciam, necessitando atentar-se sobre a questão das mulheres e o seu trabalho dentro da ciência da Antropologia. O problema da pesquisa gira em torno da importância de definir um termo que envolva as mulheres em relação aos estudos sociais. O objetivo geral do trabalho é pontuar um debate acerca da antropologia e do feminismo. A presente pesquisa é considerada, exclusivamente, de cunho bibliográfico, a qual se utiliza de vários autores, que abordam o assunto de maneira enriquecedora, buscando delimitar as questões da Antropologia, feminismo e a ideia do neologismo da “Antropologia Feminina”. Os resultados desejados foram alcançados, visto que, com a pesquisa aprofundada sobre o tema em pauta, pode-se compreender melhor a necessidade do desenvolvimento de um novo termo que coloque as mulheres como elementos principais nos escritos antropológicos.

PALAVRAS CHAVE: Antropologia. Feminismo. Antropologia Feminista.

ANTROPHOLOGY AND FEMINISM: A NECESSARY DISCUSSION IN SOCIETY

ABSTRACT

The research in question intends to debate anthropology and the relationship with feminism, demonstrating how these aspects differ, needing attention to the issue of women and their work within Anthropology science. The research problem revolves around the importance of defining a term that involves women in relation to social studies. The general objective of the work is to punctuate a debate about anthropology and feminism. The present research is considered, exclusively, of bibliographic nature, in which it uses several authors, who approach the subject in an enriching way, seeking to delimit the issues of Anthropology, Feminism, Female Anthropology and the idea of the neologism of "Female Anthropology". The results were achieved, since, with in-depth research on the topic at hand, one can better understand the need to develop a new term that places women as the main elements in anthropological writings.

Keywords: Anthropology. Feminism. Feminist Anthropology.

1 INTRODUÇÃO

A Antropologia é uma ciência que possui uma gama de áreas de investigação, as quais tem o intuito de compreender as sociedades humanas e suas particularidades. Ela é classificada em quatro

1 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP.

2 Doutor em Filosofia pela PUC-PR. Professor do PPGEB, da UNIARP, Caçador-SC.

áreas principais, que podem ser descritas como: biológica, filosófica, cultural e jurídica.

Na Antropologia, o objeto de estudo passa a ser a forma como os indivíduos vivem, as suas crenças, mitos e a sua maneira de desenvolver e criar universos particulares. Por conta da maioria dos escritos que abordam a Antropologia serem redigidos por homens, a presente pesquisa tem como objetivo principal desenvolver uma discussão acerca da relação do feminismo com a Antropologia.

A escolha do tema ocorreu pelo fato de se perceber o quanto a figura feminina precisa alcançar o seu espaço nos estudos antropológicos, visto que urge cada vez mais uma necessária modificação em relação às mulheres e sua atuação na área da Antropologia, que fomentem discussões que auxiliem o meio acadêmico a visualizar a importância da criação um novo termo que possa abranger as mulheres no campo de estudos sociais.

A pesquisa se configura como sendo de cunho bibliográfico, com abordagem qualitativa e objetivo descritivo. Para encontrar os textos usados para o desenvolvimento do artigo foram utilizados os seguintes descritores: Antropologia; Feminismo; Antropologia Feminista.

O primeiro tópico traz informações acerca da Antropologia em geral, dissertando sobre a origem do termo. A partir do segundo tópico, são abordadas as vertentes que fazem parte dos estudos antropológicos, no qual será descrito as principais vertentes e sobre a representação de cada uma. Para concluir, o terceiro tópico elenca o feminismo e a antropologia feminista.

2 ANTROPOLOGIA

A Antropologia é uma área da ciência que estuda os seres humanos, sob um prisma amplo, buscando compreendê-los a partir do seu comportamento. De acordo com Queiroz (2011), a Antropologia surgiu no fim do século XVIII, na Europa, com o intuito de estudar o homem, pois o mesmo se difere dos outros animais e é um ser capaz de construir um universo que abrange uma ampla diversidade de culturas, mitos e religiões.

No decorrer do surgimento da Antropologia, houve a necessidade de um polimento do termo, que ocorreu de forma lenta e por meio de questionamentos e observações que circulavam com o objetivo principal de compreender a diversidade humana. A questão matriz norteadora, que contribuiu para moldar os conhecimentos que desenvolveram a área da Antropologia, se localiza na busca de um lugar para o homem na escala zoológica (QUEIROZ; SOBREIRA, 2016). Os autores salientam ainda que a supracitada ciência, apresentou a posição do Homem por meio das escalas, parâmetros e conceitos estabelecidos. Essa definição “comprovaria e determinaria ao que se cabe à categoria Homem, e por conseguinte, de humano” (QUEIROZ; SOBREIRA, 2016, p. 28).

Conforme afirma Feldens, Fusaro e Carvalho (2018), a Antropologia possui um papel

importante dentro dos estudos proporcionados pela Ciência Social, visto que pretende abordar o indivíduo de forma totalizada, compreendendo-o por meio da sua cultura, e buscando reconhecê-lo a partir de seus hábitos, valores, crenças, hierarquias, dentre outros aspectos.

Ao abordar sobre a antropologia dentro do contexto das Ciências Sociais, é frequente que se entenda que ela estuda os povos chamados de “primitivos”, contrapondo a sociologia, que estudaria o homem “civilizado” contemporâneo. Entretanto, para se compreender melhor essas generalizações, é necessário entender melhor a trajetória da construção dos saberes ligados às ciências sociais (RECHENBERG, 2013).

A antropologia, de fato, começa seus debates com o questionamento sobre o que é o homem, isto é, o enigma do homem, sendo que a própria etimologia da palavra sugere este entendimento: do grego antigo, *Anthropos* (homem) e *Logos* (estudo, ciência, conhecimento). Contudo, se a antropologia busca apenas a investigação das sociedades primitivas, não haveria razão para sua existência na contemporaneidade (LAPLATINE, 1988). Todavia, a antropologia permanece viva como fonte de pesquisa das sociedades complexas, marcadas pela diversidade sociocultural.

Em meio a essa questão da antropologia como uma ciência à beira da extinção, o antropólogo Evans-Pritchard, afirmou que a disciplina não estudava povos, e sim problemas. Posteriormente, corroborando com este pensamento, o antropólogo Claude Lévi-Strauss, em seu artigo intitulado “A crise moderna da antropologia”, de 1962, afirma que o processo de diminuição dos povos primitivos não coloca em risco o futuro da disciplina, uma vez que ela não trata de um objeto concreto, mas sim de um olhar que se volta para a questão da diferença. Neste sentido, soma-se à definição da antropologia como o estudo do homem, o interesse pelas diferenças culturais, ou seja, ela se dedica,

[...] ao estudo de grupos e fenômenos sociais muito variados, oferecendo um amplo leque de temáticas e possibilidades de investigação aos pesquisadores, tais como relações étnicas e raciais, meio ambiente, patrimônio, identidade e etnia, grupos indígenas, territorialidade, tribos e sociabilidades urbanas, imagem, comunidades rurais, religiosidades, política, corpo e saúde, gênero e sexualidade, globalização e consumo, ética, instituições jurídicas e formas de regulação social, migrações, educação, ciência, entre outros (RECHENBERG, 2013, p. 15).

Desta maneira, discute-se a seguir as principais vertentes da antropologia, sendo a elas, a Antropologia Filosófica, Cultural, Biológica e Jurídica, a fim de evidenciar a ampla área de atuação da disciplina.

3 PRINCIPAIS VERTENTES DA ANTROPOLOGIA

3.1 ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA

A preocupação de se fundamentar uma teoria acerca dos atributos do homem esteve presente desde os primórdios do pensamento filosófico. Um dos grandes pensadores da história da filosofia que se preocupou com o homem foi Sócrates, que abordou muito mais as questões ligadas às formas de conhecimento e não às fontes do conhecimento. Os predecessores de Sócrates se preocupavam com a origem das coisas, enquanto ele, queria propor um método de investigação chamado de maiêutica: uma forma de descobrir o conhecimento através do próprio indivíduo. Entretanto, a antropologia como uma área filosófica no mundo moderno ressurgiu com os estudos de Emmanuel Kant, na sua obra “*Antropologia do ponto de vista pragmático*”, de 1773 (MONDIN, 1986). Quanto ao tema e ao conteúdo do livro, o próprio Kant nos esclarece desde o início do sucinto prefácio:

Uma doutrina do conhecimento do homem considerado sistematicamente (antropologia) pode ter um ponto de vista fisiológico ou então pragmático. O conhecimento fisiológico do homem tende à exploração daquilo que a natureza faz do homem, o conhecimento pragmático daquilo que o homem, enquanto ser livremente ativo, faz ou pode ou deve fazer de si mesmo. (KANT, 2006)

Segundo Mondin (1986), a antropologia filosófica busca uma resposta total, completa e exaustiva para esclarecer plenamente o que é o homem em seu todo, ou seja, o que ele é efetivamente além das aparências. Assim, a disciplina tem objetivo de responder de maneira completa a seguinte indagação “o que é o homem?”, considerando os aspectos ambientais e secundários que o rodeiam, isto é, o homem em sua totalidade.

Jolif (1970), por outro lado, entende que o homem não pode ser compreendido em um conceito, já que é impossível abarcar todas as vicissitudes que o cercam e, desta forma, a antropologia sob o viés filosófico tem a função de estruturar, pressupor e formalizar o discurso a respeito das manifestações humanas.

O autor ressalta que o discurso filosófico deve se ater em tratar das questões que abordam sobre o homem partindo de categorias, e não conceitos, já que se entende que categoria é uma estrutura formal de reflexão antropológica. Assim, as categorias apresentam-se como ferramentas teóricas de reflexão, não perdendo de vista os limites que cercam o discurso sobre o homem (JOLIF, 1970).

3.2 ANTROPOLOGIA BIOLÓGICA

A trajetória da antropologia biológica remonta aos séculos XVIII e XIX, tendo como epicentros a Europa e Estados Unidos. Todavia, apenas no início do século XIX houve um maior delineamento da área, com a criação de associações especializadas sobre o assunto. De maneira geral, pode-se afirmar que essa vertente da antropologia busca investigar a formação do ser humano nas sociedades primitivas, determinando os fatores que levaram o desenvolvimento de determinadas características físicas e atributos (SANTOS, 2011).

Conforme Gaspar Neto (2017), existem quatro aspectos comuns nos percursos históricos da antropologia biológica, ou bioantropologia, nos mais diversos países ao redor do mundo, sendo eles:

[...] a) a centralidade concedida à ideia de “raça” para explicar não apenas a diversidade biológica, mas, também, as diferenças psicológicas e culturais entre as diferentes sociedades humanas, no tempo e no espaço; b) também a recorrência à essa mesma categoria, “raça”, de modo a balizar e orientar discussões e intervenções sociopolíticas em diferentes contextos e escalas – dos projetos de Estados-Nações ao colonialismo; c) a preocupação quase absoluta com a mensuração e descrição dos materiais antropológicos, principalmente crânios; d) as relações conflituosas com as cada vez mais proeminentes proposições teóricas que se desenvolveram na biologia evolutiva a partir do impacto ocasionado pela publicação de *A origem das espécies* (1859), de Charles Darwin (GASPAR NETO, 2017, p. 22).

De acordo com Gaspar Neto (2011), essa antropologia biológica com forte ligação com a questão racial perdurou até meados do século XX, quando o antropólogo norte-americano Sherwood Washburn publicou um artigo defendendo a substituição das discussões exclusivamente tipológicas e descritivas por uma que fosse mais explicativa, advindas da biologia evolutiva, além de uma maior aproximação com as ciências sociais e a substituição da categoria “raça”, com alto viés fenotípico, pela categoria “população”. O autor comenta que, embora essa substituição ocorra de maneira gradual, sobretudo no que concerne ao viés racial da disciplina, pode-se observar uma grande distinção entre a bioantropologia contemporânea com a que surgiu no século XVIII.

3.3. ANTROPOLOGIA CULTURAL

A antropologia cultural, dentre as áreas da antropologia, é uma das que se mostra mais ampla, já que abarca tudo o que constitui uma sociedade, como a sua produção econômica, organização política e jurídica, sistema de conhecimento, crenças, valores, criações artísticas, entre outros. Laplatine (2003), define a antropologia cultural como a ciência que estuda o social

em sua evolução, sobretudo no que tange aos processos de difusão, contato, interação e aculturação, ou seja, de adoção das normas de uma cultura por outra.

Ao tratar da antropologia cultural, faz-se necessário comentar sobre Franz Uri Boas, um dos primeiros antropólogos a organizar e sistematizar o conceito moderno de cultura. De acordo com Cunha (2011), Boas enfatiza a ideia que a diferença entre os grupos humanos não está em sua raça, mas sim em sua cultura, além de evidenciar que não há diferença de “natureza” entre povos primitivos e contemporâneos, mas sim diferenças culturais adquiridas e, portanto, não inatas. Destaca-se a sua contribuição no abandono do conceito de “raça” nos estudos dos comportamentos humanos. Com a influência de Boas, o conceito de cultura, sobretudo nos Estados Unidos, passou a ser associado a um desenvolvimento particular de uma população.

3.4. ANTROPOLOGIA JURÍDICA

A antropologia jurídica, em suma, é uma ciência que investiga o direito das sociedades primitivas ou simples, demonstrando a sua utilidade ao permitir evidenciar e entender o direito que se apresenta encoberto pelos códigos. Também, pode-se dizer que possui utilidade de preparar e alertar a sociedade para a aceitação de evoluções jurídicas que se encontram em curso, caracterizada por um movimento de flexibilização de punições, como as transações ou mediações ao invés de julgamentos, visto que tais procedimentos já eram empregados em sociedades ditas primitivas (ROULAND, 2003).

Embora a antropologia jurídica possua a intenção de estudar os direitos das sociedades primitivas, Santos (1988) comenta que a partir da década de 1960, passou-se a ter maior interesse nos estudos contemporâneos de Direito, colocando em evidência um fenômeno intitulado de “pluralismo jurídico”. O pluralismo jurídico diz respeito a existência de mais de um direito ou ordem normativa em um mesmo recorte geográfico, já que as contradições se aglomeram na criação de espaços sociais segregados, ou seja, há uma administração jurídica paralela à administração estatal. Assim, também se faz necessário entender a dicotomia entre a justiça estatal e justiça comunitária (ASSIS; KUMPEL, 2017).

Quando se fala em justiça estatal, entende-se que se trata de um instituto com maior poder coercitivo, mais legalista e formalista, elitista e autoritário, tendo suas práticas embasada pela articulação de três componentes: burocracia, retórica e violência. Em paralelo a este modelo, existem os modelos alternativos que a tornam mais rápida, barata e acessiva, sendo que a justiça comunitária pressupõe a conciliação e a mediação por meio de instituições e instâncias descentralizadas e informais, substituindo ou complementando o modelo formal

(SANTOS, 1988).

4 ANTROPOLOGIA E FEMINISMO

A discussão acerca da Antropologia e sua relação com o feminismo é algo que compõe um debate inovador, visto que há poucas mulheres que discutem esse assunto e tem seus relatos escritos em livros, sob um ponto de vista feminino. Diante de um sistema de gênero movido por sua natureza patriarcal, o masculino é ovacionado, sendo colocado em uma posição de superioridade e positividade em relação ao feminino.

Sendo assim, é importante determinar primeiramente, alguns aspectos relativos ao movimento feminista e como a sociedade enxergava e ainda enxerga a figura da mulher.

Segundo Adriana Lopes de Araújo (2012), percebe-se que as mulheres sempre foram vistas como figuras marginalizadas e sem direito algum de voz, e isso se deve ao fato de serem vistas como seres frágeis e incapazes de sobreviver fora do domínio patriarcal, provocando assim uma anulação de sua identidade. A autora também comenta que a tradição histórica e social colocou a mulher como secundária na sociedade, pois ela era responsável pelos afazeres domésticos e pela educação dos filhos, sendo sempre condicionada a apropriar-se dos “papéis sociais preestabelecidos”. A sociedade movida pela cultura patriarcal não considerava oferecer oportunidades para as mulheres, pois tinha receio do que isso poderia causar, visto que se defendia que todos os âmbitos sociais deveriam ser dominados pelo homem.

O papel das mulheres é determinado pelas estruturas estabelecidas na sociedade, em especial a econômica, que denota interesse em manter a mulher em casa, educando os filhos e cuidando dos serviços do lar, para que assim não ocorram mudanças na ordem social. Por essa razão, a escolarização das mulheres foi negada ao máximo, pois a base patriarcal reconhecia o quanto o conhecimento seria um recurso facilitador para que a figura feminina se emancipasse e atingisse sua liberdade (JACOMEL; PAGOTO, 2008).

Aos poucos esse cenário se modifica e, conforme pontuam Santos Farias e Santos (2015), no final do século XIX e início do século XX, com a introdução das mulheres no mercado de trabalho, principalmente trabalhando como professoras das escolas primárias, já que eram consideradas aptas a estabelecer o cuidado e ensino para crianças, ocorreu a construção de âmbitos voltados para a docência feminina. A partir desse momento, acontece, de forma vagarosa, uma nuance de mudanças, através da educação, entretanto,

A entrada da mulher no mercado de trabalho representava duas posições na regência da sociedade, uma em que ela era admirada e a outra, totalmente oposta, em que ela

era um perigo, pois uma mulher escolarizada iria buscar com veemência a garantia dos seus direitos e sair da submissão dos dominantes machistas, além de conquistar prestígio e assumir cargos importantes (SANTOS FARIAS; SANTOS, 2015, p. 4).

Esse receio atrapalhou por muitos anos a ascensão feminina, pois as mulheres não poderiam ter direitos iguais aos dos homens, já que havia grande preocupação de que elas dominassem os ambientes políticos, econômicos e culturais.

Com o passar dos anos, os movimentos feministas, amparados nas teorias de gênero, buscaram identificar e responder os problemas que a figura feminina sofria, criando oportunidades para que as mulheres superassem e se livrassem dos moldes impostos. Sendo assim, as mulheres passaram a repensar os seus lugares dentro do meio social e a reafirmar seus valores e ações, expondo-as ao mundo para subverter a ótica prevalecente. Assim, ao enfrentarem as mordidas que as calaram durante séculos, as mulheres conquistaram espaços em diversos setores da sociedade, tornando-se, finalmente, donas de si e das suas histórias, muito embora não tenha sido o fim do pensamento conservador e patriarcal, que ainda está em regência em muitas comunidades ao redor do mundo.

Ao longo da história, é possível afirmar que as mulheres pouco a pouco saíram do lugar de inferioridade, na qual estavam subjugadas e aos costumes patriarcais da sua época e começaram a lutar por seus ideais. Críticos e teóricos que contribuíram para a história do feminismo, afirmam que esses avanços cada vez mais impulsionaram as mulheres a colocar em prática seus desejos e autonomia. A feminista Simone de Beauvoir (2016, p.13) aponta: “colocaremos a mulher num mundo de valores e atribuiremos a suas condutas uma dimensão de liberdade.”. É essa liberdade que as mulheres sempre buscaram e buscam ainda na atualidade.

Sabe-se que a mulher sempre sofreu preconceito e foi impedida de realizar alguns atos, como por exemplo, o de exercer sua cidadania e ganhar dinheiro por sua conta. É comum, ainda hoje, que a mulher seja vista como o sexo frágil, não tendo a possibilidade de atuar em tarefas sociais da mesma forma que os homens. Entretanto, muitas mulheres, percebendo que poderiam ser mais fortes e assumir novos papéis na sociedade, procuraram modificar esse quadro, lutando para propagar melhores condições para o universo feminino.

Segundo Carvalho,

Historicamente, o poder sempre foi praticado e exercido pelos homens, pois as mulheres eram consideradas subalternas, devendo obediência e respeito às pessoas do sexo masculino. Esse processo envolve relações de gênero porque as relações existentes são desiguais, ocorrendo uma forma de dominação patriarcal dos homens sobre as mulheres, em um modelo masculino de dominação, tanto na esfera privada (ambiente familiar), quanto na esfera pública (organizações que envolvem o trabalho).

(CARVALHO, 2011, p. 145)

Ou seja, as mulheres eram vistas como desiguais em relação aos homens, sendo dominadas pelos seus parceiros, não sendo vistas como pessoas e sim como uma espécie de propriedade. Apesar disso, as mulheres não tinham essa consciência de subordinação e não se sentiam em situação de dominação e, por essa razão, mantinham as coisas em ordem em casa, cozinhando, cuidando dos afazeres domésticos em geral sem ter noção de que eram tratadas como inferiores (CARVALHO, 2011). O sociólogo alemão Max Weber aborda o tema da relação entre poder e dominação em suas obras,

Na teoria weberiana sobre a organização da sociedade, é simples a diferença entre o poder e a dominação. Esses dois elementos são como dois polos de uma mesma concepção: o poder é uma espécie de emissão, enquanto a dominação é uma espécie de recepção. Enquanto o poder é o exercício da vontade sobre os indivíduos, a dominação é a aceitação e a subordinação dos indivíduos ao poder exercido por alguém. Desse modo, a legitimidade do poder é conferida pelas formas de dominação legítimas, ou seja, se os indivíduos aceitam certos tipos de poder exercidos por alguém, esses próprios indivíduos conferem a legitimidade da dominação e, conseqüentemente, do poder que alguém exerce. (PORFÍRIO, site Brasil Escola, 2020)

Outrossim, é necessário compreender que o feminismo teve suas divisões, delimitando objetivos iguais (buscando a igualdade), mas com propostas diferentes em relação às lutas,

A história do feminismo é dividida em dois períodos, a “primeira geração” que vai dos anos de 1860 até 1920, representada basicamente pela igualdade dos direitos e movimentos reformistas; e a “segunda geração”, que teve maior força no final da década de 1960. Neste período, os movimentos feministas caracterizaram-se por duas correntes: a primeira enraizada pela igualdade dos direitos, preocupada em eliminar a subordinação e discriminação contra as mulheres, tanto no âmbito privado quanto no público. A segunda caracterizou-se pela tendência à emancipação das mulheres e a sua participação política, sob uma mudança social radical (CARVALHO *apud* HERNANDEZ, 2007, p. 2).

O feminismo foi marcado por três tendências que possibilitaram o desenvolvimento do movimento feminista no Brasil. “A primeira tendência teve como foco o movimento sufragista liderado por Bertha Lutz. Denomina-se essa tendência de feminismo ‘bem comportado’ para sinalizar o caráter conservador desse movimento, o qual não questionava a opressão da mulher” (PINTO *apud* OTTO, 2004, p. 39). Nesse primeiro momento da tendência feminista, as mulheres se preocupavam com o direito ao voto, porém conservando a estrutura de controle patriarcal intacta.

A segunda tendência do feminismo é descrita como sendo, o [...] feminismo “malcomportado”, vertente que reúne uma gama heterogênea de mulheres (intelectuais, anarquistas, líderes, operárias) que além do político, defendem o direito à educação [...]

abordam temas que para a época eram delicados, como por exemplo, a sexualidade e o divórcio (PINTO *apud* OTTO, 2004, p. 239).

Continuando, a terceira tendência se denomina “o menos comportado dos feminismos”, se manifestando no movimento anarquista e no partido Comunista, com a liderança de Maria Lacerda de Moura (PINTO *apud* OTTO, 2004).

Com a abrangência que o movimento feminista alcançou, e continua alcançando, torna-se uma luta social de ampla importância, pois tem a intenção de enaltecer a figura feminina e garantir que as mulheres ocupem todos os espaços na sociedade.

Em relação à Antropologia relacionada ao feminismo, de acordo com Fernandes, “No bojo do deslocamento das Ciências Sociais e Humanas na América Latina de um campo eminentemente neutro para um campo em que convivem perspectivas neutras e engajadas, surge a Antropologia Feminista”. (FERNANDES, 2017, p. 5)

A Antropologia surgiu no campo feminista nos anos de 1970, no qual, havia uma preocupação com a “mulher” e o “gênero”, que foi nomeada de Antropologia Feminista. A autora pontua que o campo feminista em conjunto com a sua especificação, não atingiram os deslocamentos desejados na disciplina antropológica, pois o feminismo e a antropologia são duas vertentes que enxergam o mundo de forma diferenciada, que são denominados pela autora, como *vizinhos em conflito* (STRATHERN, 2009).

Na discussão acerca da Antropologia e do feminismo, existem algumas informações que geram uma dualidade de opiniões, e segundo pontua Maizza, deve-se observar que a maioria das pesquisadoras que compõem os trabalhos associados a Antropologia são feministas e se autodeclaram assim, e dessa maneira,

Dizer que o debate feminista nada trouxe à antropologia é “um escândalo não trivial”, tomando de empréstimo a expressão de Haraway (2004). E mais do que isso, é uma forma de perpetuar um tipo de pensamento masculino que multiplica os escritos sobre os ‘homens’ e seus feitos, algo cuja eficácia vem se esgotando em um mundo que tem se revelado cada vez mais “pós-gênero”. (MAIZZA, 2017, p. 130)

Ou seja, para Maizza (2017), não reconhecer a importância do feminismo e das escritoras antropólogas é ajudar a corroborar com um pensamento machista, que não valoriza os escritos das mulheres, uma vez que, grande parte das pesquisadoras com trabalhos relevantes e de ampla repercussão na disciplina, vêm modificando a maneira de se pensar e fazer antropologia.

Levando-se em consideração esses aspectos, pode-se afirmar que, hoje não seria ousadia sugerir a criação de um novo termo de maneira a incluir as mulheres no campo da antropologia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ciência da Antropologia, estuda os seres humanos em sua totalidade, buscando saber a sua origem, como se deu a formação da cultura destes seres humanos e como eles vivem em uma determinada sociedade. Sob esse aspecto, salienta-se que é importante determinar a Antropologia através do ponto de vista feminino, já que as mulheres sempre buscaram meios para garantir a igualdade dos gêneros, para conquistar os direitos iguais, demonstrando ter força e capacidade para atuar em todos os âmbitos.

Sendo assim, percebe-se que por meio das lutas feministas, as mulheres foram conquistando o seu espaço e demonstrando o quanto a união para garantir a igualdade, colabora para a valorização das mulheres diante da sociedade em geral, beneficiando-as com objetivos alcançados e proporcionando mudanças em todos as áreas.

No primeiro tópico abordou-se sobre a Antropologia, descrevendo o conceito, a sua origem, sua etimologia, salientando também que este campo do saber não é um objeto concreto ou plenamente claro, visto que não é possível conceituar completamente o homem em todos os seus aspectos, mas a real questão repousa no debate sobre as diferenças humanas.

O segundo tópico traz informações acerca das várias vertentes que compõem a Antropologia, com destaque para áreas: biológica, filosófica, jurídica e cultural. Observou-se que independente da área, os conceitos e objetos de estudo foram evoluindo no decorrer do tempo, sobretudo no que concerne ao abandono do viés racial das disciplinas das ciências humanas.

O terceiro tópico salientou sobre o feminismo e a Antropologia Feminista, o qual descreve a mulher na sociedade, demonstrando as lutas feministas e como a sociedade visualizava e ainda visualiza a figura feminina. Em relação a Antropologia feminista, apresentou-se brevemente sobre a necessidade de um aprofundamento dos estudos, que auxiliem no desenvolvimento de um termo que possa incluir factualmente as mulheres no campo de estudos sociais, valorizando os seus registros.

Em conclusão, nota-se que o estudo atingiu o objetivo de discutir acerca da Antropologia e a sua relação com as mulheres, corroborando para atingir em maiores proporções o desenvolvimento de um estudo aprofundado sobre a importância da ressignificação da figura feminina na ciência antropológica.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Adriana Lopes de. **A representação da mulher no romance contemporâneo de**

autoria feminina paranaense. 2012, 153 f. Dissertação, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2012.

ASSIS, Olney Queiroz; KUMPEL, VITOR FREDERICO. **Manual de antropologia jurídica.** Saraiva Educação SA, 2017.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: fatos e mitos.** Tradução Sérgio Milliet. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

CARVALHO, Débora Jucely. A conquista da cidadania feminina. **Revista multidisciplinar da UNIESP Saber Acadêmico**, n. 11, p. 143-153, 2011.

CUNHA, Jorge Luiz da. **Antropologia cultural.** E-book, Universidade Federal de Santa Maria, 2011.

FELDENS, Dinamara Garcia; FUSARO, Luana Garcia Feldens; CARVALHO, Lucas de Oliveira. Antropologia, cultura e indivíduo: reflexões sobre identidade. **Poiésis-Revista do Programa de Pós-Graduação em Educação**, v. 12, n. 21, p. 282-292, 2018. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/Poiesis/article/view/5256>. Acesso em: 08 set. 2020.

FELDENS, Dinamara Garcia; FUSARO, Luana Garcia Feldens; CARVALHO, Lucas de Oliveira. Antropologia, cultura e indivíduo: reflexões sobre identidade. **Poiésis-Revista do Programa de Pós-Graduação em Educação**, v. 12, n. 21, p. 282-292, 2018. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/Poiesis/article/view/5256>. Acesso em: 08 set. 2020.

FERNANDES, Felipe Bruno Martins. Genealogia da antropologia feminista no brasil: um olhar sobre a emergência do ensino de gênero nas ciências humanas na Bahia. **Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress.** 2017. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499479254_ARQUIVO_texto_felipefazendogenero.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

GASPAR NETO, Verlan Valle. Antropologia biológica no brasil: esboço para um retrato. **Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology**, v. 14, n. 3, 2017.

JACOMEL, Mirele Carolina Werneque; PAGOTO, Cristian. Cultura patriarcal e representação da mulher na literatura. **Ideação**, v. 11, n. 1, p. 09-23, 2008.

JOLIF, Jean Yves. **Compreender o homem: introdução a uma antropologia filosófica.** Editôra Herder, 1970.

KANT, I. **Antropologia de um ponto de vista pragmático.** Trad. de Clélia Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.

LAPLANTINE, François. **Aprender Antropologia.** São Paulo: Brasiliense, 2003. P. 95-98.

MAIZZA, Fabiana. De mulheres e outras ficções: contrapontos em antropologia e feminismo. **Ilha Revista de Antropologia**, v. 19, n. 1, p. 103-135, 2017.

MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele? Elementos de antropologia filosófica**. São Paulo: Paulinas, 1986.

OTTO, Clarícia. O feminismo no Brasil: suas múltiplas faces. **Revista Estudos Feministas**, v. 12, n. 2, p. 238-241, 2004.

PORFÍRIO, Francisco. "Dominação para Max Weber". **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/dominacao-para-max-weber.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2020.

QUEIROZ, Pedro Fernandes de; SOBREIRA, Antonio Gonçalves. **Antropologia Geral**. 1ª ed., Inta, p. 1-88, 2016. Disponível em: <https://md.uninta.edu.br/geral/antropologia-geral/pdf/antropologia-geral.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.

QUEIROZ, Pedro Fernandes de; SOBREIRA, Antonio Gonçalves. **Antropologia Geral**. 1ª ed., Inta, p. 1-88, 2016. Disponível em: <https://md.uninta.edu.br/geral/antropologia-geral/pdf/antropologia-geral.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.

QUEIROZ, Sinara Leite. Distinções entre antropologia e filosofia. **Revista Pandora Brasil**, p. 87-98., 2011. Disponível em: http://revistapan5.dominiotemporario.com/revista_pandora/filosofia_34/sinara.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

RECHENBERG, Fernanda. **Antropologia 1**. Apostila do curso de Ciências Sociais – Universidade Federal de Alagoas, 2013.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTOS FARIAS, Mércia Cristina dos; SANTOS, Núbia Maria Soares dos. **A trajetória da figura feminina na literatura pelos olhares de Graciliano Ramos e Raquel de Queiroz**. II Conedu – Congresso Nacional de Educação, 2015. Disponível em: http://www.editorarealize.com.br/revistas/conedu/trabalhos/TRABALHO_EV045_MD1_SA2_ID2140_12082015204345.pdf. Acesso em 08 set. 2020.

SANTOS, Boaventura de S. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. In: Direito e sociedade. Coimbra, n 4, 1988.

SANTOS, Ricardo Ventura. Intelectualmente “impuros e maculados”: reflexões sobre a formação em antropologia biológica no diálogo com outros campos da antropologia. **Amazônica-Revista de Antropologia**, v. 3, n. 1, 2011.

STRATHERN, Marylin. Uma relação incômoda: o caso do feminismo e da antropologia. **Mediações**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 83-104, jul/dez. 2009.

**UMA ANÁLISE DO DEPOIMENTO ESPECIAL E DA ESCUTA ESPECIALIZADA
COMO MECANISMOS DE PRESERVAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL**

*Ana Carla Seibel Maciel¹
Ângela Simone Pires Keitel²
Vanessa Steigleder Neubauer³*

Recebido em 01/07/2021

Aceito em 23/08/2021

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar as implicações da Lei 13.431 de 2017 que estabelece algumas garantias de direitos da criança e do adolescente, vítima ou testemunha de violência e altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. O problema de pesquisa exposto consiste em analisar a técnica do depoimento pessoal, método alternativo de inquirição de vítimas de abuso sexual, cumprindo a função para a qual foi criado, ou seja, evitar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar. Para atingir os propósitos do estudo, inicialmente, na primeira seção, foi feita uma abordagem geral dos direitos das crianças e dos adolescentes e as principais legislações para sua proteção. Em seguida, na segunda seção trata de uma abordagem sobre os tipos de violência e na última seção faz uma pesquisa acerca do estudo específico da escuta especializada e do depoimento especial, trazendo as principais mudanças da legislação nesse sentido e analisando os possíveis benefícios desses instrumentos para as vítimas de abuso sexual. Como resultado deste trabalho foi possível verificar que a criação dos novos mecanismos de oitiva tem por objetivo central proteger os infantojuvenil se evitar uma possível revitimização através da aplicação da escuta especializada e do depoimento especial.

PALAVRAS CHAVE: Abuso Sexual. Depoimento Especial. Infantojuvenil. Revitimização. Violência.

**AN ANALYSIS OF THE SPECIAL TESTIMONIAL AND SPECIALIZED
LISTENING AS MECHANISMS FOR THE PRESERVATION OF CHILDREN AND
ADOLESCENTS VICTIMS OF SEXUAL VIOLENCE**

ABSTRACT

This study aimed to analyze the implications of Law 13.431 of 2017, which establishes certain guarantees of the rights of children and adolescents, victims or witnesses of violence and amends the Statute of Children and Adolescents, Law 8.069, of July 13.1990. The research problem exposed consists in analyzing the technique of personal testimony, an alternative method of interrogating victims of sexual abuse, fulfilling the function for which it was created, that is, avoiding the re-victimization of children and

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – Unicruz, Cruz Alta, RS. E-mail: anacarlaseibelmaciell84@gmail.com.

² Orientadora da pesquisa. Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta – Unicruz, Cruz Alta, RS. Mestre em Direito pela URI, Santo Ângelo. Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta. E-mail: angelakeitel@unicruz.edu.br.

³ Doutora em Filosofia pela UNISINOS, Docente da Universidade de Cruz Alta. E-mail: vneubauer@unicruz.edu.br

adolescents victims of intrafamily sexual abuse. To achieve the purposes of the study, initially, in the first section, a general approach was made on the rights of children and adolescents and the main legislation for their protection. Then, in the second section it deals with an approach on the types of violence and in the last section it does a research about the specific study of specialized listening and the special testimony, bringing the main changes of the legislation in this sense and analyzing the possible benefits of these instruments for victims of sexual abuse. As a result of this work, it was possible to verify that the creation of the new hearing mechanisms has the central objective of protecting children and youths and avoiding a possible revictimization through the application of specialized listening and special testimony.

Keywords: Sexual abuse. Special testimony. Children and Youth. Revictimization. Violence.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A violência contra a criança se mostra como um fenômeno jurídico, social e cultural de extrema importância, sobe as violações de seus direitos enfrentados. Neste sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) se apresenta como um significativo instrumento para que a sociedade e o estado possam, reconhecendo o protagonismo desses sujeitos, buscar superar as formas de violência que prejudicam o seu crescimento e desenvolvimento físico, moral e psíquico.

Neste mesmo cenário, a violência sexual é um problema grave e muito presente na sociedade ainda mais quando se trata de crianças e adolescentes. Contudo, cabe destacar que a violência sexual é gênero tendo como espécies o abuso e a exploração sexual. Neste sentido, cabe destacar que o presente trabalho irá abordar apenas os casos de abuso sexual, com ênfase no abuso sexual intrafamiliar.

Inicialmente, destaca-se que a promulgação da Lei nº 13.431, em 04 de abril de 2017, constitui-se um dos mais recentes mecanismos destinados a coibir a violência contra crianças e adolescentes cujas modificações surgiram com a finalidade de melhorar a legislação nesta área, instituindo, basicamente, duas formas igualmente válidas para coletar prova junto a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência no âmbito do inquérito policial ou processo judicial, quais sejam, a escuta especializada e o depoimento especial, a serem realizados por profissionais qualificados, em local adequado, respeitando o tempo, desejos e opiniões da criança e/ou adolescente.

Além da alteração nos procedimentos, a norma também trouxe um novo olhar para o atendimento, como crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência são vistas, entendidas e atendidas por parte do Poder Público, ou seja, busca um olhar mais humanizado.

Dessa forma a presente pesquisa delimita-se na abordagem do depoimento especial e escuta especializada, como método que visa atender as peculiaridades atinentes a crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual.

Busca-se, portanto, com este trabalho, realizar um estudo sobre a Lei nº 13.431/17 e, em especial os métodos alternativos de inquirição através do depoimento especial e da escuta especializada, verificando a efetividade do depoimento especial como forma de evitar a revitimização das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. Para tanto, abordar-se-á ao longo deste trabalho, as definições e eficácia dos métodos acerca da escuta especializada e do depoimento especial, observando os requisitos e preparação dos profissionais para a inquirição das vítimas.

Perante esse contexto, a pesquisa possui a seguinte problemática a técnica do depoimento especial e escuta especializada, como método alternativo de inquirição de vítimas de abuso sexual cumpre de modo eficaz a função a qual foi criado, ou seja, evitar a revitimização dos infanto-juvenis?

Nesse sentido, a resposta para a indagação desta pesquisa é de que crianças e adolescentes possuem especial proteção na legislação brasileira, sendo contempladas por uma série de direitos e garantias, das quais a família, a sociedade e o Estado tem a responsabilidade de proteção. Dessa forma, através da implementação, mediante lei, do depoimento especial, método alternativo de inquirição, crianças e ou adolescentes, vítimas de abuso sexual, passaram a contar com o referido procedimento, pressupondo assim, que estão resguardados das sucessivas inquirições sobre o mesmo fato que os vitimou, evitando sua revitimização.

Com relação à estrutura da pesquisa, inicialmente será apresentado na primeira seção uma breve evolução histórica da defesa dos direitos da criança e do adolescente, após abordar-se-á questão da violência contra as crianças, entrando nas garantias previstas pela lei do depoimento especial.

A presente pesquisa obteve seu desenvolvimento a partir do método qualitativo bibliográfico. O método de pesquisa abordado é o hipotético-dedutivo. Quanto ao método de procedimento adotado têm-se o método histórico-comparativo.

Ressalta-se, ainda que o presente trabalho se enquadra na linha de pesquisa “Constituição, Processo e Democracia”, do Grupo de Pesquisa Jurídica (GPJUR) do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta, uma vez que objetiva o estudo das violações dos direitos das crianças e adolescentes, em especial através da prática do abuso sexual, cuja violação afronta os direitos fundamentais garantidos pelo ECA, bem como constitucionalmente, além de apontar como ocorre o processo de implementação dos métodos alternativos de inquirição através da escuta especializada e do depoimento especial, visto que a concretização dessas garantias é primazia de todo Estado Democrático de Direito.

2 SINTETIZANDO A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Nem sempre as crianças e adolescentes foram considerados sujeitos de direitos, apresentando registros de uma história marcada por desconsideração, na sociedade e no próprio campo normativo, tanto que as leis protetivas, tanto no âmbito internacional quanto nacional, são bastante recentes.

No longínquo ano de 1896, ocorreu um dos primeiros grandes marcos históricos para o Direito da Criança, conhecido como “Caso Marie Anne”, e considerado como um exemplo histórico da luta dos direitos da criança e adolescente. Segundo Saraiva (2005, p. 33):

A menina de nove anos sofria intensos maus-tratos impostos pelos pais, fato que chegou ao conhecimento público de Nova Iorque daquela época. O certo é que os pais julgavam-se donos dos filhos e que poderiam educá-los como lhes aprouvesse. O castigo físico- até hoje utilizado por alguns- era visto como método educativo e sendo as crianças- como animais- propriedade de seus donos, no caso dos pais, poderiam ser educadas da forma que entendessem. O fato é que a situação degradante, de tão notória que ficou, chegou aos Tribunais. Daí é que se encontra o ponto crucial e chocante: a entidade que ingressou em juízo para pleitear os direitos de Marie Anne e elidi-la dos seus agressores foi a *Sociedade Protetora dos Animais de Nova Iorque*. A ironia do caso é que não existia uma sociedade que protegesse a criança, mas já havia uma entidade protetora de animais. Com o fito de defender os direitos da criança, a fim de demonstrar legitimidade para agir, a Sociedade alegou que se Marie Anne fosse um cavalo, um cachorro ou um gato não deveria ser submetida a tratamento tão brutal, imagine sendo uma pessoa.

A ação foi vencida pela entidade, tendo início uma nova era no direito das crianças. Após este caso, e de outros que acabaram vindo a público, em 1899 foi criado, no Estado Americano de Illinois, o primeiro Tribunal de Menores do Mundo (BARROS, 2014). Outros países seguiram o modelo americano, sendo, a Inglaterra em 1905, Alemanha em 1908, Portugal e Hungria em 1911, França em 1912, Argentina em 1921, Japão em 1922, Brasil em 1923, Espanha em 1924, México em 1927 e Chile em 1928 (SEGUNDO DANTAS, 2009).

No ano de 1919, em virtude da Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa, a necessidade de ajuda e proteção aos órfãos da guerra era iminente, sendo assim, surge na Inglaterra a Associação Internacional Salve as Crianças, por iniciativa de Eglantyne Jebb (JENSEN, 2018). Em 1920, a associação passou a ser considerada pioneira na luta dos direitos das crianças, atuando também na elaboração da Declaração de Genebra, ou Carta da Liga. No ano de 1924 a Liga das Nações adotou a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, que trazia em seu texto que todas as pessoas devem garantir as crianças meios para seu

desenvolvimento; ajuda especial em momentos de necessidade; prioridade no socorro e assistência; liberdade econômica e proteção contra exploração; e uma educação que instile consciência e dever social (UNICEF, [21--?]b). Contudo, essa declaração não atingiu o impacto necessário ao pleno reconhecimento internacional dos direitos da criança (SOUZA, 2002 *apud* ROSEMBERG; MARIANO, 2010).

No Brasil a Lei nº 4.242, de 5 de janeiro de 1921, assegurou a exclusão de qualquer processo penal de menores que não tivessem completado quatorze anos de idade (SEGUNDO DANTAS, 2009, [online]). “Passou-se a adotar, portanto, um critério objetivo de punibilidade, qual seja, a idade” (SEGUNDO DANTAS, 2009, [online]).

O Decreto nº 17.943-4/1927, chamado de Código Mello Mattos em homenagem a seu autor, o jurista José Cândido de Albuquerque Mello Mattos⁴ (PINHEIRO, 2014), foi a primeira lei do Brasil que se dedicou à proteção da infância e da adolescência, sendo esta legislação que estabeleceu que o jovem é penalmente inimputável até os 17 anos e que somente a partir dos 18 responde por seus crimes e pode ser condenado à prisão, no lugar da reclusão passam a serem aplicadas, as atualmente chamadas medidas socioeducativas (WESTIN, 2015, [online]). Ainda, conforme Westin (2015, [online]):

A nova lei, em resumo, determinava ao governo, à sociedade e à família que cuidassem bem dos menores de 18 anos. A partir de 1927, as crianças de até 11 anos não puderam mais trabalhar. A atividade dos adolescentes entre 12 e 17 anos ficou autorizada, porém com uma série de restrições.

De acordo com Marcílio (1998 *apud* VENÂNCIO, 1999, [online]), o Código de Menores “foi revolucionário por pela primeira vez obrigar o Estado a cuidar dos abandonados e reabilitar os delinquentes”, ressaltando que “como sempre acontece no Brasil, há uma distância muito grande entre a lei e a prática”.

Visando atender as necessidades emergenciais das crianças durante o período pós-guerra, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou em dezembro de 1946 o Fundo das Nações Unidas para a Infância – atual UNICEF. Buscando atender projetos de longo prazo, crianças e mulheres de países em desenvolvimento, tornando-se permanente das Nações Unidas em 1953. Esta presente no Brasil desde 1950, apoiando importantes transformações na área da infância e adolescência, movimentos buscando o acesso universal à educação, programas de enfrentamento ao trabalho infantil, e participou de mobilizações que resultaram na aprovação

⁴ Jurista que alcançou grande notoriedade no meio político e intelectual de sua época, sobre a questão da infância “abandonada” e “delinquente”, durante o período em que atuou como Juiz de Menores do Distrito Federal (1924-1933).

do art. 227 da Constituição (UNICEF, [21--?]b).

Em 1948 foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, trazendo em seu texto⁵ que a “infância têm direito a cuidados e assistência especiais”, e que “crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social” (DUDH, 1948 *apud* SOUZA, 2011). Foi acatada como um grande avanço nos Direitos Humanos, reconhecendo a dignidade da pessoa humana, o direito a vida, à liberdade, a justiça social e a paz mundial. Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada a maior prova histórica da importância de garantir Direitos Humanos, por meio de um determinado sistema de valores (BOBBIO, 2009 *apud* DELFINO, 2009, p. 10).

Segundo a UNICEF ([21--?]a, [online]):

Direitos humanos são tudo o que um ser humano deve ter ou ser capaz de fazer para sobreviver, prosperar e alcançar todo o seu potencial. Todos os direitos são igualmente importantes e estão conectados entre si. A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece os direitos humanos como um pré-requisito para a paz, a justiça e a democracia. O carácter universal dos direitos humanos significa que valem igualmente para todos, crianças e adolescentes. Eles, não obstante, tem alguns direitos humanos adicionais que responde as suas necessidades específicas em termos de proteção e de desenvolvimento. Todas as crianças e todos os adolescentes tem os mesmos direitos. Esses direitos também estão conectados, e todos são igualmente importantes – eles não podem ser tirados das crianças e adolescentes.

A Declaração dos Direitos da Criança, formada por dez princípios que asseguram em síntese, o direito da criança à proteção especial; à ser-lhe dadas as oportunidades e facilidades necessárias ao pleno desenvolvimento saudável e harmonioso; à utilizar-se dos benefícios relativos à seguridade social, incluindo-se a adequada nutrição, moradia, recreação e serviços médicos; à receber educação e a ser protegida contra todas as formas de negligência, crueldade e exploração, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1959 (UNICEF, [21--?]a). Conforme Segundo Dantas (2009, [online]):

A Declaração dos Direitos da Criança, se constitui, como afirmado, em um mecanismo fundamental para conquistas relevantes nos direitos da criança. A legislação internacional começa a se livrar das amarras da cultura tutelar (total irresponsabilidade juvenil) para dar os primeiros passos para atingir a Doutrina da Proteção Integral. Tenta-se retirar o menor da condição de objeto da norma e

⁵ Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

transformá-lo em sujeito da norma, titular de direitos e obrigações.

No ano de 1979, é promulgado no Brasil um novo Código de Menores, a Lei nº 6.697/1979, entrou em vigor nos últimos anos da ditadura militar, o texto adotou a “denominada doutrina da situação irregular, que dispunha sobre a assistência, proteção e vigilância a menores de até dezoito anos de idade, que se encontrassem em situação irregular” (ZAPATER, 2018, [online]), ou seja, a criança é objeto da norma somente quando se encontrar em estado de abandono social. Segundo Saraiva (2005, p. 53):

No período de vigência do Código de Menores, cerca de 80% dos menores que ocupavam o sistema FEBEM não cometeram infrações penais definidos em nossa legislação. Estavam lá não por serem autores de infrações, mas por serem vítimas do descaso. Existia, na verdade, uma espécie de controle da pobreza. Cerceavam a liberdade dos menores sem respeitar garantias mínimas processuais.

Logo a doutrina da Proteção Integral ganhou forças com a Constituição Federal de 1988. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico para os direitos do cidadão brasileiro. Conhecida também como “Constituição Cidadã”, trouxe aos indivíduos residentes no país, uma gama de direitos, concentrados principalmente em seu art. 5º. O caput do referido art., já revela os principais direitos assegurados ao homem, determinando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Desta forma, não há como esquecer, também das garantias das crianças e adolescente expressas na Constituição Federal, e do dever dos pais em garantir boas condições de vida e sobrevivência aos filhos. O supramencionado diploma constitucional, refere-se exclusivamente, no art. 227⁶, o dever dos pais em relação aos descendentes. Em relação a crianças e adolescentes, a Constituição Federal contempla, por meio de diretivas compatíveis com a normativa internacional, “assentando que a condição peculiar de seus integrantes redundava necessariamente na urgência de um atendimento prioritário e sob o viés determinado pela doutrina da proteção integral” (SANTOS, 2015, p. 113).

O constituinte reconheceu a vulnerabilidade da criança e do adolescente, agindo com o objetivo de lhes “garantir igualdade material e acesso pleno à cidadania, instituindo, inclusive, em seu favor uma série de direitos fundamentais especiais”, estruturados a partir de suas

⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

específicas necessidades (SANTOS, 2015, p. 114).

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em novembro de 1989, considerada o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, reconhecendo os papéis das crianças como atores sociais, econômicos, políticos, civis e culturais, garantindo e estabelecendo padrões mínimos para proteger os direitos das crianças (UNICEF, [21--?]a). Essa Convenção, é um importante documento para definir as obrigações aos Estados, especialmente em relação a legislação interna dos países signatários, além de criação de políticas públicas e de instituições capazes de garantir os direitos da criança e dos adolescentes. Outrossim, podem ser citados outros documentos internacionais, como a Convenção relativa às Piores Formas de Trabalho Infantil (1999); a Convenção Relativa à Adoção Internacional (1995) e dois Protocolos Facultativos à Convenção dos Direitos da Criança, um relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados (2000) e outro sobre Tráfico de Crianças e Prostituição Infantil (2004), todas buscando a tutela dos direitos da criança e do adolescente (JEREZ *et al.*, 2013, p. 6).

Em 13 de julho de 1990 o Brasil aprovou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tonando-se um marco legal da defesa de direitos das crianças e adolescentes, fundando-se na ideia de que estes também são sujeitos de direito, merecendo acesso a cidadania e proteção. A proteção integral da criança e do adolescente expressa nesta lei, regula o art. 227 da CF/88, fazendo da família, do Estado e de toda a sociedade, os responsáveis por garantir a proteção dos titulares da lei. Desta forma, Tavares (2002, p. 9):

Declara o primeiro art. do Estatuto quem são os sujeitos desse direito especial: a criança e o adolescente. E o objeto: a proteção integral desses titulares. Conduta devida pelo Estado, pela família, pelas entidades comunitárias, pela sociedade em geral e por cada cidadão em particular. Regulando assim o preceito do art. 227 da Constituição Federal.

Vieira, Pini e Abreu (2015) lecionam que o Estatuto da Criança e do Adolescente concretiza o paradigma da doutrina da proteção integral que expressa notável avanço democrático, ao regulamentar as conquistas relativas aos direitos das crianças e adolescentes. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, também foi um documento de grande importância, pois passou a afirmar o valor intrínseco da criança (sujeito de até dezoito anos) como ser humano. Além disso, dispôs sobre a necessidade de reconhecimento de sua condição de sujeito de direitos, valorizando a infância e a juventude, como portadoras da continuidade do seu povo, da sua família e da espécie humana. Tanto a Convenção, em âmbito internacional, quanto a

Constituição Federal de 1988 e o ECA, atribuem ao Estado e à sociedade em geral, o dever de reconhecerem sua condição peculiar de desenvolvimento, assegurando todas as condições para o seu pleno desenvolvimento. Sobre o surgimento do ECA, Gadotti (2015, p. 15):

O ECA foi fruto de intensas articulações e resultado de muita luta da sociedade civil no contexto da redemocratização e da conquista de novos direitos no Brasil. Muitas foram as discussões que precederam a criação do ECA, sobretudo a partir de 1985, com a criação do Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, e, depois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo art. 227 atribui à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade de se constituírem como um sistema responsável pela efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. Com a nova Constituição estava superada a doutrina do Código de Menores que considerava crianças e adolescentes vivendo em “situação irregular” como “objetos” de intervenção dos adultos e do Estado, já que não eram considerados “sujeitos de direitos”.

Ainda, reforçando os direitos fundamentais expressos constitucionalmente, os quais são inerentes à pessoa humana, o art. 3º do ECA⁷ também assegura à criança e ao adolescente a proteção integral.

Importante destacar que, apesar de não possuírem a maioria, ou não possuírem todas as obrigações que um adulto possui, não podem ser considerados diferentes ou menosprezados por serem crianças e adolescentes. Justamente por este motivo, devem ter proteção integral, considerando suas peculiaridades de pessoa humana, ainda em fase de desenvolvimento.

Como direitos fundamentais básicos da criança e adolescente, o art. 7º⁸ do ECA, garante o direito a vida e a saúde, reforçando ainda mais o art. 227 da Constituição Federal, garantindo sua proteção antes mesmo do nascimento, tendo em vista que o ECA também dispõe sobre as garantias da gestante e nascituro⁹.

Portanto, mais do que um dever da família e do Estado, a proteção integral da criança e do adolescente passa a ser de todo cidadão. Qualquer ação ou omissão, seja dos pais, Estado ou

⁷ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁸ Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

⁹ Art. 8º: É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§1º: A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§2º: A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§3º: Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

§4º: Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§5º: A assistência referida no § 4o deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

sociedade, que cause prejuízo à integridade dos titulares do Estatuto, estará contrariando o que garante a lei e a norma constitucional, sujeito às penas dispostas no Título VII do Estatuto.

Lembrando ainda que, independente de idade, crianças e adolescentes também possuem outros direitos, o art. 15¹⁰ do ECA assegura outras garantias, como o direito a liberdade, respeito e à dignidade, reforçando os direitos fundamentais assegurados no art. 5º da Constituição Federal, a “repetição” destas garantias só reforça a necessidade de proteção por parte das crianças para que possam alcançar o pleno desenvolvimento.

Neste sentido, com o intuito de fortalecer os direitos da criança e do adolescente, mais instrumentos foram criados, os quais serão tratados na próxima seção.

3 VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

As crianças e adolescentes somente se tornaram sujeitos de direitos a partir da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao longo dos anos, o conceito de infância variou consideravelmente, conseqüentemente, as medidas tomadas em relação a este grupo populacional também assumiram muitas facetas. Já o conceito de adolescência surgiu apenas no século XX, denominado como o “século da adolescência” (ARIÈS, 1981 *apud* CARREIRÃO, 2002).

Conforme Silva (2009, p. 27), “o tratamento que lhes era dispensado oscilava entre considerá-los como pequenos adultos que tudo podiam fazer ou, ao revés, utilizar da pouca idade para legitimar um discurso menorista, que solapava direitos e degradava a dignidade”.

Entre esses extremos, as peculiaridades dessa fase do desenvolvimento humano não eram compreendidas ou consideradas. Silva (2009, p. 28) complementa esse entendimento:

A tentativa de superação desse estado de coisas se apresenta apenas no final do último século, consolidando um esforço normativo pontuado por alguns poucos avanços e vários retrocessos em matéria legislativa. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se encerra um período histórico marcado por avanços tecnológicos de um lado, e muita belicosidade, de outro, inaugura-se a Doutrina da Proteção Integral que, na tentativa de resgatar uma dívida histórica para com as crianças e adolescentes, reconhece sua situação peculiar de sujeitos em desenvolvimento.

¹⁰ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Sendo assim, o centro da proteção passa da sociedade para a população infantojuvenil, considerada como merecedora de cuidados e atenção de todos os agentes sociais. O ECA surge como um marco da defesa dos direitos das crianças, “reconhecendo a vulnerabilidade e a necessidade de uma forma específica de proteção” (MASELLA, 2014, p. 36), oferecendo importante instrumento para que estes agentes sociais possam “buscar superar as formas de violência que prejudicam o seu crescimento e desenvolvimento e, portanto, o desenvolvimento social” (MINAYO, 2001, [online]).

As crianças e os adolescentes sofrem, cotidianamente, diversos tipos de violência perpetradas nos diferentes espaços, ou seja, desde o familiar até o institucional, e as consequências desse ato acompanham as vítimas por uma vida inteira.

De acordo com definição da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2018, [online]), a violência pode ser definida como: “[...] o uso intencional da força física ou poder contra si próprio, contra outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou tenha possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação”.

A mesma, estabelece ainda uma tipologia de três grandes grupos de quem comete o ato violento:

- a) Violência Autoprovocada/Auto Infligida: A violência autoprovocada/auto infligida compreende ideação suicida, autoagressões, tentativas de suicídio e suicídios.
 - b) Violência Interpessoal – Violência doméstica/intrafamiliar: Considera-se violência doméstica/intrafamiliar a que ocorre entre os parceiros íntimos e entre os membros da família, principalmente no ambiente da casa, mas não unicamente. É toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outra pessoa da família. Pode ser cometida dentro ou fora de casa por algum membro da família, incluindo pessoas que passam a assumir função parental, ainda que sem laços de consanguinidade, e que tenha relação de poder. A violência doméstica/intrafamiliar não se refere apenas ao espaço físico onde a violência ocorre, mas também, às relações em que se constrói e efetua. Este tipo de violência também inclui outros membros do grupo, sem função parental, que convivam no espaço doméstico. Incluem-se aí empregados(as), pessoas que convivem esporadicamente, agregados.
 - c) Violência Interpessoal - Violência extrafamiliar/comunitária: A violência extrafamiliar/comunitária é definida como aquela que ocorre no ambiente social em geral, entre conhecidos ou desconhecidos. É praticada por meio de agressão às pessoas, por atentado à sua integridade e vida e/ou a seus bens e constitui objeto de prevenção e repressão por parte das forças de segurança pública e sistema de justiça (polícias, Ministério Público e poder Judiciário). (RIO GRANDE DO SUL, 2019, [online]).
- [...]

Além da tipologia da violência, a OMS (ONU, 2018) também define distinções sobre a natureza da violência, sendo elas violência física, psicológica, tortura, violência sexual, tráfico de seres humanos, violência financeira, negligência, trabalho infantil e violência por

intervenção legal:

- a) Violência Física: [...] São atos violentos, nos quais se fez uso da força física de forma intencional, não-acidental, com o objetivo de ferir, lesar, provocar dor e sofrimento ou destruir a pessoa, deixando, ou não, marcas evidentes no seu corpo.
- b) Violência Psicológica/Moral: É toda forma de rejeição, depreciação, discriminação, desrespeito, cobrança exagerada, punições humilhantes e utilização da pessoa para atender às necessidades psíquicas de outrem. É toda ação que coloque em risco ou cause danos à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa
- c) Tortura: É o ato de constranger alguém com emprego de força ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com fins de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; provocar ação ou omissão de natureza criminosa; em razão de discriminação racial ou religiosa.
- d) Violência Sexual: É qualquer ação na qual uma pessoa, valendo-se de sua posição de poder e fazendo uso de força física, coerção, intimidação ou influência psicológica, com uso ou não de armas ou drogas, obriga outra pessoa, de qualquer sexo e idade, a ter, presenciar, ou participar de alguma maneira de interações sexuais ou a utilizar, de qualquer modo a sua sexualidade, com fins de lucro, vingança ou outra intenção.
- e) Tráfico de seres humanos: Inclui o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento de pessoas, recorrendo à ameaça, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade, ao uso da força ou outras formas de coação, ou à situação de vulnerabilidade, para exercer a prostituição, ou trabalho sem remuneração, incluindo o doméstico, escravo ou de servidão, casamento servil ou para a remoção e comercialização de seus órgãos, com emprego ou não de força física. [...]
- f) Violência Financeira/Econômica: É o ato de violência que implica dano, perda, subtração, destruição ou retenção de objetos, documentos pessoais, instrumentos de trabalho, bens e valores da pessoa atendida/vítima. Consiste na exploração imprópria ou ilegal, ou no uso não consentido de seus recursos financeiros e patrimoniais. [...] Esse tipo de violência é também conhecida como violência patrimonial.
- g) Negligência/Abandono: É a omissão pela qual se deixou de prover as necessidades e cuidados básicos para o desenvolvimento físico, emocional e social da pessoa atendida/vítima.
- h) Trabalho Infantil: É o conjunto de ações e atividades desempenhadas por crianças inibindo-as de viver plenamente sua condição de infância e adolescência. Refere-se a qualquer tipo de atividade efetuada por crianças e adolescentes de modo obrigatório, regular, rotineiro, remunerado ou não, em condições por vezes desqualificadas e que põem em risco o seu bem estar físico, psíquico, social e moral, limitando suas condições para um crescimento e desenvolvimento saudável e seguro.
- i) Violência por Intervenção legal: Trata-se da intervenção por agente legal público, isto é, representante do Estado, polícia ou de outro agente da lei no exercício da sua função. Pode ocorrer com o uso de armas de fogo, explosivos, uso de gás, objetos contundentes, empurrão, golpe, murro, podendo resultar em ferimento, agressão, constrangimento e morte. (RIO GRANDE DO SUL, 2019, [online]).

A violência sexual, sem dúvida, corresponde a uma das mais preservas praticada contra uma criança ou adolescente. Neste sentido Facuri *et al.* (2013, [online]) define a:

A violência sexual é um fenômeno universal, no qual não há restrição de sexo, idade, etnia ou classe social, que ocorreu no passado e ainda ocorre, em diferentes contextos ao longo da história da humanidade. Embora atinja homens e mulheres, estas são as principais vítimas, em qualquer período de suas vidas, no entanto, as

mulheres jovens e adolescentes apresentam risco mais elevado de sofrer esse tipo de agressão. [...] A violência sexual tem efeitos devastadores nas esferas física e mental, em curto e longo prazos.

Ainda conforme definição da OMS (2018, [online]), a violência sexual é:

Todo ato sexual, tentativa de consumir um ato sexual ou insinuações sexuais indesejadas; ou ações para comercializar ou usar de qualquer outro modo a sexualidade de uma pessoa por meio da coerção por outra pessoa, independentemente da relação desta com a vítima, em qualquer âmbito, incluindo o lar e o local de trabalho.

De acordo com o Código Penal Brasileiro, existem variados tipos de violência sexual, previstos na referida norma, sendo eles: estupro¹¹, violação sexual mediante fraude¹², importunação sexual¹³, assédio sexual¹⁴, estupro de vulnerável¹⁵, corrupção de menores¹⁶, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente¹⁷, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável¹⁸.

É importante ressaltar que existem diferenciações entre Violência, Abuso e Exploração Sexual, que se dividem ainda em espécies, segundo Silva (2018, p. 11):

Além da definição dos maus tratos, cumpre diferenciar Violência, Abuso e Exploração Sexual. O abuso e a exploração sexual são espécies de violência sexual. Esta se subdivide em quatro tipos: prostituição, tráfico, turismo sexual e pornografia. Possui, portanto, um viés de exploração comercial. Já o abuso sexual é uma violação à dignidade sexual, podendo ser intra ou extra familiar. Muitas vezes o abuso é praticado por adultos próximos à vítima, tal como vizinhos, amigos e até membros da própria família, sendo o abuso sexual intrafamiliar uma das formas mais perversas de violência, uma vez que, conforme os ensinamentos de Luciane Potter, viola os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, atingindo profundamente as vítimas e deixando muitas vezes mais do que apenas marcas físicas.

¹¹ Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso;

¹² Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima;

¹³ Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro;

¹⁴ Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função;

¹⁵ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos;

¹⁶ Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem;

¹⁷ Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem;

¹⁸ Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone.

A violência sexual consiste na forma coercitiva de praticar ou tentar atos sexuais ou atos invasivos e obscenos indesejados pela outra pessoa, além dos abusos físicos existem também os abusos psicológicos e emocionais. Quando trata-se de menor de 14 anos, segundo o Código Penal brasileiro, não há forma legal de consentimento como aludem Gomes, Donatti e Fernandes (2009, [online]).

O abuso sexual não ocorre somente por meio de contato físico¹⁹, mas também de outras formas sem que envolvam o toque, sendo eles (CHILDHOOD BRASIL, 2018):

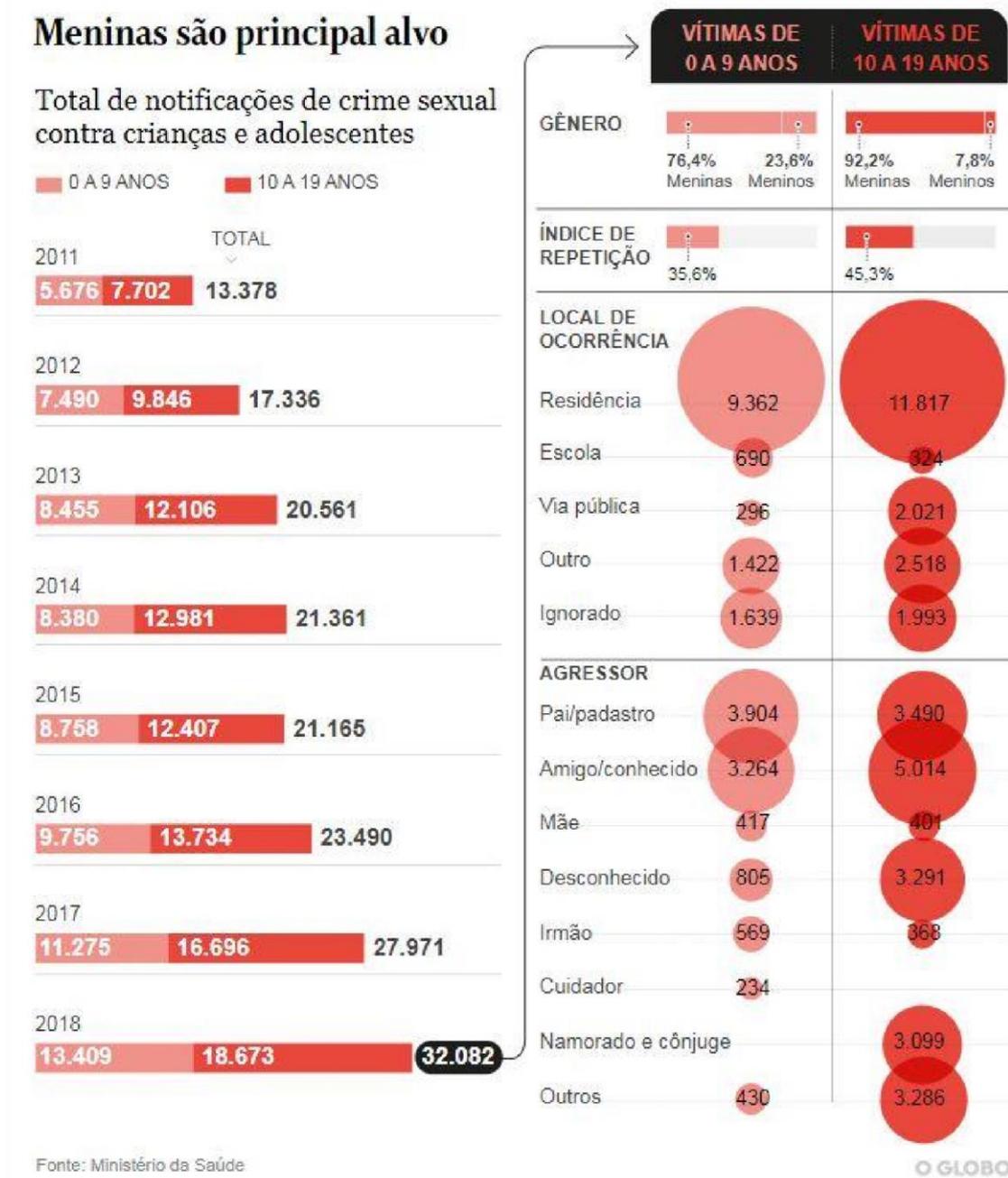
- a) O assédio sexual que pode ser expresso em forma verbal, não verbal ou física, é todo o comportamento indesejado de caráter sexual.
- b) O abuso sexual verbal que pode ser definido por conversas abertas sobre atividades sexuais – falas erotizadas - destinadas a despertar o interesse da criança ou do adolescente ou a chocá-los.
- c) O exibicionismo que consiste no ato de mostrar os órgãos genitais ou se masturbar em frente a crianças ou adolescentes ou dentro do campo de visão deles, e o voyeurismo que pode ser explicado como o ato de observar fixamente atos sexuais ou órgãos genitais de outras pessoas quando elas não desejam ser vistas, obtendo satisfação sexual com essa prática.
- d) A exibição de material pornográfico, é quando o agressor exhibe materiais pornográficos a meninas e meninos e os obriga a assistir, é uma forma de abuso sexual sem contato físico.

Segundo dados do Ministério da Saúde (COELHO, 2018), entre o período de 2011 a 2017, houve um aumento de 83% (oitenta e três por cento) nas notificações de violência contra a criança e adolescente, sendo que a maioria das ocorrências aconteceram dentro de casa e os agressores normalmente são pessoas do convívio da vítima, como os próprios familiares.

Em 2018, foram registrados ao menos 32 (trinta e dois) mil casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes, conforme levantamento abaixo (Figura 1), (COELHO, 2018):

¹⁹ São os atos físicos que incluem toques nos órgãos genitais, tentativas de relações sexuais, masturbação, sexo oral e/ou penetração.

Figura 1 – Alvos da violência sexual



Fonte: Ministério da Saúde *apud* MPRP (2020).

Já ao longo do ano de 2019, foram divulgados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) que dos 159 mil registros feitos pelo Disque Direitos Humanos ao longo de 2019, 86,8 mil são de violações de direitos de crianças ou adolescentes, um aumento de quase 14% em relação a 2018, sendo que em 73% dos casos, o abuso ocorre na casa da própria vítima ou suspeito, e cometida por pai ou padrasto em 40% das denúncias (MMFDH, 2020).

Apesar da existência da legislação e dos órgãos protetores, parte das vítimas de abusos

sexuais apresenta resistência em denunciar os agressores. Quando o diagnóstico do abuso não consegue ser feito pelos pais ou familiares através de pequenos gestos e pedidos de ajuda do menor, é provável que a confissão por parte das vítimas seja feita muito tarde, meses ou anos depois da agressão em um momento em que se sintam seguros para contar (CAMPOS, 2010).

A dificuldade de incriminar o agressor está atrelada com o tempo que a vítima leva para fazer a denúncia pois dificulta a coleta de matérias ou indícios da agressão, segundo alteração realizada no Código Penal brasileiro, através da Lei 12.650/2012 que alterou o prazo da prescrição dos crimes realizados contra menores, dessa forma, o prazo começa a contar a partir dos 18 anos completos da vítima e se estende por mais 20 anos para a realização da denúncia. Para Camões (2005, p. 2-3):

Quando eventualmente a criança decide transmitir a alguém os abusos sexuais, muitas vezes já se passaram meses ou até mesmo ano, o que comprometerá a perícia médica legal. A criança é de seguida encaminhada para um médico legista que irá fazer o exame médico-legal e envia-lo posteriormente para seguir os trâmites legais. Neste percurso muitas vezes o menor continua a conviver com o agressor, originando a perda de indícios e provas, que poderão prejudicar a incriminação do agressor. Durante o processo poderão também ocorrer informações contraditórias, ou indícios pouco significativos, que poderão afetar o normal desenrolar do processo judicial. Por todas estas razões encontramos menores que vêm por água abaixo a sua tentativa de “gritar por ajuda”, e que muitas vezes desistem de pedi-la por acharem de que nada vale gritar quando esse grito não é ouvido pelos outros. Os pediatras são obrigados por lei a denunciar aos organismos responsáveis pela proteção adequada do menor, o diagnóstico ou suspeita de possível abuso ou negligência contra a criança. Os pediatras devem informar as famílias diretamente sobre a denúncia que será feita, de maneira delicada e compreensiva.

Como visto, as crianças e os adolescentes passaram a possuir especial proteção na legislação brasileira, sendo contempladas por uma série de direitos e garantias, das quais a família, a sociedade e o Estado tem a responsabilidade de proteção. No campo de seu desenvolvimento, deverão ser protegidas de quaisquer violências, de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão e, conseqüentemente, “resguardando seus direitos à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, entre outros” (BORGES; SOUZA, 2018, p. 2-3), conforme prevê a Constituição Federal e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir das bases constitucionais (principalmente o art. 227 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988)²⁰, e com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foi estabelecido um sistema de garantias às crianças e aos adolescentes, além de ter se delineado

²⁰ Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

o conceito de proteção integral à infância (TAVARES, 2002, p. 9)²¹.

O abuso sexual é uma das formas mais graves de violência, atingindo um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, o da dignidade da pessoa humana, violando os direitos humanos das crianças e adolescentes, pois, como sujeitos de direito que são, de acordo com o ECA (1990), é garantido a eles a proteção integral e o desenvolvimento sem violência.

Neste cenário, compete à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público assegurar a efetivação desses direitos. No caso do abuso sexual, portanto, deve haver a intervenção destes atores interdisciplinares (agentes judiciais, psicólogos, assistentes sociais, etc.) para atender de forma humanizada a vítima e também punir o agressor (PELISOLI; DOBKE; DELL'AGLIO, 2014).

A violência sexual cometida contra crianças e adolescentes podem causar danos físicos e também psicológicos, afetando diretamente a saúde das vítimas. Entre as lesões físicas da violência, podem ser citados os machucados nos órgãos genitais, doenças sexualmente transmissíveis, gravidez etc. Contudo, dependendo da forma da violência ou do lapso temporal em que tenha ocorrido até o exame, em alguns casos não há prova material. Quanto aos danos psicológicos, pode ocorrer danos no desenvolvimento psicossocial, que podem repercutir ao longo de sua vida (SILVA *et al.*, 2013).

Diante da complexidade da violência e abuso sexual, surge a necessidade de que a criança e o adolescente sejam ouvidos de forma especializada, tendo em vista seu estado de sujeito em formação, o que exige métodos adequados para sua escuta.

Os casos e de processos judiciais nos quais a criança e o adolescente figuram como vítimas ou testemunhas de abuso sexual traz uma reflexão acerca do modo de intervenção sobre eles em um processo judicial, principalmente a melhor forma de proceder a escuta das vítimas sobre o abuso sofrido. Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu orientações para tomada de depoimento de crianças e adolescentes, o que motivou a promulgação de uma lei que trouxe algumas mudanças nesse procedimento (SANTOS; COIMBRA, 2017).

[...] as propostas e práticas para a tomada de depoimento de crianças e adolescentes giram em torno dos seguintes itens: que ocorra uma única vez; o mais cedo possível; em sala diferenciada e pelo intermédio de profissionais capacitados – principalmente psicólogos ou assistentes sociais – a fim de que sejam feitas perguntas de forma mais adequada ao depoente. Nesse sentido, o projeto pioneiro que reuniu os itens citados ocorreu em 2003, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Essa prática foi denominada “Depoimento sem Dano”, tendo por objetivo evitar a

²¹ A proteção integral da criança e do adolescente expressa nesta lei, regula o art. 227 da CF/88, fazendo da família, do Estado e de toda a sociedade, os responsáveis por garantir a proteção dos titulares da lei.

vitimização secundária de crianças e adolescentes envolvidos em crimes de natureza sexual (SANTOS; COIMBRA, 2017, p. 596).

No ano de 2018, passou a vigorar a Lei nº. 13.431/17, que traz uma abordagem mais específica acerca das formas de violência contra as crianças e adolescentes, além de diretrizes sobre o sistema de garantias de direitos das crianças e adolescentes. A inovação dessa lei diz respeito, principalmente, a tomada de depoimento especial e escuta especializada, para que sejam evitadas a revitimização de crianças e jovens, vítimas da violência, ou seja, para que não precisem falar daquela violência por várias vezes, para diferentes profissionais.

Assim, diante da importância de se criar instrumentos e meios para se garantir atendimento com um maior cuidado e com olhar mais humanizado nos casos envolvendo violência sofrida ou presenciada é que os mecanismos da Escuta Especializada e do Depoimento Especial se tornaram de suma importância nos dias atuais.

Dessa forma, a próxima seção será dedicada ao estudo desses mecanismos a fim de compreender o que é, como são realizados e quais os profissionais envolvidos em toda essa rede de proteção as vítimas ou testemunhas da violência sexual.

4 ESCUTA ESPECIALIZADA E DEPOIMENTO ESPECIAL: UMA ANÁLISE DOS PROCEDIMENTOS DE OITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS OU TESTEMUNHAS DE VIOLÊNCIA

A sociedade brasileira, assim como o Estado, tem um importante papel na construção de alternativas que efetivamente garantam a proteção de crianças e adolescentes. A escuta de crianças e adolescentes que sofreram algum tipo de violência e abuso não é tarefa fácil para nenhum profissional e nem para a própria criança. Tendo em vista a necessidade de atuação de diferentes áreas e a complexidade do problema, a escuta especializada e o depoimento especial são métodos importantes para reduzir a quantidade de pessoas e situações de escuta da criança e do adolescente, visando a efetividade da atenção prioritária e da proteção integral desses sujeitos (SANTOS et al., 2014).

O depoimento especial, conhecido inicialmente como depoimento sem dano (HOMEM, 2015)²², traz uma abordagem acerca da necessidade de a Justiça dialogar com outros saberes

²² A técnica do Depoimento Sem Dano nasceu em 2003, no Estado do Rio Grande do Sul, na Comarca de Porto Alegre por iniciativa do, à época, Juiz de Direito da 2ª Vara da Infância e Juventude, Doutor José Antônio Daltoé

para um melhor direcionamento da realização deste ato processual, a oitiva da criança. Com o advento da Lei nº. 13.431/17, houve a determinação de que crianças e adolescentes sejam sempre ouvidos por meio dos procedimentos de escuta especializada e depoimento especial. O Depoimento Especial (DE) é uma prática de escuta de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual que objetiva minimizar os danos causados por recorrentes testemunhos. Isso significa que, quando houver uma violência, haverá uma cadeia de procedimentos a serem realizados por inúmeros órgãos, que buscam desde a proteção da vítima (encaminhamento médico e assistencial) até a busca pela punição do autor da violência (realização de perícia). Ocorre que, muitas vezes, as vítimas acabam tendo novos sofrimentos, como por exemplo, o fato de relatarem o evento traumático individualmente para cada um desses profissionais, lembrando a violência inúmeras vezes (PINI, 2018).

A sociedade brasileira, assim como o Estado, tem um importante papel na construção de alternativas que efetivamente garantam a proteção de crianças e adolescentes. A escuta de crianças e adolescentes que sofreram algum tipo de violência e abuso não é tarefa fácil para nenhum profissional e nem para a própria criança. Tendo em vista a necessidade de atuação de diferentes áreas e a complexidade do problema, a escuta especializada e o depoimento pessoal são métodos importantes para reduzir a quantidade de pessoas e situações de escuta da criança e do adolescente, visando a efetividade da atenção prioritária e da proteção integral desses sujeitos (SANTOS *et al.*, 2014).

Cezar. A ideia do método teve origem em razão das inúmeras e variáveis dificuldades com que se deparava por ocasião das inquirições de crianças e adolescentes, sendo motivado a buscar alternativas distintas para o deslinde da colheita dos depoimentos. *A priori*, a técnica do Depoimento Sem Dano se referia apenas a uma experiência individual do magistrado, ainda sem amparo pelos tribunais. A primeira audiência por realizada pelo magistrado gerou um custo inicial de aproximadamente quatro mil reais, cujo valor foi suportado em iguais partes entre os envolvidos no processo, sendo eles autor, Promotor de Justiça, e ainda, recursos oriundos da Vara da Direção do Fórum. Com o investimento realizado, a Comarca passou a contar com um ambiente adequado para a realização da audiência do Depoimento Sem Dano, ambiente este devidamente equipado com câmera de segurança, computador, microfones, placa de captura de imagem e som, bem como suas respectivas instalações. Desta forma, apenas a Comarca de Porto Alegre no Rio Grande do Sul era detentora do ambiente propício para a realização de tal audiência, sendo que em vista do sucesso dos atos realizados pelo juízo da Vara da Infância e Juventude, houve a disponibilização do ambiente nos períodos matutinos para que os demais Magistrados da Comarca de Porto Alegre, bem assim, a Comarcas do interior para que fizessem uso para a realização da audiência. Diante de todas as benesses, originadas por meio da utilização da técnica do Depoimento Sem Dano na desenvoltura dos depoimentos dos infantes e para a instrução processual, a técnica foi recepcionada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, no ano de 2004, aderiu caráter institucional, ocasião em que o citado Tribunal disponibilizou verbas para aquisição de equipamentos adequados, proporcionando assim uma melhoria na estrutura para utilização da técnica. Com o êxito das audiências realizadas no Estado do Rio Grande Sul, a utilização do método foi se expandindo para os outros Tribunais, como por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, até que no ano de 2010 o Conselho Nacional de Justiça encampou a utilização do método o dando uma nova nomenclatura, passando a chamá-lo de "Depoimento Especial", onde por meio da Resolução 33/2010 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010) recomendou aos Tribunais a criação de ambientes especiais para atendimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência – um local reservado – e com o apoio de profissionais especializados que transmitem segurança para os depoimentos.

Contudo, além da sociedade e do Estado a família tem papel fundamental na proteção da criança e do adolescente. Assim o abuso sexual intrafamiliar é incestuoso e apontam como relações incestuosas mesmo aquelas nas quais o adulto assume uma função de proteção, ainda que o vínculo não seja de consanguinidade (HABIGZANG *et al.*, 2005).

Conforme relatado na seção anterior pela Ouvidoria Nacional do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), revelam que quase 90% dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes são registrados no ambiente familiar, sendo que 70% das vítimas são mulheres (CAMPOREZ, 2019).

Quando a notícia do abuso chega a conhecimento de uma pessoa ela deve ser imediatamente levada a conhecimento da rede de proteção e o primeiro caminho muitas vezes será o conselho tutelar que levará a conhecimento da autoridade policial para apuração do suposto crime. Nesse momento que os dois mecanismos previsto na Lei nº 13.431/17 serão postos em prática, qual seja a escuta especializada e o depoimento especial.

Conforme disposto no art. 7º²³ a escuta especializada trata-se de um sistema de entrevista, sobre as circunstâncias da violência sofrida pela criança ou adolescente, junto ao órgão da rede de proteção, ficando o relato da criança, limitado ao necessário para cumprir sua finalidade. Segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) (2018, [online]), a escuta especializada visa proteger a criança e o adolescente e “não colheita de provas para eventual procedimento criminal, razão pela qual as perguntas devem se limitar ao necessário para garantir proteção e cuidados a infante”.

Os artigos 8º e 9º²⁴ da Lei nº 13.431/17, definem que o depoimento especial é um procedimento de oitiva da criança, que tenha sido vítima ou testemunha de violência, devendo ocorrer perante autoridade policial ou judiciária, devendo a criança ou adolescente ser privado de qualquer contato com o provável autor do fato ou terceiro que represente risco a vítima e/ou testemunha, este possui a finalidade de produzir provas para o processo (IBDFAM, 2018).

Assim, a escuta especializada e o depoimento especial, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.431/17, tornaram-se as duas formas juridicamente admissíveis para que crianças ou adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sejam ouvidas.

²³ Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

²⁴ Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

Art. 9º A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento.

Todavia, cabe destacar que as referidas técnicas sofreram e sofrem críticas tanto por parte de alguns profissionais de determinadas categorias quanto da própria doutrina, Nessa linha Digiácomo e Digiácomo (2018, p. 35) destacam:

Mesmo antes da entrada em vigor da Lei, as disposições respectivas já foram objeto de controvérsia, seja em razão da resistência de algumas categorias profissionais em realizar a escuta, sobretudo das vítimas de violência, sob o argumento de que a diligência em si, ainda que tomadas todas as cautelas previstas, lhes causaria sofrimento, seja em razão de uma interpretação ainda mais restritiva acerca das possibilidades de coleta de prova junto a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas (que, se levada às últimas consequências, resultaria num retrocesso evidentemente indesejado pela norma).

O depoimento especial também foi aplicado na antecipação de prova, que visou a coleta do depoimento pela vítima de violência sexual, preservando a integridade da prova e a memória da parte ofendida. A respeito da aplicação da referida Lei o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), em sede de apelação criminal, na Sexta Câmara Criminal se manifestou da seguinte forma:

APELAÇÃO CRIMINAL. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. RECURSO MINISTERIAL QUE VISA À COLETA CAUTELAR ANTECIPADA DO DEPOIMENTO DE CRIANÇA TIDA COMO VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL, POR INTERMÉDIO DO "PROJETO DEPOIMENTO SEM DANO". APLICAÇÃO DA LEI 13.431/2017. A Lei nº 13.431/2017 – também denominada de “Lei da Escuta Protegida”, legislação editada para o fim de normatizar e organizar o “sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência”, bem como para criar “mecanismos para prevenir e coibir a violência” e estabelecer “medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência” (art. 1º) – dispõe, em seu art. 11, que o depoimento especial, “procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”, seguirá o rito cautelar de antecipação de prova (§ 1º) quando “a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos” (inciso I) e “em caso de violência sexual” (inciso II). Ou seja, no caso de notícia da prática de violência sexual contra criança ou adolescente, a oitiva da vítima deve ser realizada por meio de depoimento especial, procedimento que deve ser realizado uma única vez (art. 11, § 2º), para, além de preservar a integridade da prova e a memória da parte ofendida, cujo decurso do tempo, não raras vezes, a faz desaparecer ou alterar, preservar a dignidade e intimidade da vítima, bem assim evitar maiores traumas e o fenômeno do processo de revitimização, que geralmente ocorre com as reiteradas declarações dos ofendidos em outras fases processuais, resguardando-se, assim, as garantias, os direitos e os interesses das crianças e dos adolescentes previstos no art. 227 da Constituição Federal e na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Os elementos constantes nos autos demonstram que a espécie se amolda à hipótese prevista na Lei de Escuta Protegida, porquanto há notícia de que vítima, que é adolescente e ainda não foi ouvida em sede inquisitorial, supostamente foi abusada sexualmente por seu tio quando tinha 13 (treze) anos de idade. APELO PROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 70082593799, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresina TremeiaKubiak, Julgado em: 24-09-2019).

A técnica do depoimento especial também foi aplicada na ação de alteração de guarda sendo manifestada pelo órgão julgador, Oitava Câmara Cível, do TJRS, como sendo a mais adequada, tendo em vista que atende as particularidades da situação em análise, como se verifica a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. PLEITO DE OITIVA DA INFANTE ATRAVÉS DA TÉCNICA DO DEPOIMENTO, ESPECIAL. CABIMENTO. DECISÃO REFORMADA.

A Lei n. 13.341/2017 estabeleceu sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e, aqui, está englobada a violência psicológica, alegada pelo agravante. Reza em seu art. 5º, inciso VI, que, dentre outros direitos e garantias fundamentais, a criança e o adolescente deve “*ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, assim como permanecer em silêncio*”. A escuta da criança em processos que lhe dizem respeito, mais do que um direito que o ordenamento jurídico lhe assegura, trata de uma atitude que procura valorizá-la como pessoa, evidenciando a importância que lhe está sendo dirigida, além de ser uma possibilidade de reconstrução de sua autoestima e expressão de sua emoção. Não basta, aliás, escutar a criança ou adolescente, devendo sua fala ser seriamente valorizada para fins de decisões judiciais, especialmente quando já possui condições de externar suas compreensões e desejos de maneira coerente e satisfatória, hipótese dos autos. **Técnica do Depoimento Especial que se mostra adequada às particularidades da situação telada, justamente por respeitar a condição de pessoa em desenvolvimento e humanizar oitiva, através da qualificação dos profissionais que o realizam.** Recurso provido. (Agravo de Instrumento. Nº 70081065864, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoé Cezar, Julgado em: 12-06-2019). (Grifo nosso).

Assim, nas decisões colacionadas acima, principalmente na manifestação da Sexta Câmara Criminal, constata-se que o entendimento foi no sentido de resguardar a vítima, a fim de evitar a revitimização, haja vista que a notícia foi de que a adolescente supostamente foi vítima de violência sexual por parte do tio. Entretanto, a respeito do uso da técnica Lopes Junior e Rosa (2015, [online]) explanam que:

Acredita-se que a criança-adolescente vítima da agressão poderia expressar-se por palavras o que se passou em ambiente de perguntas e respostas, ainda que produzido em local diverso (sala do Depoimento Especial) e por profissionais, desconsiderando-se a especificidade de sua condição. A superação da oitiva pode se dar, como amplamente demonstrado pelos escritos de psicologia e serviço social por perícias e laudos que podem, mediante profissionais mais qualificados, obter informações de melhor qualidade (v.g. entrevista cognitiva). Os laudos são produzidos com respeito à vítima, no seu tempo, conforme as possibilidades e jamais em depoimentos gravados expressamente com essa finalidade. Ouvir vítimas não se confunde com inquirir. Duvidamos que se as ouça, porque, no fundo, servem apenas de meio de prova.

Perius e Barbosa (2019, p. 184-185) dispõem sobre a contaminação da prova testemunhal, com as chamadas falsas memórias:

Os delitos cometidos em face de vítimas menores, principalmente no que tange aos delitos contra a dignidade sexual, elevam a prova testemunhal infantil à um patamar de credibilidade especial, em que suas declarações se revestem de caráter quase absoluto. Sendo assim, diante da utilização da prova testemunhal como alicerce probatório nesta espécie de infração, principalmente no que tange aos delitos cometidos em face de vítimas menores, faz-se oportuna a análise do principal elemento utilizado na reconstrução dos acontecimentos que serão narrados, a saber, a memória. Esta se configura como o principal ponto de controvérsia em matéria em credibilidade, haja vista a possibilidade de contaminação desse poderoso atributo humano. [...] a memória se manifesta de diversas formas e atua de maneiras distintas. Tendo em vista a existência constante de estímulos do cotidiano de toda a população, o armazenamento de dados na memória se torna algo constante, sendo as falsas memórias, portanto, fenômeno comum, apresentando-se nas mais diversas formas e podendo acarretar desvios de relatos em juízo. Tais desvios dependem de vários fatores de contaminação e, tendo em vista a maleabilidade da mente de crianças, estas mais facilmente conseguem criar falsas memórias. Uma falsa memória cotidiana pode passar despercebida, sem qualquer influência negativa na realidade pessoal ou de terceiros. Entretanto, quando a falsa memória enseja condenações, ela acarreta injustiças, devendo ao máximo ser evitada. É interessante, neste ponto, evocar o caso da escola Base, principal exemplo brasileiro de como as falsas memórias prejudicam a vida, não só de quem imagina sofrer violência, como também do terceiro acusado.

A forma como a criança é inquirida, aliada a pressão exercida pelos pais faz com que elas acabem por criar mais informações falsas. Sobre isto, Lopes Júnior (2016, p. 398) explica que:

Impressiona a forma como foram conduzidos os depoimentos e a verdadeira indução ali operada. As perguntas eram fechadas e induziam as respostas, quase sempre dadas pela criança (recordemos, com 4 anos de idade) através de monossílabos (sim e não) ou, ainda, respostas que consistiam na mera repetição da própria pergunta. Naquele contexto, onde a indução era constante, e a pressão imensa, é elementar que as duas crianças sob holofote fantasiavam e também buscavam corresponder às expectativas criadas pelos adultos e pelo contexto. O caldo midiático criado e a desastrosa condução da investigação policial foram fundamentais para a inflação da imaginação das crianças e até das duas mães (sendo que uma delas era a principal fonte de tudo). A forma como foi conduzida a investigação policial (especialmente na oitiva das crianças envolvidas) serviu como um conjunto de exercícios imagéticos para alimentar as supostas vítimas. As consequências foram trágicas.

Sendo assim, tem-se demonstrado a constituição de falsas memórias, e a facilidade com que estas surgem, devendo este fator ser considerado nos depoimentos de vítimas e testemunhas de crimes, em especial nos casos que envolvem menores de idade, evitando-se assim injustiças na condenação.

Conforme o art. 8º da Lei nº 13.431/17, o “Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial

ou judiciária”. Por outro lado, a escuta especializada, conforme o art. 7º da mesma lei, consiste no “[...] procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade”. Ou seja, a principal diferença é o órgão que irá recolher o depoimento e todos devem respeitar o melhor interesse da criança. Para Silva (2018, p. 42-43):

A escuta especializada é feita por órgão da rede de proteção, que pode ser da educação, da saúde, da assistência social, da segurança pública e dos direitos humanos, tendo como finalidade acompanhar a vítima em suas demandas. Já o depoimento especial é realizado pelos órgãos investigativos de segurança pública e pelo sistema de Justiça, visando à apuração da autoria de supostos fatos criminosos no âmbito de um processo investigatório e, conseqüentemente, da responsabilização judicial do(s) acusado(s).

A Lei nº 13.431/17 determina que no procedimento da escuta especializada e depoimento pessoal, a vítima da violência esteja em um local adequado e acolhedor, garantindo sua privacidade e a preservando de qualquer tipo de contato com o autor do fato ou outra pessoa que possa representar alguma ameaça. No depoimento especial, a vítima deve ser tratada por profissionais capacitados, que respeitem suas particularidades de sujeito em formação (SILVA, 2018). Na mesma linha, o autor complementa:

Diante de todas as considerações acima expostas, há de se mencionar, por fim, que a presente lei é um marco decisivo para o depoimento especial enquanto método de inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, ao prever não só os procedimentos a serem adotados para a oitiva e para a tomada do depoimento, mas também ao alinhar políticas públicas que englobam vários agentes e órgãos para prevenir a ocorrência de abusos e minimizar suas conseqüências (SILVA, 2018, p. 43-44).

Caso esses procedimentos não sejam devidamente observados, a criança e o adolescente podem ser, novamente, vitimizados, em decorrência dos órgãos de atendimento e de justiça. Essa violência, originária dos procedimentos dos órgãos de atendimento, é chamada de violência institucional, um tipo de violência psicológica, que pode prejudicar o desenvolvimento psíquico e emocional. A violência institucional é aquela praticada pelos agentes estatais, por ação ou omissão, nas instituições públicas ou privadas prestadoras de serviços, que contrariem um atendimento humanizado, preventivo e reparador de danos.

Com a lei, os órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública e justiça “deverão adotar os procedimentos necessários para que o relato seja confirmado por meio da escuta especializada e/ou depoimento especial” (PINI, 2018, p. 2), exigindo capacitação

profissional necessária dos envolvidos. A intenção é evitar que crianças e adolescentes sejam submetidos a reiteradas entrevistas, buscando a proteção dessas crianças (PINI, 2018).

Dessa forma, a escuta especializada e depoimento especial devem limitar-se ao estritamente necessário para o cumprimento de sua finalidade, cabendo aos órgãos e profissionais a reflexão sobre sua finalidade institucional e sobre quais são as informações necessárias para atingir essas finalidades. Conforme Silva (2018, p. 60):

[...] o método de inquirição de crianças e adolescentes denominado depoimento especial cumpre satisfatoriamente a função para a qual foi criado. Pode ser utilizado como único meio de prova em casos em que não seja possível a constatação (ou não) do suposto abuso de outras maneiras sem ferir diretamente princípios constitucionais e processuais. Porém, mostra-se fundamental ressaltar que o processo penal é dinâmico e que cada caso deve ser tratado de acordo com suas especificidades e peculiaridades. Nesse sentido, deve-se sempre buscar novas alternativas para que a técnica se modernize e se aperfeiçoe [...].

Diante disso, observa-se que esses procedimentos visam proporcionar à vítima ambientes especiais, com atendimento integrado e interdisciplinar, preocupados com o bemestar da criança e do adolescente, buscando evitar a revitimização da criança e adolescente, sendo um dos pontos centrais do método a inquirição única, justamente para evitar a exposição da vítima a novos traumas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou verificar como a defesa dos direitos das crianças e adolescentes tem avançado nos últimos anos, sendo seu principal foco na análise da Lei nº 13.431/2017, e de que forma a referida lei vem contribuindo para assegurar e promover o direito das crianças de serem ouvidos em processo judicial.

Contudo, o avanço da defesa dos direitos da criança e do adolescente é um processo longo, que ocorreu gradativamente, a pressão da sociedade civil e dos movimentos sociais ao longo dos anos, mudou a forma como estes passaram a serem vistos e tratados.

Fruto destes movimentos sociais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, mudou a forma como jovens até 18 anos eram vistos e tratados pelo Estado. O ordenamento jurídico brasileiro passou a dispor de normas de proteção integral à toda e qualquer criança e adolescente, avançando na construção de políticas públicas e da defesa de direitos dessa população, para que tenham desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade, com a finalidade de melhorar a

legislação nesta área, pois anteriormente ao atual regramento os direitos das crianças e adolescentes baseavam-se na Lei nº 6.697/1979, o chamado Código de Menores que foi revogado em sua totalidade.

A Constituição Federal de 1988 também concedeu atenção especial a criança e ao adolescente trazendo ao longo do seu texto menções e garantias aos infantes. Em seu art. 227 determinou como dever da família, do Estado e da sociedade a garantia de direitos sociais mínimos à criança e ao adolescente.

Na contramão desse cenário, tem-se a violência contra a criança e adolescentes que se mostra como um fenômeno social e cultural de extrema importância, para ajudar as crianças a irem em busca de seus direitos. Assim, a busca pela defesa dos direitos da criança e do adolescente, com a principal finalidade de coibir a violência sofrida por estes, ganhou em 2017 uma nova legislação, a Lei nº 13.431/2017, constitui-se em um dos mais recentes mecanismos destinados a coibir a violência contra crianças e adolescentes, as inovações legislativas introduzidas pela referida lei, se somam às normas já existentes, implementando formas mais eficazes na tentativa proteger as vítimas e testemunhas de violência sexual.

Dessa forma, a Lei nº 13.431/2017 é uma forma relevante de oitiva de testemunhas, considerando que proporciona condições adequadas para que as crianças e adolescentes vítimas de abuso possam ser ouvidas, demonstrando que o Estado Brasileiro vem se empenhando em garantir um sistema legal que seja voltado a proteção integral e o melhor interesse para crianças e adolescentes.

A implantação do instituto do Depoimento especial de forma efetiva nas diversas comarcas do país, constitui-se como um forte incentivo para afastar a criança de um ambiente cheio de formalismos, frente a audiências tradicionais, que não se mostram mais condizentes com a inquirição destas vítimas ou testemunhas, ocasionando danos emocionais ou psíquicos ao reviver os fatos, ou seja, resultando em uma revitimização.

Entre os pontos positivos do depoimento especial, pode-se destacar a forma que a entrevista é rigorosamente registrada, a documentação visual dos gestos e expressões faciais que acompanham os enunciados verbais das crianças, que pode ser visto muito tempo depois por outros profissionais, a redução de entrevista por parte de outros profissionais, a forma de capacitação contínua para outros entrevistadores.

Com isto, as perguntas irresponsáveis, feitas com tratamento inapropriado, muitas vezes, ofensivos para a vítima, podem ser evitadas com o uso do depoimento especial, a proposta apresentada, da vítima ficar em uma sala reservada não presenciando os possíveis

embates que podem ocorrer na audiência, um ambiente que costuma ser tenso, em virtude das divergências que ocorrem entre os operadores do direito, evitando assim desconfortos e prejudicando o depoimento da criança e ou adolescente, e além disto, a previsão de que a vítima e o acusado não se encontrem em momento algum, principalmente no Foro, evitando que a vítima fique “aterrorizada” antes do depoimento.

O bem-estar da criança e do adolescente deve sempre vir em primeiro lugar, lhes assegurando o mínimo de dignidade, de modo que o depoimento especial, efetivado na Lei nº 13.431/17, garanta às crianças e aos adolescentes direito de não ter contato direto com o seu agressor minorando os possíveis efeitos da violência já sofrida.

Entretanto, parte da doutrina não vem somente com bons olhos a oitiva da criança e do adolescente através do depoimento especial, visto que as crianças estão expostas à indução por meio do entrevistador, uma vez que podem ser facilmente manipuladas, podendo responder a perguntas tendenciosas que possam apontar a um abuso que na verdade nunca houve.

Entretanto, em que pese haver divergências doutrinárias a respeito do assunto, constata-se a relevância da Lei em estudo, pois busca proteger os jovens de uma revitimização de um formato convencional que não supre mais a pretensão a qual se destina, e ainda, oferecer meios para atendimento e acompanhamento especializado por profissionais capacitados para atender a vítima ou testemunha de violência sexual.

5 REFERÊNCIAS

BARROS, Larissa Suassuna Carvalho. A Doutrina da proteção integral e sua gênese. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, mar. 2014. Disponível em: [BORGES, Gláucia; SOUZA, Ismael Francisco de. A escuta qualificada e o depoimento especial: desafios da Lei nº 13.431/17 na busca da não revitimização de crianças e adolescentes. *In: Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 15., 2018, Santa Cruz do Sul. **Anais \[...\]**. Santa Cruz do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2018.](https://conteudojuridico.com.br/consulta/Art.s/38735/a-doutrina-da-protECAo-integral-e-sua-genese#:~:text=Em%201899%2C%20os%20Estados%20Unidos,Juizado%20de%20Menores%20do%20pa%C3%ADs. Acesso em: 17 maio 2020.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro:

Presidência da República, [1940]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF, 4 de abril de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 mai. 2020.

CAMÕES, Cristina. Violência Sexual em Menores. **Psicologia: o portal dos psicólogos**, [s. l], 2005. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/art.s/textos/A0245.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

CAMPOREZ, Patrik. Ministério dos Direitos Humanos conclui que quase 90% da violência sexual contra crianças acontece no ambiente familiar: Mais de 70% das vítimas são mulheres, de acordo com levantamento baseado em denúncias feito ao Disque 100. **O Globo**, Sociedade, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em:
<https://oglobo.globo.com/sociedade/ministerio-dos-direitos-humanos-conclui-que-quase-90-daviolencia-sexual-contra-criancas-acontece-no-ambiente-familiar-23665391>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CAMPOS, Lorraine Vilela. Abuso Sexual. **Mundo Educação**, Goiânia, 2010. Disponível em:
<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/sexualidade/abuso-sexual.htm>. Acesso em: 11 nov. 2019.

CARREIRÃO, Elizabeth Callado De Oliveira. **O adolescente e o atendimento Público de saúde**: as mudanças com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2002. 129 f. Mestrado (Mestrado em Saúde Pública) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

CHILDHOOD BRASIL. **Tipos de abuso sexual de crianças e adolescentes**: Abuso sexual pode acontecer com ou sem contato físico. São Paulo: Childhood Brasil, set. 2018. Disponível em: Disponível em: <https://www.childhood.org.br/tipos-de-abuso-sexual-de-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 19 maio 2020.

COELHO, Tatiana. Maioria dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes ocorre em casa; notificações aumentaram 83%: Dados do Ministério da Saúde entre 2011 e 2017 revelaram perfil das vítimas e dos agressores. Casos continuam subnotificados. **G1, Ciência e Saúde**, jun. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/maioria-dos-casos-de-violencia-sexual-contracriancas-e-adolescentes-ocorre-em-casa-notificacao-aumentou-83.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2019.

DANTAS SEGUNDO, Evaldo. Redução da idade penal em face da Constituição Federal: Apontamentos jurídicos acerca das tentativas de redução da idade para imputação criminal do menor de 18 anos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2373, dez. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/art.s/14105>. Acesso em: 17 maio 2020.

DELFINO, Morgana. **O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar**: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/morgan_a_delfino.pdf. Acesso: 20 set. 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. **Comentários à Lei nº 13.431/2017**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

FACURI, Cláudia de Oliveira *et al.* Violência sexual: um estudo descritivo sobre as vítimas e o atendimento em um serviço universitário de referência no Estado de São Paulo. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 5, p. 889-898, maio, 2013. Disponível em: https://assetscompromissoeatitudeipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2013/11/CLAUDIAFACURIETAL_CAISM2013_art.violenciasexual.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA - UNICEF. **História dos direitos da criança**: Os padrões internacionais avançaram radicalmente ao longo do século passado – conheça alguns marcos na história desses direitos no Brasil e no mundo. Brasília, DF: UNICEF, [21--?]a. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 18 maio 2020.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA - UNICEF. **O que é o UNICEF**. Brasília, DF: UNICEF, [21--?]b. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/perguntas-frequentes>. Acesso em: 20 maio 2020.

GADOTTI, Moacir. ECA - avanços e desafios. *In*: VIEIRA, Ana Luisa; PINI, Francisca; ABREU, Janaina (org.). **Salvar o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA)**. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; DONATI, Patrícia; FERNANDES, Danilo. Conjunção carnal sem violência com adolescente de catorze anos de idade: atipicidade. **Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**, 2009. Disponível em: http://www.lfg.com.br04_junho. Acesso em: 05 nov. 2019.

HABIGZANG, Luísa Fernanda *et al.* **Abuso sexual infantil e dinâmica familiar**: aspectos observados em processos jurídicos. São Paulo: Psicologia, Teoria e Pesquisa, 2005.

HOMEM, Élie Peixoto. **Depoimento sem dano e o melhor interesse da criança**: O Depoimento Sem Dano sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e sua importância para o processo penal. Paraná: MPPR, 2015. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2231.html>. Acesso em: 15 maio 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM. **Decreto que estabelece procedimentos para escuta de crianças e adolescentes é promulgado**. IBDFAM, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6837/+Decreto+que+estabelece+procedimentos+para+escuta+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+%C3%A9+promulgado>. Aceso em: 20 nov. 2019.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência.

16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JENSEN, Simone Cristina. Os Documentos Internacionais Sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes. **Jornal de Relações Internacionais**, Curitiba, mar. 2018. Disponível em: <https://jornalri.com.br/art.s/os-documentos-internacionais-sobre-os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes>. Acesso em: 15 maio 2020.

JEREZ, Daniela Malheiros *et al.* O direito à proteção integral das crianças e dos adolescentes no contexto de grandes empreendimentos: papéis e responsabilidades das empresas. **Direito GV**, 2013. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18797/GDHeE_Jerez%3B%20Almeida%3B%20Scabin%3B%20Neiva%3B%20Poppovic%3B%20Vieira%3B%20Brezighe%20llo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 06 jun. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, Aury; ROSA, Alexandre Moraes. Depoimento Especial é antiético e pode levar a erros judiciais. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 de janeiro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/limite-penal-depoimento-especial-antietico-levar-erros-judiciais>. Acesso em: 12 nov. 2019.

MASELLA, Marcio Alexandre. **A inclusão do adolescente autor de ato infracional e a rede de proteção**: um olhar interdisciplinar. 2014. 108 f. Tese (Doutorado em Educação) - Pontifícia Universidade Católica de São, São Paulo, 2014. Disponível em: http://www4.pucsp.br/gepi/downloads/TESES_CONCLUIDAS/2014-TESE-MARCIO%20MASELLA.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

MATOS, Murilo Castro de. Nota técnica sobre a “escuta especializada” proposta pela Lei 13.431/2017: questões para o Serviço Social. **Conselho Federal de Serviço Social**, Brasília, DF, [21--]. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/Nota-tecnica-escuta-especial2019.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O Desafio do Conhecimento**: Pesquisa Qualitativa em Saúde. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Abrasco, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **OMS aborda consequências da violência sexual para saúde das mulheres**. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-aborda-consequencias-da-violencia-sexual-para-saude-dasmulheres/>. Acesso em: 09 nov. 2019.

PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. **Estatísticas: Três crianças ou adolescentes são abusadas sexualmente no Brasil a cada hora**. Paraná: MPRP, mar. 2020. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/2020/03/231/ESTATISTICAS-Tres-criancas-ou-adolescentessao-abusadas-sexualmente-no-Brasil-a-cada-hora.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

PELISOLI, Cátula; DOBKE, Velea; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Depoimento Especial: Para Além do Embate e pela Proteção das Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência Sexual. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 22, n. 1, 2014. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tp/v22n1/v22n1a03.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

PERIUS, Giovanna Helena Monteiro Ferraz Moraes; BARBOSA, Igor de Andrade. A oitiva

do menor de idade, conforme a lei 13.431/17 e a sua possível contribuição para a redução das falsas memórias em crimes que não deixam vestígios. **Vertentes do Direito**, Palmas, TO, v. 6, n. 1, 2019. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/6649/15303>. Acesso em: 18 nov. 2019.

PINHEIRO, Luciana de Araújo. **O “magistrado paternal”**: o Juiz Mello Mattos e a assistência e proteção à infância (1924-1933). 2014. 231 f. Tese (Doutorado em História das Ciências e da Saúde) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/17808>. Acesso em: 19 maio 2020.

PINI, Livia Graziela. Depoimento de jovem vítima de crime exige atenção e cuidados especiais. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-18/livia-pini-sadsddssdsd>. Acesso em: 19 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Saúde. Centro Estadual de Vigilância em Saúde - CEVS. **Tipologia da Violência**. Porto Alegre: Secretaria de Saúde, 2019. Disponível em: <https://www.cevs.rs.gov.br/tipologia-da-violencia>. Acesso em: 20 maio 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (6. Câmara Criminal). **Apelação Criminal Nº 70082593799**. Apelação criminal. Ação cautelar de produção antecipada de prova. Recurso ministerial que visa à coleta cautelar antecipada do depoimento de criança tida como vítima de violência sexual, por intermédio do "projeto depoimento sem dano". Aplicação da Lei 13.431/2017. A Lei nº 13.431/2017. Relator: Vanderlei Teresina Tremeia Kubiak, Porto Alegre, 24 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/buscasolr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 12 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8. Câmara). **Agravo de Instrumento Nº 70081065864**. Agravo de instrumento. Ação de alteração de guarda. Pleito de oitiva da infante através da técnica do depoimento especial. Cabimento. Decisão reformada. Agravante: F.C.C. Relator: José Antônio Daltoé Cezar, 12 de junho de 2019). Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 12 nov. 2019.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 40, n.141, Dec. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742010000300003. Acesso em: 10 maio 2020.

SANTOS, Adriana Ribeiro dos; COIMBRA, José César. O Depoimento Judicial de Crianças e Adolescentes entre Apoio e Inquirição. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, DF, v. 37, n. 3, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-3703004032016>. Acesso em: 29 jan. 2020.

SANTOS, Benedito Rodrigues *et al.* Escuta de Crianças e Adolescentes em situação de violência sexual. **ChildHood**, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://childhood.org.br/publicação>. Acesso em: 11 nov. 2019.

SANTOS, Clilton Guimarães dos. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Ministério Público. In: VIEIRA, Ana Luisa; PINI, Francisca; ABREU, Janaina (org.). **Salvar o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA)**. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2015.

SILVA, Bárbara Silvana Silveira da. **A importância do depoimento especial como método eficaz de inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual**. 2018. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174673/001061531.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 out. 2019.

SILVA, Lygia Maria Pereira da; et. al. A escuta de crianças e adolescentes nos processos de crimes sexuais. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 8, p. 2285-2294, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csc/2013.v18n8/2285-2294/pt>. Acesso em: 29 jan. 2020.

SILVA, Rosane Leal da. **A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/tese_a_protecao_integral.pdf. Acesso em: 06 jun. 2019.

SOUZA, Jane. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente aplicado ao direito de família. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, jul. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Art.s/24271/principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia>. Acesso em: 17 maio 2020.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VENÂNCIO, Renato Pinto. Marcílio, Maria Luiza. História Social da Criança Abandonada. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v.19, n. 37, Set. 1999.

VIEIRA, Ana Luisa; PINI, Francisca; ABREU, Janaina. **Salvar o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA)**. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2015.

WESTIN, Ricardo. Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920. **Agência Senado**, Brasília, DF, jul. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>. Acesso em: 17 maio 2020.

ZAPATER, Maíra. As duas infâncias do Código de Menores de 1979. **Justificando**, [s. l.], fev. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/02/16/as-duas-infancias-do-codigo-de-menores-de-1979/>. Acesso em: 15 maio 2020.

UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA. **Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ**. 6. ed. rev. e atual. Cruz Alta: Unicruz - Centro Gráfico, 2020.

**OS SEM TETO E OS DIREITOS HUMANOS:
UM ESTUDO SOBRE O ALCANCE DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS NAS CLASSES MAIS VULNERÁVEIS DA SOCIEDADE**

Luiz Fernando Vescovi¹

Lara de Souza Grobe²

Recebido em 03/08/2021

Aceito em 23/08/2021

RESUMO

O presente estudo visa trazer informações à luz dos direitos humanos, referentes a situação das camadas mais vulnerabilizadas da sociedade: a população em situação de rua. Por meio da evolução da sociedade brasileira, o texto objetiva demonstrar as desigualdades sociais como fato intrínseco do desenvolvimento do Brasil, vez que ela existe desde o descobrimento, pelos povos europeus, e que, posteriormente, influenciou na formação das favelas e no grande contingente de pessoas nas ruas. Mesmo com o progresso histórico das políticas públicas e dos programas sociais até os dias de hoje, ainda que, com reconhecimento internacional, as camadas na extrema pobreza não recebem toda a ajuda necessária, ficando em situações de dificuldade, não possuindo itens básicos para a sobrevivência, como alimentação, água potável, etc., vez que não possuem moradia, e os que possuem, não contam com uma estrutura adequada para uma vida entendida como digna. Desta forma, a pesquisa busca investigar quais seriam as razões para que elas não abarquem os que realmente precisam, deixando-os ficar em situações degradantes e indignas.

PALAVRAS CHAVE: Direitos Humanos. Sem Teto. Políticas Públicas. Programas Sociais.

THE HOMELESS AND HUMAN RIGHTS:

**A STUDY ON THE SCOPE OF POLICIES PUBLIC IN THE MOST VULNERABLE
CLASSES OF SOCIETY**

ABSTRACT

This study aims to bring information to the light of human rights, regarding the situation of the most vulnerable layers of society: the street population. Through the evolution of Brazilian society, the text aims to demonstrate social inequalities as an intrinsic fact of the development of Brazil, since it exists since the discovery, by the European people, and which later influenced the formation of slums and the large contingent of people on the streets. Even with the historical progress of public policies and social programs until today, even though, with international recognition, the layers in extreme poverty do not receive all the necessary help, staying in situations of difficulty, not having basic items for survival, such as food, drinking water, etc., since they do not have housing, and those who do, do not have an adequate structure for a life understood as worthy. This way, the

¹ Professor do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino. Autor de livros e artigos científicos. Advogado. E-mail: luizfvescovi@gmail.com

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe campus Caçador. Integrante do Núcleo de Desenvolvimento e Atividades em Direitos Humanos. E-mail: larasouzagrobe@outlook.com

research seeks to investigate what would be the reasons for them not to embrace those who really need it, leaving them in degrading and unworthy situations.

Keywords: Human Rights. Homeless. Public Policies. Social Programs.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, segundo dados divulgados no ano de 2019 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), se classifica como o sétimo país mais desigual do mundo, ficando atrás somente de países do continente africano. De acordo com o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil ocupa o segundo lugar no *ranking* das maiores concentrações de renda nas mãos de poucas pessoas, uma vez que 28% de toda a riqueza encontra-se de posse de apenas 1% da população.

Vale destacar que a desigualdade social é nota conducente da história da nação, porquanto o processo de favelização iniciou-se, nestas terras, quando da abolição da escravatura (1888), momento em que os escravos, então libertos, não tendo nenhum vínculo empregatício, salário ou qualquer ajuda proveniente da nobreza, começaram a construir seus abrigos em áreas vazias, afastadas dos centros das cidades e dos grandes latifúndios.

Considerando que no início do século XX houve uma explosão demográfica proveniente do êxodo rural, ocasionado pela busca por melhores condições de vida nos grandes centros, o processo de favelização rapidamente se acentuou. Como eram muitas pessoas para poucas vagas de emprego, os subalternos tiveram de aceitar quaisquer serviços, em quaisquer situações, sendo elas degradantes ou não, em virtude do medo de viver na penúria. Com o episódio da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a economia brasileira ruiu, tendo um aumento significativo no custo de vida, o que acabou por agravar ainda mais a realidade econômica da população local, levando-os a aceitar ocupações semelhantes à servidão.

Tal situação de desamparo foi se alterando durante o mandato presidencial de Getúlio Vargas, período este denominado de *Estado Novo* (1937-1945), quando uma série de políticas sociais em favor da classe trabalhadora foram concebidas. Com o advento da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e com a criação do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), foi possível constatar, naquela época, uma relativa diminuição da desigualdade social, eis que, a partir de então, os operários puderam se socorrer de regulamentação que lhes asseguravam maiores direitos e reconhecimentos junto às demais classes. Logo, os trabalhadores já não mais eram vistos como meros “prestadores de serviços”, mas como verdadeiros agentes da produção e efetivos colaboradores da ordem econômica.

Os primeiros programas sociais a alcançarem visibilidade nacional iniciaram-se na década de noventa, mais especificamente quando o Presidente da República Itamar Franco lançou, em 1993, o chamado “Programa de Distribuição Emergencial de Alimentos” (PRODEA), cujo objetivo era o de distribuir alimentos aos municípios atingidos pela seca da região nordeste brasileira. Este, por sua vez, foi ampliado pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2003), com o nome de “Comunidade Solidária”. Ainda neste período, foi instituído o primeiro programa governamental de transferência monetária, denominado de “Programa de Erradicação do Trabalho Infantil” (PETI), tendo por pretensão a entrega de valores em espécie às famílias de crianças nele inscritas. A partir destes programas, outros tantos modelos de auxílios sociais começaram a ser institucionalizados, tais como o Bolsa-Escola, o Auxílio-Alimentação, o Auxílio-Gás e o Bolsa-Renda. Mas foi somente em 2004, durante a gestão presidencial de Luiz Inácio Lula da Silva, que o principal programa social do país foi criado: o “Bolsa-Família”.

Deste modo, é possível afirmar que a modalidade de programas destinados às classes menos abastadas tem por condão minorar a desigualdade social e reduzir a miséria e a fome, muito embora seja uma meta bastante árdua a ser conquistada. O presente estudo, portanto, tem por finalidade investigar, através de dados históricos e do desenvolvimento social, quais os reais motivos destes não alcançarem, a contento, as camadas sociais mais carentes, em especial aquelas que vivem abaixo da linha da pobreza.

2 AS ESPÉCIES DE CAMADAS SOCIAIS

Camadas sociais são agrupamentos de pessoas divididas conforme sua situação econômica atual. A ideia de camadas, ou classes sociais, se desencadeou após a publicação, no ano de 1848, da obra intitulada “*Manifesto do Partido Comunista*”, de autoria dos teóricos alemães Karl Marx e Friedrich Engels, no qual retratam a eterna luta entre as distintas categorias de pessoas (burguesia e proletariado). Neste contexto, os autores afirmam que a primeira “*rasgou o véu do sentimentalismo que envolvia as relações de família, e reduziu-as a meras relações monetárias*” (1998, p. 42), e que o modo de se encarar cada cidadão se modifica de acordo com o papel que o mesmo exerce na relação de produção. Logo, concluem os ensaístas que “*a burguesia só pode existir com a condição de revolucionar incessantemente os instrumentos de produção, por conseguinte, as relações de produção e, como isso, todas as relações sociais*” (1998, p. 43).

Reportando-se aos dias de hoje, tem-se que o Brasil, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), possui cinco grupos sociais, cada qual classificado hierarquicamente entre as denominações “A” até “E”. A primeira classe representa aqueles com melhores condições de vida, maior formação acadêmica e maior poder aquisitivo, ao passo que a classe mais baixa se constitui de pessoas com menores condições financeiras e, conseqüentemente, com menor grau de escolaridade. Estes últimos são popularmente chamados de *pobres*.

Na seqüência, apresenta-se a classificação destas camadas conforme a rentabilidade de seus integrantes, tomando-se por base o salário mínimo vigente, no Brasil, no ano de 2021 (R\$ 1.100,00), a saber:

- Classe A: acima de 20 salários mínimos (R\$ 22.000,00 ou mais);
(Grandes fazendeiros, banqueiros, empresários, etc.).
- Classe B: entre 10 e 20 salários mínimos (de R\$ 11.000,00 à R\$ 22.000,00);
(Juizes, políticos, médicos, etc.).
- Classe C: entre 4 e 10 salários mínimos (de R\$ 4.400,00 à R\$ 11.000,00);
(Professores universitários, autônomos, engenheiros, etc.).
- Classe D: entre 2 e 4 salários mínimos (de R\$ 2.200,00 à R\$ 4.400,00);
(Comerciantes, professores de escola pública, etc.).
- Classe E: até 2 salários mínimos (até R\$ 2.200,00).
(Operários, pessoas que sobrevivem com auxílios governamentais, etc.).

Abaixo destas, existem outras três situações socioeconômicas que se encontram à margem da estrutura social formal, sendo elas: 1) linha da pobreza; 2) extrema pobreza e; 3) linha de indigência. Estas subclasses se prestam para alocar aqueles menos favorecidos, que, na maioria das vezes, não chegam a obter nem sequer metade de um salário mínimo legal, tal como explicado abaixo:

- Linha da Pobreza: contempla as pessoas que não tem condições de obter todos os recursos necessários para subsistir, nem tampouco possuem água encanada potável, saneamento básico, acesso à saúde, educação, vivendo, portanto, com aproximadamente R\$ 420,00 por mês.
- Extrema Pobreza: segundo definição da Secretaria Especial do Desenvolvimento Social, é aquele que vive com uma renda mensal de até R\$ 89,00. Do ponto de vista internacional,

o IBGE e o Banco Mundial o definem como aquelas pessoas que sobrevivem com menos de US\$ 1,90 por dia (PPC³), ou seja, com aproximadamente R\$ 320,00 por mês.

- Linha de Indigência: são entendidos como aqueles que sobrevivem, segundo o Banco Mundial, com menos de US\$ 1,00 por dia, isto é, com pouco menos de R\$ 170,00 mensais. Reúnem-se, nesta divisão, os que vivem em situação de rua, mas que trabalham de maneira informal: pedintes e pessoas que sobrevivem com valores cedidos por programas sociais governamentais. Estes indivíduos mantêm-se em uma situação extrema de carência, porquanto, muitas das vezes, nem sequer chegam a auferir quantias suficientes para suprir suas necessidades calóricas, ademais do fato de não contarem com água potável, acesso à saúde, e higiene, ficando expostos e vulneráveis a todo e qualquer tipo de doença.

Através dos dados de 2019 do IBGE, a população extremamente pobre chega a somar o equivalente a 13,5 milhões de brasileiros, sendo superior a população de países como Bélgica, Portugal e Grécia. Apenas para ilustrar tamanha desigualdade social em território tupiniquim, 28% da economia nacional se encontra em posse de somente 2,1 milhões de pessoas. Desta forma, o desequilíbrio econômico é notório, visto que a parcela extremamente pobre é quase sete vezes maior que a parcela mais rica da sociedade.

3 OS SEM TETO E OS DIREITOS HUMANOS

O dicionário Michaelis define a expressão “Sem Teto” como sendo a “*pessoa que não possui casa própria nem condições de alugar uma moradia, e acaba morando na rua*” (2001, p. 791). Deste modo, entende-se que a pessoa que figura na condição de Sem Teto é aquela que, por escolha própria, e devido a sua situação financeira ou por outra condição à ele inerente (uso de substâncias tóxicas e/ou abandono familiar, por exemplo), decide viver nas ruas.

De 2012 até março de 2020 o número de pessoas, no Brasil, nesta circunstância, aumentou 140%, chegando a marca de quase 222 mil, conforme pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), na qual a maioria (81,5%) se encontra morando em cidades com mais de 100 mil habitantes, especialmente nas regiões Sudeste (56,2%), Nordeste (17,2%) e Sul (15,1%).

³ Chamado de “Paridade do Poder de Compra”, é a medida de verificação da quantidade de moeda local que será necessária para comprar os mesmos bens em outro país, geralmente, comparando com o dólar americano. O Banco Mundial se utiliza do R\$ 1,90 PPC como marca da extrema pobreza. Em que pese tal montante seja simbolicamente irrisório, ainda assim é um valor entendido mundialmente como o mínimo possível para sobrevivência humana.

Vários são os motivos que as levam a irem viver nas sarjetas: consumo de drogas, desemprego, salário insuficiente para comprar ou alugar uma moradia, desavenças familiares, morte de entes familiares, dentre outros. Além disso, muitos dos moradores de rua não possuem documentos próprios, uma vez que grande parte deles é oriundo de instituições como orfanatos, casas de detenção e abrigos em geral, o que acaba dificultando o seu acesso aos programas sociais ofertados pelo governo.

Sobre tal temática, dentro de um contexto humanitário internacional, destaca-se o tratado internacional intitulado Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), publicado em 1948, que, em seu artigo 25, parágrafo 1º, assegura:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

De acordo com esta disposição, os cidadãos têm direito ao bem-estar social e a viver com um mínimo de dignidade, podendo contar com serviços que supram suas necessidades a contento, quando, por quaisquer motivos, não o puderem fazê-lo por conta própria.

Quarenta anos mais tarde, em 1988, a Constituição Federal brasileira foi promulgada sob a égide dos direitos humanos, da igualdade, da dignidade humana e da não discriminação, reafirmando, assim, a importância da proteção dos direitos de cunho social. Estes, por sua vez, na carta constitucional, estão assentados no artigo 6º, que tem por base a disciplina do dispositivo da DUDH acima citado, a saber:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Por intermédio de sua promulgação, o Estado tornou-se responsável por garantir o bem-estar social da população local, buscando certificar que todos teriam o mínimo necessário para usufruir de uma vida minimamente digna.

Destarte, é dever do Estado garantir tais direitos à sua população, criando, para isso, maneiras suficientes para assegurá-los, em especial através da implementação de políticas públicas e programas sociais. Contudo, como bem se sabe, nem sempre o serviço social é prestado de forma satisfatória. E é exatamente neste contexto político que acabam surgindo militâncias denominadas de *Movimentos Sociais*, cujo propósito é, de mais a mais, o de

defender os direitos fundamentais e garantir que o governo se preste a cumprir aquilo que, de fato, está descrito na Lei Maior.

O Estado, ainda que deva prestar um serviço social que venha a abarcar todas as pessoas, indistintamente, concebendo diversos dispositivos que visem a diminuir as situações de vulnerabilidade, não consegue abranger esta integralidade. Assim, os movimentos sociais, de forma mais incisiva, procuram a extensão destes serviços para mais e mais pessoas, tentando, ao máximo, alcançar uma efetividade das disposições constitucionais e legais.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS, MOVIMENTOS SOCIAIS E OS SEM TETO

Acerca do instituto das políticas públicas, Clóvis Mendes Leite Reimão dos Reis, assim conceitua:

[...] consiste em uma atividade estatal complexa e processualizada que visa a concretização dos direitos e objetivos sociais juridicamente relevantes e determinados no meio político-administrativo, em prol do interesse público qualitativo e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana. (REIS, 2016).

Tem-se, então, que estas são ações realizadas pelo Estado para garantir, de fato, a instauração do sentimento de bem-estar à população em geral. Neste norte, de acordo com o cientista político estadunidense Theodore Lowi, as políticas públicas se dividem em quatro espécies: I) as distributivas; II) as redistributivas; III) as regulatórias e, IV) as constitutivas, a seguir esmiuçadas:

- **Distributivas**: são aquelas em que são distribuídos bens, serviços ou renda para uma parte da população. Ex.: cotas para estudantes.
- **Redistributivas**: são aquelas em que se redistribuem bens e serviços à população, utilizando-se, para isto, de parte do montante dos recursos auferidos por todos os contribuintes. Ex.: sistema previdenciário.
- **Regulatórias**: são aquelas responsáveis pela concepção de normas de conduta e de comportamento que possam garantir o bem comum dos cidadãos. Ex.: regras de trânsito.
- **Constitutivas**: são aquelas responsáveis por gerenciar a organização da criação das políticas públicas, dizendo como, por quem e quando elas podem ser concebidas, bem como estipulando a atuação dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário) nestas situações.

Mesmo existindo, no Brasil, quatro diferentes tipos de políticas públicas, as mais conhecidas são as da seara distributiva, uma vez que lá se encontram os programas sociais, tais

como: Bolsa-Família, Auxílio Emergencial, Brasil Carinhoso, Minha Casa, Minha Vida, entre outros.

A Unidade de Gestão Estratégica do Sebrae Nacional conceitua programas sociais como sendo “*iniciativas destinadas a melhorar as condições de vida de uma população*” (Sebrae Nacional). Tais programas são direcionados especificamente para a parcela populacional classificada como de baixa-renda. Logo, compreende-se que são medidas governamentais para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, tendo em vista que, devido a sua condição financeira, não conseguem suprir todas as necessidades que possuem. Um exemplo da atuação dos programas sociais para estas pessoas é a Tarifa Social de Energia Elétrica, que garante descontos na conta de luz.

Estas providências tomadas pelo governo garantem uma certa ajuda às pessoas que, embora possuam empregos informais, contam com rendas mínimas e que, por isso, recebem algum montante financeiro. Contudo, poucas são as medidas tomadas àquelas que não possuem renda alguma, ou que auferem valores irrisórios, como é o caso dos Sem Teto. A maioria destas ações são regionais, como o programa “Bom Prato” – alimentação de baixo custo para a população mais vulnerável –, em vigência no Estado de São Paulo.

Todavia, há que ressaltar a existência de uma normativa de âmbito federal (Decreto nº 7.053/2009), que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersectorial de Acompanhamento e Monitoramento, embora lamentavelmente com pouca aplicabilidade prática. Esta norma traz, em seu bojo, princípios de igualdade e equidade, e em suas diretrizes, possui a promoção dos direitos das pessoas em situação de rua, a articulação e integração de políticas públicas em prol desta parcela da sociedade, tendo, ainda, como objetivos maiores a padronização das instituições de acolhimento e a instituição da contagem oficial das pessoas nas ruas.

Apesar das disposições legais acerca dos serviços de acolhimento, há um número muito pequeno deste tipo de instituições, no país. Com o grande contingente de pessoas vivendo nas ruas, e abrigos insuficientes para tal demanda, nascem movimentos sociais como o “Movimento dos Trabalhadores Sem Teto”, o “Movimento pelo Direito à Moradia”, o “Movimento Luta por Moradia Digna”, entre outros. Estes se apropriam de ocupações normalmente desativadas ou baldias (prédios abandonados, galpões e terrenos em desuso) como forma de assegurar o seu direito constitucional de moradia, tendo em vista a atual situação do país, com poucas pessoas possuindo muitos bens e muitas delas não tendo quase nada. Sobre esta situação, Guilherme Castro Boulos, ativista e organizador do Movimento dos Trabalhadores Sem Teto, assim resume:

- 1) A maioria dos trabalhadores não consegue comprar uma casa no mercado, pelos valores elevados impostos pela especulação imobiliária.
- 2) Os programas habitacionais não atendem a maioria, especialmente entre os mais pobres, apesar de toda a propaganda.
- 3) Os aluguéis aumentam a cada dia, bem acima dos índices de inflação, também por conta da especulação. Muitos trabalhadores têm que tomar a dramática decisão no final do mês: pagar o aluguel ou botar comida na mesa (BOULOS, 2012, p. 47).

Diante disso, os moradores de rua acabam naturalmente se filiando a estes movimentos sociais, buscando, com isso, uma espaço habitacional, uma vez que o Estado não efetua medidas que façam com que o atual cenário social melhore, ou, ao menos a minimize.

Mesmo com legislação protetiva a respeito, o governo não garante tudo o que é necessário para se viver de maneira digna. Nos bairros mais empobrecidos, não se tem saneamento básico, a coleta de lixo não é adequada para atender a demanda da população, além de não existir uma rede de esgoto e água encanada de boa qualidade a estes cidadãos. Os rejeitos e os resíduos que produzem igualmente carecem de um destino adequado, porquanto ainda se encontram lugares em que estes são descartados nas ruas onde transitam, em pleno ar livre. Sendo assim, os decretos em prol da parcela populacional mais vulnerável não são de todo aplicados, deixando-os expostos a doenças oriundas das péssimas condições em que vivem.

5 POR QUE AS POLÍTICAS PÚBLICAS E PROGRAMAS SOCIAIS NÃO ABARCAM AS PESSOAS MAIS VULNERABILIZADAS?

Muito embora existam normas que se prestem para a proteção daqueles mais desamparados socialmente, uma série de políticas públicas e de programas sociais voltadas às pessoas em extrema pobreza acaba não incluindo, em seu corpo, os Sem Teto, por conta de algumas situações características. A primeira delas, e talvez a mais gravosa, é que não se tem um número absoluto de pessoas vivendo nas ruas, o que faz com que o governo trabalhe com meras estimativas e/ou aproximações, o que gera uma enorme complicação para a resolução definitiva desta mazela social.

Em segundo lugar, tem-se que parte delas não possui documentação básica, como RG, CPF e Título de Eleitor, seja por nunca terem sido registradas (crianças abandonadas ou que nascem nas ruas); por estarem sob efeito de drogas, alucinações e/ou paranoias; por fatores psicológicos (doentes mentais que são largados nas ruas pelos familiares); ou, então, pela perda ou extravio de documentos decorrentes de intempéries (chuvas, ventanias, etc.). A falta destes acaba por gerar grande empecilho no momento de se cadastrar em alguns benefícios, como é o caso do Auxílio Emergencial e demais

programas de mesma natureza.

Em algumas situações, os Sem Teto se recusam a receber ajuda pelo fato de não se sentirem bem tratados em todos os lugares, ou ainda pelo despreparo das casas de acolhimento e de seus funcionários que não sabem bem como lidar com pessoas sem documentos básicos, oriundas de famílias desestruturadas ou que precisem de acompanhamento médico e psicológico, além de assistência social. Os problemas desta parcela vulnerável vão além da falta de alimentação e locais para repouso, e poucas são as estruturas voltadas a eles que prestem serviços que, com efeito, consigam minimizá-los. Outros fatores da recusa são o medo do linchamento social e a vergonha de pedir apoio, dado que esta população é estigmatizada como usuária de substâncias tóxicas ou que exercem serviços de prostituição, e que estão nas ruas por opção, e não por necessidade.

Dessarte, esta condição de desamparo acontece por problemas entre as duas partes, tanto do governo, que falha em não conseguir fazer uma contagem fiel do contingente existente para que se crie um modo de resolver a situação, quanto dos Sem Teto, que, em partes, se recusam a pedir ou buscar ajuda nem tampouco procuram uma maneira de refazer seus documentos para regularizar sua condição social e, assim, beneficiar-se de certos programas criados para eles. Logo, deveria existir um bom relacionamento e contato entre ambos para que se pudesse chegar em um consenso, e que a maioria dos Sem Teto gozasse dos seus direitos sociais, que é o de poder ter uma vida digna, usufruir de uma moradia, ter acesso à saúde, educação, entre outros, além do respeito, que deve ser inerente e constante à todas as pessoas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Sem Teto são vistos, pela atual sociedade, como desocupados, usuários de drogas, ou, então, doentes mentais. Todavia, se encontram nesta situação pessoas com empregos informais (artistas de sinal, flanelinhas, etc.), que acabam fazendo das ruas a sua moradia em virtude de não alcançarem remuneração suficiente para terem uma residência fixa e todos os demais itens considerados básicos para uma vida minimamente digna.

Não obstante o Brasil possua reconhecimento internacional em políticas públicas e programas sociais em relação aos mais carentes, a extrema pobreza ainda está longe de ser reduzida. Levando em consideração o atual cenário de analfabetismo no país, que é a realidade de cerca de 11 milhões de pessoas, é possível perceber as grandes dificuldades de ações eficazes, em virtude da falta de educação básica entre os mais pobres.

A população analfabeta, em sua maioria, não possui ensino suficiente para ler e escrever textos

simples, o que se traduz como desinformação e inacessibilidade aos serviços ofertados pelo Estado. Desta forma, muitos destes acabam não buscando o devido auxílio junto aos centros de assistência haja vista a falta de informações sobre seus direitos, desencadeada pelo baixo nível de escolaridade que possuem.

Sendo assim, a realidade dos Sem Teto já não é mais a de somente precisar de água e de alimentos, mas também de educação básica, que, seguramente, é um dos maiores obstáculos para obtenção de emprego, levando em conta que as empresas quase não contratam iletrados devido a não conseguirem ler e interpretar contratos ou documentos, por mais simples que sejam, além de, em muitos casos, nem sequer saberem assinar o seu próprio nome.

Então, uma das formas de se diminuir significativamente o número de moradores de rua seria a implementação de programas de aprendizagem como por exemplo, a Educação de Jovens e Adultos (EJA), popularmente conhecido como *Supletivo*. Com este contingente estudando e agregando conhecimentos, melhores serão as chances de ingressarem no mercado de trabalho, o que, conseqüentemente, diminuirá o número de pessoas vivendo na extrema pobreza. Por fim, percebe-se que existe sim alternativas para otimizar a conjuntura social do Brasil, bastando apenas um pouco de boa vontade por parte de cada um dos lados para que os efeitos desejados sejam, de fato, conquistados.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL é o sétimo país com mais desigualdade no mundo, segundo a ONU. Rede Brasil Atual. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/12/brasil-7-pais-desigualdade/>>. Acesso em: <29 jun. 2020>.

BRASIL, Governo Federal. Política Nacional para a População em Situação de Rua. (2018). Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/politica-nacional-para-a-populacao-em-situacao-de-rua>>. Acesso em: <19 jul.2020>.

BOULOS, Guilherme Castro. **Por que ocupamos?** Uma introdução à luta dos sem teto. São Paulo: Scortecci, 2012.

FHC: conheça a história dos programas de transferência de renda. Tucano. Disponível em: <https://tucano.org.br/pequena-historia-dos-programas-de-transferencia-de-renda> Acesso em: <29 jun. 2020>.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais 2018:** uma análise das condições de vida da população brasileira. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/ce915924b20133cf3f9ec2d45c2542b0.pdf>. Acesso em: <02 set. 2020>.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais 2019:** uma análise das condições de vida da população brasileira. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>>.

Acesso em: <05 set. 2020>.

LOWI, Theodore. American business, public policy, case studies, and political theory. **World Politics**, v. 16, n. 4, 1964, p. 677-715.

MARX, Karl; ENGELS Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Boitempo, 1998.

MERELES, Carla. Pessoas em situação de rua: a complexidade da vida nas ruas. Politize. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/pessoas-em-situacao-de-rua>>. Acesso em: <27 jul. 2020>.

MORAES, Isabela. MTST: conheça o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto. **Politize**. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/mtst-conheca-o-movimento-dos-trabalhadores-sem-teto>>. Acesso em: <06 set. 2020>.

NATALINO, Marco. Estimativa da população em situação de rua no Brasil (setembro de 2012 a março de 2020). **IPEA**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200612_nt_disoc_n_73.pdf>. Acesso em: <07 set. 2020>.

ONU diz que pobreza impede mais de 700 milhões de pessoas de atender suas necessidades básicas. Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-diz-que-pobreza-impede-mais-de-700-milhoes-de-pessoas-de-atender-suas-necessidades-basicas>>. Acesso em: <06 jul. 2020>.

PROGRAMAS Socias. **DataSebrae**. Disponível em: <<https://datasebrae.com.br/programas-sociais/>>. Acesso em: <08 nov. 2020>.

REIS, Clóvis Mendes Leite Reimão. Reflexões sobre o conceito e o regime jurídico das políticas públicas. Portal Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45637/reflexoes-sobre-o-conceito-e-o-regime-juridico-das-politicas-publicas>>. Acesso em: <29 set. 2020>.

ROCHA, Sônia. Opções Metodológicas para a Estimção de Linhas de Indigência e de Pobreza no Brasil. **IPEA**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0720.pdf>. Acesso em: <06 set. 2020>.

TOKARNIA, Mariana. Analfabetismo cai, mas Brasil ainda tem 11 milhões sem ler e escrever. **Agência Brasil**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos>>. Acesso em: <27 dez. 2020>.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO. História: a criação da CLT. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/100474551/historia-a-criacao-da-clt>>. Acesso em: <30 jul. 2020>.

PLÁSTICOS: O CAMINHO PARA UMA ECONOMIA MAIS CIRCULAR

Jéssica Mello Tahim¹
Thais Muliterno²

Recebido em 14/03/2021
Aceito em 07/08/2021

RESUMO

Por mais que os plásticos tenham surgido como uma solução econômica, por serem mais baratos, flexíveis, versáteis e duráveis, em substituição a outros produtos, tais como o vidro e aço, eles acabaram causando grandes impactos negativos ao ambiente e, conseqüentemente, à saúde e vida humana, por sua má utilização e gestão indevida dos resíduos plásticos. Diante dessa problemática, a União Europeia formulou e aprovou algumas estratégias, para que referido problema fosse solucionado ou, pelo menos, que seus efeitos sejam mitigados, sem que seja necessária a retirada de todos os produtos plásticos do mercado e da vida da sociedade. Foram utilizados vários instrumentos e políticas específicas e adequadas para que os Estados-membros consigam implementá-las, promovendo uma mudança comportamental tanto da indústria quanto da sociedade e do Poder Público.

PALAVRAS CHAVE: Plásticos. União Europeia. Economia Circular.

PLASTICS: THE WAY TO A MORE CIRCULAR ECONOMY

ABSTRACT

Although plastics have emerged as an economical solution, as they are cheaper, flexible, versatile and durable, in place of other products such as glass and steel, they have had a major negative impact on the environment and consequently on health and human life through misuse and improper management of plastic waste. Faced with this problem, the European Union has formulated and approved some strategies so that this problem can be solved or at least mitigated its effects, without the need to remove all plastic products from the market and the life of society. Various specific and appropriate instruments and policies have been used for Member States to be able to implement them, promoting behavioral change in both industry, society and the government.

Keywords: Plastics. European Union. Circular Economy.

¹ Doutoranda em Direito Administrativo Iberoamericano, pela Universidade da Coruña, Espanha. Mestranda em Direito e Ciência Jurídica (Ciências Jurídico-Ambientais) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (2009.1). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Fortaleza (2011). Advogada inscrita na OAB/CE nº. 21.791. E-mail: jessicamtahim@hotmail.com.

² Doutoranda em Direito Administrativo Iberoamericano, pela Universidade da Coruña, Espanha. Mestranda em Direito e Ciência Jurídica (Ciências Jurídico-Ambientais) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Possui graduação em Ciências Biológicas com ênfase em Biotecnologia pela Universidade do Vale do Itajaí (2008), graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2017). Pós-graduada em Gestão e Educação Ambiental pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2012). Advogada em Itapema e região. E-mail: thaismuliterno@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

No decorrer dos anos houve um aumento significativo na produção e consumo da população mundial, tornando-se insustentável para o Planeta, sendo considerada a mais ativa em toda a história dos seres humanos. O crescimento demográfico, a economia insustentável, a rápida urbanização e o aumento dos padrões de vida acabaram por diminuir ou até esgotar os recursos naturais, como, também, influenciam continuamente a geração de resíduos em todo o mundo, especialmente nos países em desenvolvimento (LIU; LIANG; SONG; LI, 2017, p. 1314).

E com a evolução industrial e tecnológica, o plástico foi criado sinteticamente para ser a solução econômica, por sua alta flexibilidade, versatilidade e durabilidade, sendo utilizados nos mais diversos produtos utilizados pelo homem, como em embalagens de alimentos, vestuário, veículos, material informático e eletrônicos, entre outros. Porém, diante dessa imensidão de utilidades para o plástico e da maior lucratividade com sua utilização, surgiram os problemas ambientais por seu mau uso pelo homem, como, também, por sua gestão e descarte indevidos.

Verdade seja que os principais impactos ambientais causados pela má gestão dos resíduos, especialmente os plásticos, são: a poluição marítima, contaminação as águas e o solo, por serem altamente tóxicas quando entram em decomposição, o que causa a contaminação de habitats terrestres, aquáticos e, principalmente, afeta a água doce (potável). Consequentemente, causa prejuízos à fauna e flora, à saúde e vida humana.

Diante desta problemática sobre o plástico, o que se buscou com o presente estudo foi analisar alguns dos benefícios e malefícios trazidos por sua utilização e, a partir disso, abordar as principais estratégias criadas pela União Europeia para solucionar esse problema, com um enfoque na estratégia da economia circular, que mesmo não sendo uma política recente, é muito eficaz para o que foi proposto, diante da sua relação com toda a cadeia produtiva, seja no desenvolvimento e produção, como, também, na distribuição e na gestão e eliminação final dos resíduos produzidos. Portanto, para um melhor entendimento sobre o tema, o presente estudo foi dividido da seguinte forma:

Primeiramente, um breve relato sobre o surgimento dos plásticos, como são utilizados na economia e a sua descoberta como uma solução econômica. E a partir dessa perspectiva, analisar os principais impactos causados ao ambiente e à saúde e vida humana.

Em continuidade, demonstrar como o caminho feito pela União Europeia para a transformação do seu sistema econômico, ao reconhecer os limites do Planeta, no tocante à

escassez dos seus recursos e energia e da crise mundial que se apresentava, buscando o crescimento econômico equilibrado, com a promoção social e proteção do ambiente.

E nessa sua busca incessante pela sustentabilidade ambiental e percebendo a importância dos plásticos para a economia europeia e mundial, na última parte, serão demonstradas as novas estratégias europeias para se chegar à solução ou mitigação dos impactos negativos ocasionados pelo plástico, partindo para uma transformação econômica.

2 PLÁSTICOS: DA SOLUÇÃO ECONÔMICA AO PROBLEMA AMBIENTAL

O plástico já existia na natureza, antes mesmo de ser criado sinteticamente. As resinas existentes em algumas árvores conhecidas desde a antiguidade são consideradas plásticos naturais, como também havia o marfim, que podia ser moldado desde o século XVII. O plástico artificial foi criado a partir do avanço de vários inventores no decorrer dos anos. Tanto que “em 1870, o americano John Wesley Hyatt (1837-1920) produziu celulóide a partir da celulose das plantas”, referida descoberta era para ser utilizada como substituição do marfim na fabricação das bolas de bilhar (REDAÇÃO MUNDO ESTRANHO, 2011).

No entanto, a “verdadeira revolução” foi em 1907, quando “o químico belga, naturalizado americano, Leo Baekeland (1863-1944) criou o primeiro plástico totalmente sintético e comercialmente viável, o Bakelite” (REDAÇÃO MUNDO ESTRANHO, 2011).

A palavra plástico vem do grego *plastikos*, na qual significa “próprio para ser moldado ou modelado”. A grande maioria dos plásticos atualmente são produzidos de forma artificial, a partir de resinas derivadas do petróleo, ou seja, dependem totalmente dos combustíveis fósseis, e pertencem ao grupo dos polímeros, que são longas cadeias moleculares. Segundo estudiosos sobre o tema, existem tipos diferentes de plásticos que são determinados pela extensão e estrutura dos polímeros (ECYCLE). O termo plástico é aplicado a uma ampla gama de compostos orgânicos sintéticos, que são produzidos por polimerização, e estes consistem em muitas unidades repetidas (monômeros) que se juntam para criar copolímeros. A plasticidade dos plásticos permite que eles sejam pressionados ou extrudados em muitas formas diferentes (HAMMER; KRAAK; PARSONS, 2012, p. 02).

Após a revolução dos plásticos até os dias atuais, os plásticos são utilizados em quase tudo o que conhecemos, estando presente na maioria dos produtos que utilizamos diariamente, seja da cadeira ao automóvel, ou o notebook, roupas e calçados, ou ainda, protegendo ou mantendo os produtos frescos e limpos (PORTAL DA EDUCAÇÃO). Portanto, “o plástico é

um material importante e onnipresente na economia e na vida quotidiana” (COMISSÃO EUROPEIA, 2018, p. 01).

Portanto, desde a década de 50, estamos vivendo a era dos plásticos, na qual se estima que 8.300 milhões de toneladas métricas de plásticos virgens tenham sido produzidos globalmente, tendo a produção global anual de plásticos aumentado vinte vezes desde a década de 1960, onde atingiu 322 milhões de toneladas em 2015, e a previsão é de dobrar novamente nos próximos 20 anos (WATKINS; SCHWEITZER, 2018, p. 04).

Convém destacar a importância da indústria dos plásticos para a economia europeia e mundial, sendo necessário, portanto, o reforço da sua sustentabilidade, no qual proporcionará novas oportunidades para a inovação, a competitividade e a criação de empregos, em consonância com os objetivos da estratégia para a política industrial da União Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2018, p. 01).

O plástico, portanto, foi criado como uma solução socioeconômica a nível global, pois trata-se de “um material relativamente barato, durável e versátil”. Os produtos criados a partir dos plásticos trouxeram vários benefícios para a sociedade, em termos de atividade econômica, empregos e qualidade de vida (EUROPEAN COMMISSION (DG ENVIRONMENT), 2011, p. 11). Porém, a má utilização dos plásticos pelo ser humano acabou por afetar o meio ambiente, a sustentabilidade e a saúde humana, causando vários impactos.

Esses problemas começaram apenas como um problema estético nas áreas urbanas, com o acúmulo de lixo nas cidades, campos, praias e até mesmo os oceanos, surgindo, logo em seguida, os problemas ambientais. Os inúmeros impactos negativos e potencialmente prejudiciais ao ambiente e ao humano por conta dos resíduos plásticos foram identificados, pois se percebeu que esses resíduos podem transportar poluentes orgânicos persistentes, toxidades, entre outros (BARNES; GALGANI; THOMPSON; BARLAZ, 2009, p. 1985).

Estudos afirmam que 85% do plástico produzido mundialmente não são reciclados e que muitos desses resíduos são descartados nos mares e oceanos, os quais acabam se fragmentando e, através das correntes marítimas, acabam por se encaminharem nas diversas partes do globo terrestre. Ainda não se tem relato sobre a dimensão do impacto dessa decomposição do plástico, que são chamadas de microplástico (INOUE; RIBEIRO, 2016, p. 02).

Como os plásticos são leves e duráveis, os resíduos plásticos se acumulam na superfície terrestre ou são, muitas vezes, transportados das áreas de origem para os sumidouros como o oceano. Estima-se que, aproximadamente, 49% de todos os plásticos produzidos são flutuantes, o que faz com que eles se desloquem através das correntes oceânicas para qualquer lugar do mundo (HAMMER; KRAAK; PARSONS, 2012, p. 05).

Estudos constataram que, de acordo com suas estimativas a nível global, entre 4 e 12 milhões de metros de resíduos plásticos entraram no ambiente marinho em 2010, e que cerca de 150.000 a 500.000 toneladas de resíduos plásticos entram nos oceanos da UE anualmente. Portanto, os resíduos plásticos correspondem a cerca de 80% do lixo marinho, com 50% de lixo de praia composto por itens de plástico de uso único (SUP) (WATKINS; SCHWEITZER, 2018, p. 04).

Por conta da sua alta durabilidade, acaba por prolongar o seu tempo de decomposição e, conseqüentemente, acabam por formar grandes montes de lixo nos oceanos (LORENZETT; RIZZATTI; LORENZETT; GODOY, 2013, p. 2447). Ainda há mais um agravante, muitos produtos plásticos são considerados tóxicos, pois durante sua fabricação são colocados vários aditivos tóxicos tanto para o ambiente quanto à saúde humana (HAMMER; KRAAK; PARSONS, 2012, p. 05). O fato é que, quando esses resíduos plásticos se decompõem, acabam se transformando em petro-polímeros, que são substâncias altamente tóxicas, causando a contaminação das águas e do solo (WATKINS; SCHWEITZER, 2018, p. 05).

Portanto, por mais que os plásticos tenham se tornado desejáveis e muito importantes para a sociedade moderna, eles são letais para a fauna, pois inúmeras espécies de seres vivos são afetadas pela poluição por plástico, seja pelas redes de pescas deixadas nos oceanos ou por resíduos plásticos que são ingeridos por animais que confundem com alimento. Outro impacto negativo causado pela poluição por plástico é o transporte de espécies de uma região para outra, muitas delas exóticas que pegam carona nos resíduos e invadem novos ecossistemas, como, também, os contaminantes que são transferidos para o ambiente ou ingerido pelos animais (HAMMER; KRAAK; PARSONS, 2012, p. 19).

Além desses impactos, ainda há o consumo de combustíveis fósseis, matéria-prima utilizada na fabricação do plástico, o que acaba aumentando os gases de efeito estufa, que causam o aquecimento global.

Cumprido destacar que, diante de todos esses impactos causados ao ambiente pela poluição por plástico, mesmo o ser humano sendo um dos principais afetados, quanto a sua saúde, acaba sendo considerado como o vilão e a vítima, ao mesmo tempo.

3 O CAMINHO PARA A TRANSFORMAÇÃO ECONÔMICA

Quando há o reconhecimento dos limites do uso de recursos e energia planetária, percebe-se a importância de ver o mundo como um “sistema”, no qual a poluição e o desperdício

são vistos como uma derrota e, conseqüentemente, vê-se a necessidade de transformação da economia (BOCKEN; PAUW; BAKKER; GRINTEN, 2016, p. 308).

A União Europeia, por estar inserida na economia global de plásticos e por esse aumento vertiginoso dos problemas, tanto para o ambiente quanto à saúde humana, ciente dessa possibilidade do esgotamento dos recursos e diante da crise econômica que se apresenta mundialmente por conta da dependência humana direta a esses recursos, viu a necessidade de uma transformação econômica, sendo uma das pioneiras a lançar algumas estratégias, baseadas no desenvolvimento sustentável.

As principais medidas que vigoram acerca dessa transformação econômica, produção e consumo sustentáveis, como, também, os resíduos, atualmente na União Europeia, são: a Estratégia Europa 2020, o Plano de Ação da Economia Circular, a Estratégia para os Plásticos numa Economia Circular e a Diretiva recém aprovada sobre plásticos de uso único (SUP).

3.1 ESTRATÉGIA EUROPA 2020

Após a crise econômica, a União Europeia resolveu estabelecer estratégias a longo prazo para o período 2010-2020, composto por cinco objetivos principais, que cada Estado-Membro deveria enquadrar nos objetivos nacionais, quais sejam: emprego, investigação e inovação, alterações climáticas e energia, educação e luta contra a pobreza. O objetivo maior dessa estratégia é gerar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo.

A estratégia supracitada estabelece três prioridades que se reforçam mutuamente: 1) “Crescimento inteligente: desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação”; 2) “Crescimento sustentável: promover uma economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva”; e 3) “Crescimento inclusivo: fomentar uma economia com níveis elevados de emprego que assegura a coesão social e territorial”. Essas prioridades da União Europeia são representativas, ou seja, não são exaustivas, pois poderá haver um vasto leque de ações a nível nacional, da UE e internacional (COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 05).

E para que tais objetivos sejam atingidos, foram estabelecidas duas iniciativas gerais: 1) Uma Europa eficiente em termos de recursos; e 2) Uma política industrial para a era da globalização. E cada uma dessa iniciativa tem suas estratégias próprias, mas sempre havendo uma interligação entre todas por conta do objetivo comum.

A Comissão Europeia o define como o crescimento através de uma economia

sustentável, competitiva, na qual os recursos naturais sejam utilizados de forma eficiente. E para isso, deve-se investir no “desenvolvimento de novos processos e tecnologias, incluindo as tecnologias «verdes», acelerando a implantação das redes inteligentes que recorrem às TIC, explorando redes à escala da UE”. Devendo-se, também, reforçar “as vantagens competitivas das nossas empresas, em especial a nível industrial e das PME, bem como através da prestação de assistência aos consumidores em matéria de utilização eficiente dos recursos” (COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 17).

3.2 PLANO DE AÇÃO DA ECONOMIA CIRCULAR

Por muitos anos, viveu-se um modelo de economia linear, ou seja, baseado na extração, produção e eliminação. Verdade seja que, diante desse modelo econômico insustentável, viu-se a necessidade de uma reformulação dessa economia, passando por uma economia verde e agora apostando na economia circular, na qual se foca na “preservação e valorização do capital natural e na minimização de desperdícios, centrando-se no “fecho do ciclo” em toda a cadeia de valor” (ECO.NOMIA).

Se a demanda por recursos naturais não for minorada, aumentará a produção de resíduos e as emissões geradas nas atividades de extração, processamento, consumo e descarte, além da deterioração resultante na qualidade ambiental. Diante desse fato, a transição para a economia circular é de extrema importância, pois além da impulsionar a proteção do ambiente, através da utilização racional dos recursos, diminuição da poluição, entre outros, haverá uma melhora econômica. O que acaba se tornando, também, um grande impulsionador da reindustrialização, criação de empregos e crescimento econômico, através das novas oportunidades que surgirão em vários setores, incluindo a produção de materiais secundários, reparos e remanufatura, o setor de serviços e a economia de compartilhamento (MCCARTHY; DELLINK; BIBAS, 2018, p. 12).

No entendimento de STAHEL (2016, p. 436), a “economia circular é como um lago”, no qual o “reprocessamento de bens e materiais gera empregos e economiza energia, reduzindo o consumo de recursos e o desperdício”. Como, por exemplo, limpar uma garrafa de vidro e usá-la novamente é mais rápido e barato do que reciclar o vidro ou fazer uma nova garrafa a partir de minerais e os pneus usados dos veículos, em vez de serem despejados, são coletados pelos gerentes de resíduos e vendidos ao maior lance.

Convém destacar que a transição para uma Economia Circular se baseia principalmente

em uma ação conjunta de todos os atores da cadeia de valor, ou seja, a participação desde os produtores aos consumidores, assentando em I&I (política de Investigação e Inovação) com base numa abordagem sistêmica, multidisciplinar, colaborativa e de *ecodesign* de soluções como alavanca para a mudança (FUNDAÇÃO PARA A CIÊNCIA E TECNOLOGIA (FCT), 2017).

A União Europeia, nos últimos anos, concentrou suas estratégias no desenvolvimento de políticas que abordassem especificamente algumas das questões problemáticas em torno dos plásticos. Portanto, já em 2015, ao fazer o Plano de Ação da UE para uma Economia Circular, buscou incluir a problemática dos plásticos, reforçando a competitividade e a promoção do tão almejado desenvolvimento sustentável.

4 INTRODUÇÃO

O Brasil, segundo dados divulgados no ano de 2019 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), se classifica como o sétimo país mais desigual do mundo, ficando atrás somente de países do continente africano. De acordo com o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil ocupa o segundo lugar no *ranking* das maiores concentrações de renda nas mãos de poucas pessoas, uma vez que 28% de toda a riqueza encontra-se de posse de apenas 1% da população.

5 NA BUSCA DE NOVOS RUMOS PARA O PLÁSTICO NA EUROPA

Diante da notória necessidade de mudança e da problemática global com os resíduos plásticos, a União Europeia resolveu criar estratégias específicas e, pode-se dizer, drásticas com relação à gestão dos produtos e resíduos plásticos, influenciando em toda a cadeia produtiva, consumo e pós-consumo.

5.1 ESTRATÉGIA PARA OS PLÁSTICOS NUMA ECONOMIA CIRCULAR

As soluções para os plásticos baseadas numa economia circular devem se concentrar na eliminação de plásticos de uso único e no gerenciamento eficaz de plásticos duradouros, como os usados em veículos e na construção (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2019, p. 10).

A União Europeia se encontra em uma posição privilegiada e de liderança na

transformação econômica para o futuro dos plásticos, através da nova Estratégia para os Plásticos numa Economia Circular³, aprovada em janeiro de 2018, na qual se estabelece as “bases para uma nova economia do plástico, em que a concepção e produção de plásticos e de produtos de plástico respeitem plenamente as necessidades de reutilização, reparação e reciclagem e que desenvolva e promova materiais mais sustentáveis” (COMISSÃO EUROPEIA, 2018, p. 01).

Prevê-se, portanto, o investimento em inovação e novas tecnologias para a solução dos problemas com o consumo de plásticos e, conseqüentemente, reduzir a poluição pelo plástico e seu impacto negativo na saúde humana e no ambiente. Sendo, portanto, o maior objetivo da referida estratégia a implementação de uma “economia moderna, hipocarbônica, eficiente em termos de energia e recursos, bem como, de forma tangível, para a consecução dos objetivos de desenvolvimento sustentável para 2030 e do Acordo de Paris” (COMISSÃO EUROPEIA, 2018, p. 01).

É sobretudo importante assinalar que, seis organizações europeias (Plastics Recyclers Europe (PRE), Petcore Europe, European Carpet and Rug Association (ECRA), Polyolefin Circular Economy Platform (PCEP Europe), European Plastics Converters (EuPC) e VinylPlus), em conjunto com a Comissão Europeia, adotaram um quadro de compromissos voluntários com o objetivo global de até 2040 atingir a reciclagem a um nível de 50% no que tange aos resíduos plásticos, portanto, prosseguir e expandir as atuais atividades de reciclagem de plásticos (COMISSÃO EUROPEIA, 2018, p. 08).

Ademais, o papel da Comissão é apoiar os municípios, para que evitem resíduos de plástico e poluição, devendo, também, reconhecer o papel dos cidadãos nessa jornada para uma economia sustentável de plásticos, incluindo o apoio à inovação do setor privado.

Na aprovação do Pacote de Economia Circular de 2015, inclui-se uma proposta de alteração da Diretiva Embalagens e Resíduos de Embalagens, na qual inclui os seus objetivos de reciclagem. Então, em maio de 2018, foi aprovada a Diretiva 2018/852, que definiu metas de reciclagem de embalagens plásticas de 50% em peso até 2025 e 55% em peso até 2030.

³ Os objetivos da referida estratégia são: 1) “Todas as embalagens plásticas na UE devem poder ser reutilizadas ou recicladas de forma rentável até 2030”; 2) “Reciclagem de mais de 50% dos resíduos de plástico gerados na Europa até 2030”; 3) “Aumento de quatro vezes na capacidade de triagem e reciclagem e melhoria da coleta seletiva até 2030”; 4) “Aumento de quatro vezes na demanda por plásticos reciclados, apoiada por um mercado estabelecido”; 5) “Maior uso de materiais inovadores e matérias-primas alternativas (ou seja, não fósseis) para a produção de plásticos, onde eles são comprovadamente mais sustentáveis”; 6) “Maior uso de soluções circulares para promover a prevenção de resíduos plásticos, como a reversão logística para embalagens e alternativas para plásticos descartáveis”; 7) “Uma diminuição “drástica” do vazamento de plásticos para o meio ambiente”; e 8) “Um papel de liderança para a UE no contexto global de tratamento de resíduos de plástico e poluição”. (WATKINS; SCHWEITZER, 2018, p. 07).

Referida diretiva trouxe metas mais ambiciosas do que a anterior de alcançar 22,5% até 2008 (WATKINS; SCHWEITZER, 2018, p. 08).

Os Estados-membros terão de elaborar políticas nacionais sólidas para atingir os novos objetivos municipais de reciclagem de resíduos (55% até 2025, 0% até 2030 e 65% até 2035), metas globais de reciclagem de embalagens (65% até 2025 e 70% até 2030), e metas de reciclagem de embalagens plásticas (50% até 2025 e 55% até 2030). Isso será fiscalizado e acompanhado pela Comissão Europeia, juntamente com relatórios regulares sobre as realizações objetivos da Estratégia de Plásticos (WATKINS; SCHWEITZER, 2018, p. 15).

Diante do exposto, para que a proposta da Economia Circular seja realmente efetiva, faz-se necessária a observância de algumas fases do ciclo de vida do produto.

5.1.1 Ciclo de vida do produto

O ciclo de vida de um produto começa com a própria Terra, que fornece uma riqueza de recursos, sejam eles renováveis ou não, como, também, as fontes de energia. Após a extração desses recursos, eles entram nas cadeias de produção e fornecimentos de produtos ou podem ser usados na produção de energia. E através do design e fabricação de produtos, esses recursos, agora transformados em matéria-prima, são processados para criar produtos e serviços, que atendam às necessidades da sociedade. Ao final de suas vidas, a maioria dos produtos é coletada e reutilizada, processada para retornar ao uso ou descartada como resíduo (U.S. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, 2009, p. 04).

Os produtos, ao longo do seu ciclo de vida, acabam gerando impactos ao ambiente, seja na extração e processamento de matérias-primas; durante a fabricação, montagem e distribuição; devido à sua embalagem, uso e manutenção; e/ou no final de sua vida (FITZGERALD; HERRMANN; SANDBORN; SCHMIDT; GOGOLL, 2007).

E ainda há um agravante, pois cada etapa desse ciclo requer a utilização de energia e água como insumos, causando impactos ambientais no ar, na água e na terra. Além do fato de que, no decorrer de todo o fluxo de materiais e produtos, requerem transporte e distribuição, contribuindo ainda mais para os impactos ambientais, sejam globais, nacionais ou locais (U.S. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, 2009, p. 04).

A análise do ciclo de vida de um produto é considerada “uma ferramenta de gestão criada para computar entradas e saídas de um sistema de produção, com o objetivo de avaliar o desempenho ambiental dos produtos durante as diversas etapas do seu ciclo de vida”. Essa

análise é muito conhecida como “cradle-to-grave analysis”, ou seja, análise do berço à tumba (COELHO FILHO; SACCARO JUNIOR; LUEDEMANN, 2016, p. 07).

Cumprida a etapa que as etapas para a fabricação de um produto são: 1) Concepção/design do produto; 2) Processo de produção; 3) Distribuição; 4) Utilização; 5) Gestão dos resíduos ou eliminação (ECO.NOMIA). Portanto, deve-se fazer uma análise de todo esse ciclo, preocupando-se com toda a cadeia de valor, fazendo-se necessária uma melhor análise de algumas dessas etapas.

5.1.2 A importância do ecodesign para todo o ciclo de vida do produto

O termo ecodesign se refere às ações no desenvolvimento de produtos, com o objetivo de minimizar o impacto ambiental durante todo o seu ciclo de vida, sem comprometer outros critérios essenciais do produto, como desempenho e custo (JOHANSSON, 2002, p. 98).

O design e desenvolvimento de novos produtos, processos e serviços, através da estratégia de investigação e inovação, “visa contribuir significativamente para uma maior circularidade da economia, promovendo modelos de produção e consumo mais sustentáveis a nível ambiental, social e económico, com base numa perspectiva de ciclo de vida”. Esse novo desenvolvimento de produtos deve incluir o “fecho dos ciclos biológico e tecnológico de materiais, a extensão do tempo de vida dos produtos e o desenvolvimento de novos fluxos, materiais, processos e serviços mais eficientes e com baixas pegadas ecológicas e a implementação de uma economia de partilha e de desempenho” (FUNDAÇÃO PARA A CIÊNCIA E TECNOLOGIA (FCT), 2017, p. 02).

Com o desenho de produtos e serviços projetados para vários ciclos de vida, economicamente viáveis e ecologicamente eficientes. Desenho ou redesenho de produtos de concepção mais duradoura e utilizando menos recursos (ECO.NOMIA).

Portanto, na fase de desenvolvimento do produto é onde se é possível saber quais impactos aquele produto vai acarretar sobre todo o seu ciclo de vida, pois é nessa fase são determinadas as matérias primas a serem usadas, o processo de produção, a distribuição e transporte, a utilização e a reciclagem, até a eliminação (CASTRO, 2011, p. 02), ou seja, o produto é desenhado com uma concepção mais duradoura e utilizando menos recursos ou material reciclado.

Um exemplo de desenvolvimento de novos produtos em substituição do plástico é o Solanyl, que é um polímero produzido pela Rodenburg Biopolymers, cujas características são

semelhantes aos plásticos utilizados na engenharia, como o polietileno, polipropileno e poliestireno. Referido produto utiliza 65% menos energia para ser fabricado e é 10 a 50% mais barato em comparação aos citados polímeros sintéticos (BOCKEN; PAUW; BAKKER; GRINTEN, 2016, p. 315-316).

Esse produto é fabricado principalmente através das cascas de batata que sobraram da produção de batatas fritas e outros produtos de batata permitem o preço mais baixo. Tem alta capacidade biodegradação no solo e pode ser usado como nutriente por microrganismos. Sendo, portanto, considerado uma forma sustentável de substituição do plástico (BOCKEN; PAUW; BAKKER; GRINTEN, 2016, p. 315-316).

Outra iniciativa positiva quanto a isso é a CBPAK, que “está unindo ciência material e inovação em modelo de negócio para gerar valor a partir da mandioca”, ou seja, referida empresa utiliza a mandioca brava, uma espécie não comestível, na produção de embalagens descartáveis, em substituição aos “problemáticos plásticos”. A proposta da empresa é fazer a logística reversa com seus clientes, que farão o descarte das embalagens pós-uso, e através de parceiras com “empresas locais de compostagem, que coletam as embalagens usadas e as convertem em adubo que pode ser usado para regenerar terras agrícolas” (CHAVIN, 2017, p. 02).

Pelo exposto, nota-se que ao desenvolver produtos mais sustentáveis, serão adotados processos de produção mais limpos, limitando a utilização de substâncias tóxicas, ainda promover a utilização racional dos recursos, sejam de materiais, energia ou recursos hídricos.

5.1.3 Gestão de resíduos e a importância da logística reversa nessa fase

Como já mencionado anteriormente, diante do aumento da produção de resíduos pela população, do consumo desenfreado e do alto custo no tratamento e gestão dos resíduos sólidos, e com o surgimento de legislações mais restritivas e preocupadas com a proteção ambiental, fizeram com que os Estados repensassem a forma como essa gestão era feita, procurando cada vez mais alternativas mais sustentáveis para o tratamento e descartes de resíduos sólidos (MARQUES; AGUIAR, 2004, p. 846).

A Estratégia Europeia para Plásticos em uma Economia Circular de 2018 observou que a reciclagem de plástico não acompanhou a sua crescente produção global. Atualmente, na Europa, apenas 30% dos resíduos plásticos são coletados para reciclagem e, na sua maioria, essas operações de reciclagem ocorre fora da Europa, onde as práticas e padrões ambientais

podem ser diferentes (EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, 2019, p. 22).

Portanto, percebe-se que com a economia linear, após a utilização do produto, ele era eliminado em aterros sanitários ou lixões, que muitas vezes não tinham o tratamento correto e acabava ocasionando a poluição do ambiente. Com essa mudança de paradigma para uma economia mais circular, esse resíduo se transforma novamente em recurso, ou seja, acontece a sua reentrada no ciclo de produção, e o que era resíduo é utilizado na cadeia produtiva como recurso, matéria-prima.

Essa reutilização, remanufatura ou reciclagem pode ser feita de duas formas, através do *upcycling*, que significa a “reutilização criativa, processo de reconversão de resíduos em novos materiais ou produtos de maior valor acrescentado” ou do *downcycling*, que é o “processo de reconversão de resíduos em novos materiais ou produtos de menor qualidade/funcionalidade reduzida” (ECO.NOMIA).

Verdade seja que a logística reversa⁴ é uma obrigação das empresas de coleta dos resíduos provenientes do consumo de seus produtos para serem recuperados, reutilizados ou reciclados. É considerada umas das responsabilidades por parte do produtor no ciclo de vida do produto e depende da estratégia escolhida pelo Estado, através de sua legislação nacional, que geralmente é feita uma parceria entre o Poder Público e o particular, para que possa ser feita a retirada do produto ou resíduo após sua utilização.

5.2 DIRETIVA PARA A REDUÇÃO DO IMPACTO DE DETERMINADOS PRODUTOS DE PLÁSTICO NO AMBIENTE

Em maio de 2018, a Comissão Europeia elaborou uma proposta legislativa sobre os chamados plásticos de uso único (SUP), entre outros⁵, com o objetivo maior de reduzir o impacto ambiental e sanitário dos produtos de plástico e a promoção da transição para uma economia circular. A adoção da proposta foi votada e aprovada pelo Parlamento Europeu em 24 de outubro de 2018, relativa à redução do impacto de determinados produtos de plástico no ambiente, com alterações (WATKINS; SCHWEITZER, 2018, p. 07).

⁴ É definida como um “instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada”. Art. 3º, XII, da Lei nº. 12.305, de 02/08/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 09/08/2019.

⁵ Os plásticos de Uso Único (SUPs) são os mais frequentemente encontrados como lixo nas praias da UE, juntamente com artes de pesca.

Referida proposta foi aprovada e transformou-se em Diretiva, em 05 de junho de 2019, e tem como principais objetivos: 1) “prevenir e reduzir o impacto de determinados produtos de plástico no ambiente, mais particularmente no meio aquático, e na saúde humana”; e 2) “promover a transição para uma economia circular com modelos de negócio, produtos e materiais inovadores e sustentáveis, contribuindo assim igualmente para o funcionamento eficiente do mercado interno” (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019).

Os produtos de plásticos de utilização única foram definidos pela Diretiva, para uma melhor aplicação pelos Estados-membros, no seu artigo 3º, item 2, como:

Um produto fabricado total ou parcialmente a partir de plástico e que não é concebido, projetado ou colocado no mercado para perfazer múltiplas viagens ou rotações no seu ciclo de vida mediante a sua devolução a um produtor para reenchimento ou a sua reutilização para o mesmo fim para o qual foi concebido (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 2019).

Além dos plásticos de utilização única, os quais foram enumerados pela Diretiva, a União Europeia incluiu os produtos feitos de plástico oxodegradável e às artes de pesca que contêm plástico.

Para tanto, cumpre destacar que referida transformação econômica não está e nem será fácil, pois existem vários desafios a serem enfrentados, tais como o “desenvolvimento e adoção de processos de produção mais eficientes”, e “a alteração de comportamentos, o desenvolvimento e teste de tecnologias e materiais renováveis (sempre que possível), a exploração sustentável de matérias-primas essenciais” (FUNDAÇÃO PARA A CIÊNCIA E TECNOLOGIA (FCT), 2017).

Para que a transformação aconteça é necessário o investimento dos Estados-membros em novas tecnologias e inovação, que poderá ser feito através de incentivos fiscais e políticas públicas modeladora de comportamento, seja por parte da sociedade ou das empresas particulares e do próprio Estado, através de políticas que facilitem a circulação de bens e serviços e da economia como um todo.

6 CONCLUSÃO

É inequívoca a importância dos plásticos na economia mundial, em especial na Europa, pois sua utilização está nos mais diversos produtos, por conta do seu baixo custo, sua versatilidade e durabilidade. No entanto, diante da sua má utilização pelos seres humanos, acabaram por causar vários impactos e danos ao ambiente e à própria saúde e vida humana.

No que se refere aos impactos ambientais decorrentes do mau uso desses produtos, destacamos: contaminação das águas, principalmente a água potável, também chamada de doce, e do solo por causa das substâncias tóxicas liberadas na decomposição do plástico, o que acaba prejudicando diversos habitats terrestres e aquáticos. E ainda há um dos maiores problemas da atualidade, que é a poluição marinha, pois não há limites nos mares e oceanos, eles são interligados, então, quando há um descarte de lixo em uma determinada região, ele percorre através das correntes marítimas até outro continente. Além dos impactos e prejuízos ambientais, por se tratar de um sistema, onde tudo está interligado, conseqüentemente, acaba afetando a fauna e flora, como, também à saúde e vida humana.

Oportuno destacar que a União Europeia, ciente da crise mundial que assola os países, da escassez de recursos naturais e da importância econômica dos plásticos e dos efeitos negativos causados pela utilização predatória dos recursos naturais e da má gestão dos resíduos, mostrou-se pioneira em buscar soluções para que seus Estados-membros consigam melhor gerir o desenvolvimento econômico, sempre buscando a sustentabilidade ambiental e social.

Diante dessa percepção sobre os novos rumos para a Europa, foram estabelecidas estratégias pontuais para solucionar o problema dos plásticos, que são: Estratégia para os plásticos numa Economia Circular e a Diretiva para a redução do impacto de determinados produtos de plástico no ambiente. São ações novas, com o intuito de trazer uma mudança radical no que concerne a economia do plástico, passando a incluí-los na Economia Circular já existente, porém, com as adaptações devidas.

É importante ressaltar que a Economia Circular é considerada uma estratégia econômica baseada na “redução, reutilização, recuperação e reciclagem de materiais e energia potenciando o valor e, conseqüentemente, o tempo de vida útil dos produtos, materiais e recursos na economia”, visando a “valorização dos recursos, principalmente os renováveis e recicláveis, através do conhecimento aprofundado dos processos tecnológicos, sociais, ambientais, culturais e econômicos associados ao metabolismo da economia” (FUNDAÇÃO PARA A CIÊNCIA E TECNOLOGIA (FCT), 2017).

De acordo com estudo da OCDE, a reciclagem, a nível global, tem um mercado estimado entre 700 e 800 mil toneladas e avaliado no valor de mais de 200 bilhões de dólares. Dentre os principais materiais comercializados estão os metais, papel e plástico (OECD GREEN GROWTH STUDIES, 2015, p. 93). Isso mostra como a reciclagem tem um grande potencial de investimento econômico.

Contudo, somente a reciclagem não é suficiente para a mudança esperada e é isso que a nova estratégia dos plásticos na economia circular traz, na qual há uma maior preocupação com

o ciclo de vida do plástico, na prevenção da produção de resíduos, buscando uma alteração comportamental da sociedade como um todo, na qual haja uma redução no consumo dos produtos plásticos ou até a substituição destes.

Portanto, buscou-se promover a diminuição da sua utilização de produtos plásticos, através do investimento em investigação e inovação de novos produtos que pudessem substituir, promover uma transformação comportamental da sociedade, fazendo com que repensassem os atuais padrões de consumo e produção de resíduos. Como, também, através da economia circular, fazer com que os resíduos se transformem em recursos e retornem a cadeia produtiva, diminuindo, assim, o seu descarte.

Apesar do alto nível de interesse público em resíduos plásticos e seus graves impactos no meio ambiente e, conseqüentemente, na saúde humana, a geração de resíduos plásticos ainda está aumentando e continuará a acontecer. Portanto, a prevenção dos resíduos de plástico na fonte se mostra a estratégia mais eficaz, tendo particularmente em conta os investimentos necessários em instalações de tratamento de resíduos de fim de linha e infraestruturas que seriam necessárias para lidar com estas quantidades crescentes de resíduos de plástico (EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, 2019, p. 31).

Diante do exposto, tratam-se de estratégias novas para resolver os problemas dos plásticos, estando ainda em implementação pelos Estados-membros, porém, pode-se ver que já está acontecendo uma mudança de postura da sociedade e dos Estados, na qual já existem acordos voluntários de indústrias interessadas no investimento de novas soluções, em parceria com o Poder Público, através de incentivos econômicos. Tudo isso possibilitará uma melhor gestão dos recursos, evitando desperdícios, sendo, portanto, um instrumento de extrema importância para cumprir os compromissos climáticos em nível nacional.

6 REFERÊNCIAS

BARNES, David K. A.; GALGANI, Francois; THOMPSON, Richard C.; e BARLAZ, Morton. **Accumulation and fragmentation of plastic debris in global environments**. N°. 364. 2009. Phil. Trans. R. Soc. B. P. 1985–1998. Disponível em: <<http://doi.org/10.1098/rstb.2008.0205>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BOCKEN, Nancy M. P.; PAUW, Ingrid de; BAKKER, Conny; e GRINTEN, Bram van der. “Product design and business model strategies for a circular economy”. In: **Journal of Industrial and Production Engineering**. 33:5. 26 Apr 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/21681015.2016.1172124>>. Acesso em: 02 maio 2019.

CASTRO, Filipa Gonçalves de. **Integração de Práticas de Ecodesign no Processo de**

Desenvolvimento de Novos Produtos. Tese de Mestrado Engenharia Industrial/Gestão Industrial. Universidade do Minho. Jul. 2011.

CHAVIN, Stella; e JEFFRIES, Nick. **Six circular economy case studies from Brazil.** 2017. Disponível em: <<https://medium.com/circulatenews/six-circular-economy-case-studies-from-brazil-3d7a9656da26>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

COELHO FILHO, Osmar; SACCARO JUNIOR, Nilo Luiz; LUEDEMANN, Gustavo. “A avaliação de ciclo de vida como ferramenta para a formulação de políticas públicas no Brasil”. *In: Texto para discussão.* Brasília: IPEA, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. “Nova estratégia ambiciosa para promover os plásticos”. *In: Revista Ambiente para os Europeus.* 16/03/2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/efe/themes/economics-strategy-and-information/ambitious-new-strategy-make-plastic-fantastic_pt>. Acesso em: 13 maio 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. “Uma Estratégia Europeia para os Plásticos na Economia Circular”. *In: Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões.* COM (2018) 28 final. Estrasburgo, 16 jan. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. **Europa 2020-Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo (COM (2010) 2020 final.** Bruxelas, 03 mar. 2010. Disponível em: <http://www.poci-competite2020.pt/admin/fileman/Uploads/Documents/Estrategia_europa2020.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

ECO.NOMIA. **Economia Circular – Estratégias da Economia Circular.** Disponível em: <<http://eco.nomia.pt/pt/economia-circular/diagrama-de-sistemas>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

ECYCLE. **De onde vêm e o que são os plásticos?** Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/component/content/article/35-atitude/676-de-onde-vem-e-o-que-sao-os-plasticos.html>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

EUROPEAN COMMISSION (DG ENVIRONMENT). **Plastic Waste in The Environment– Final Report.** April 2011. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/environment/waste/studies/pdf/plastics.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2019.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. **Preventing plastic waste in Europe.** EEA Report, n.º. 02/2019. Disponível em: <<https://www.eea.europa.eu/publications/preventing-plastic-waste-in-europe>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

FITZGERALD, Daniel P.; HERRMANN, Jeffrey William; SANDBORN, Peter A.; SCHMIDT, Linda C. e GOGOLL, Thornton H. **Design for Environment (DfE): Strategies, Practices, Guidelines, Methods, and Tools.** March 2007. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/9780470168202.ch1>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

FUNDAÇÃO PARA A CIÊNCIA E TECNOLOGIA (FCT). **Extrato do Plano Nacional de Ciência e Tecnologia (PNCT).** Julho 2017. Disponível em:

<https://www.fct.pt/agendastematicas/docs/inclusao_social_e_cidadania.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

HAMMER, Jort; KRAAK, Michiel H.S.; e PARSONS, John R. “Plastics in the Marine Environment: The Dark Side of a Modern Gift”. *In: **Reviews of Environmental Contamination and Toxicology***. D.M. Whitacre, 2012. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/22610295>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

INOUE, Cristina Y. A.; RIBEIRO, Thais Maria Machado Lemos. **Padrões sustentáveis de produção e consumo: resíduos sólidos e os desafios de governança do global ao local**. Meridiano 47, 17: e17008, 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/299496666_Padroes_sustentaveis_de_producao_e_consumo_residuos_solidos_e_os_desafios_de_governanca_do_global_ao_local>. Acesso em: 14 jun. 2019.

JOHANSSON, Glenn. “Success factors for integration of ecodesign in product development A review of state of the art”. *In: **Environmental Management and Health***. Vol. 13, nº. 1, 2002.

LIU, Lili; LIANG, Yangyang; SONG, Qingbin; e LI, Jinhui. “A review of waste prevention through 3R under the concept of circular economy in China”. *In: **J Mater Cycles Waste Manag.*** 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/316009473_A_review_of_waste_prevention_through_3R_under_the_concept_of_circular_economy_in_China>. Acesso em: 16 mar. 2019.

LORENZETT, Juliana Benitti; RIZZATTI, Cláudia Bach; LORENZETT, Daniel Benitti; GODOY, Leoni Pentiado. “Sacolas plásticas: uma questão de mudança de hábitos”. *In: **LORENZETT et al.*** nº 11. P. 2446-2454, jan-abr 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/index.php/remoa/article/view/7725>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

MARQUES, Claudia Scoton Antonio; e AGUIAR, Edson Martins de. **A importância da logística reversa no gerenciamento de resíduos sólidos**. Florianópolis: ICTR, 2004. Disponível em: <<https://www.ipen.br/biblioteca/cd/ictr/2004/ARQUIVOS%20PDF/06/06-071.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

MCCARTHY, Andrew; DELLINK, Rob; e BIBAS, Ruben. “The Macroeconomics of the Circular Economy Transition: A Critical Review of Modelling Approaches”. *In: **OECD Environment Working Papers***. Nº. 130. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/af983f9a-en>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

OECD GREEN GROWTH STUDIES. **Material Resources, Productivity and the Environment**. 12 Feb. 2015. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264190504-en.pdf?expires=1560776464&id=id&accname=ocid54022976&checksum=38B453803C9BA55BCB9F2277BB9EA16A>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. **Diretiva (UE) 2019/904**. 5 de junho de 2019. Relativa à redução do impacto de determinados produtos de plástico no ambiente. Disponível em: <https://apambiente.pt/_zdata/Políticas/Residuos/Plastico_de_UsoUnico/Diretiva_SUP_PT.pdf>

f>. Acesso em: 08 ago. 2019.

PORTAL DA EDUCAÇÃO. **Sacolas Plásticas x Meio Ambiente: Como re(agir)?**

Disponível em:

<<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/conteudo/sacolas/14622#ixzz2IFMeCQf4>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

REDAÇÃO MUNDO ESTRANHO. “Como foi inventado o plástico?”. *In: Revista Super Interessante*. Publicado em 18/04/2011. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-foi-inventado-o-plastico/>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

STAHEL, Walter R. “The circular economy”. *In: Comment-Nature*. Vol. 531. 24/03/2016.

Disponível em:

<https://www.nature.com/news/polopoly_fs/1.19594!/menu/main/topColumns/topLeftColumn/pdf/531435a.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

U.S. ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. **Sustainable Materials Management: The Road Ahead**. June 2009. Disponível em:

<https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-08/documents/sustainable_materials_management_the_road_ahead.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2020.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Plastics and Circular Economy: Community Solutions**. 2019. Disponível em:

<https://www.thegef.org/sites/default/files/publications/gef_sgp_plastics_circular_economy_publication_june2019.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2019.

WATKINS, Emma e SCHWEITZER, Jean-Pierre. “Moving towards a circular economy for plastics in the EU by 2030”. *In: Think 2030*. 12 October 2018. Disponível em:

<<https://ieep.eu/uploads/articles/attachments/4e8d42a2-c8a8-4d40-bae0-c3429b10fe4d/Think%202030%20Circular%20economy%20for%20plastics.pdf?v=63710011292>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Julia Soares Mafra¹
Maria Eduarda Vieira Schug da Silva²
Rafaela Borgo Koch Schlickmann³

Recebido em 21/06/2021
Aceito em 18/08/2021

RESUMO

A temática do presente artigo está inserida no estudo da responsabilização civil da Administração Pública por omissões durante a crise pandêmica de Covid-19. O objetivo geral é identificar se há a possibilidade de o Estado ser responsabilizado pelos danos sociais causados por eventuais omissões de seus agentes no contexto de enfrentamento à pandemia de Covid-19, no Brasil. Os objetivos específicos são: a) analisar o conceito jurídico da Responsabilidade Civil do Estado; b) identificar quais são os pressupostos e excludentes da Responsabilidade Civil do Estado; c) pesquisar sobre a Responsabilidade Civil do Estado por omissão e possíveis precedentes; d) analisar as contribuições da Comissão de Inquérito Parlamentar da Covid-19 para identificação das omissões. Como hipótese se tem que, considerando o dano social gerado em virtude das omissões na aquisição de vacinas e no incentivo a políticas públicas de prevenção e combate à Covid-19, há a possibilidade de responsabilização civil do Estado, contudo, desde que constatados os pressupostos de responsabilização nesse contexto. Nos resultados concluiu-se que, ao final das investigações realizadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Covid-19, que atualmente tramita no Senado Federal, caso evidenciadas omissões estatais ensejadoras de danos à sociedade brasileira, haverá a possibilidade de responsabilização do Estado por omissões no enfrentamento da pandemia de Covid-19.

PALAVRAS CHAVE: Responsabilidade Civil do Estado. Omissão. Covid-19.

THE CIVIL LIABILITY OF THE STATE FOR OMISSION IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL

ABSTRACT

The theme of this article is inserted in the study of civil liability of the Public Administration for omissions during the Covid-19 pandemic crisis. The general objective is to identify whether the State is likely to be held responsible for social damage caused by any omissions by its agents in the context of fighting the Covid-19 pandemic in Brazil. The specific objectives are: a) to analyze the legal concept of civil liability of the State;

¹ Graduanda do sétimo período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – Campus de Balneário Camboriú. E-mail: mfrajulia@gmail.com.

² Graduanda do sétimo período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – Campus de Balneário Camboriú. E-mail: mariaeduardaschug@gmail.com.

³ Doutora e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Professora da Graduação nos cursos de Direito e Gastronomia na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. E-mail: rafaelabkoch@univali.br.

b) identify the assumptions and exclusions of State civil liability; c) researching the State's civil liability for omission and possible precedents; d) analyze the contributions of the Covid-19 Parliamentary Inquiry Committee to identify omissions. As a hypothesis, considering the social damage generated due to omissions in the acquisition of vaccines and in the encouragement of public policies to prevent and combat Covid-19, there is the possibility of civil liability of the State, however, the assumptions must be present accountability in this context. As a result, at the end of the investigations carried out by the Covid-19 Parliamentary Inquiry Commission, which is currently in the Federal Senate, if state omissions causing damage to Brazilian society are evidenced, there will be the possibility of holding the State responsible for omissions in the confrontation of the Covid-19 pandemic.

Keywords: Civil Liability of the State. Omission. Covid-19.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui como objetivo analisar se há Responsabilidade Civil estatal pelos danos causados por omissões no que concerne ao combate da pandemia da Covid-19 no Brasil. A fim de atingir o objetivo geral, são delimitados os seguintes objetivos específicos: a) analisar o conceito jurídico da Responsabilidade Civil do Estado; b) identificar quais são os pressupostos e excludentes da Responsabilidade Civil do Estado; c) pesquisar sobre a Responsabilidade Civil do Estado por omissão e possíveis precedentes; d) analisar as contribuições da Comissão de Inquérito Parlamentar da Covid-19 para identificação das omissões.

Preliminarmente, o estudo visa conceituar a Responsabilidade Civil estatal e seus pressupostos. Discorre-se sobre as excludentes da responsabilização civil do Estado. Estuda-se a Responsabilidade Civil estatal por omissão, e, por fim, a Comissão Parlamentar de Inquérito da Covid-19 e suas contribuições para a identificação de omissões.

Como hipótese se tem que, considerando o dano social gerado em virtude das omissões na aquisição de vacinas e no incentivo a políticas públicas de prevenção e combate à Covid-19, há a possibilidade de responsabilização civil do Estado, contudo, desde que constatados os pressupostos de responsabilização nesse contexto.

A problematização da pesquisa norteia-se em evidenciar como a responsabilização civil da Administração Pública por omissão de seus agentes depende da identificação clara dos pressupostos da responsabilidade, além de necessitar demonstrar a não ocorrência de alguma excludente de responsabilidade civil do Estado. Em todas as fases desta pesquisa empregou-se o método indutivo, sendo o mesmo operacionalizado através das técnicas do referente e da pesquisa bibliográfica.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: CONCEITUAÇÃO E PRESSUPOSTOS

Em um primeiro momento, a fim de entender de modo mais aprofundado como se daria a responsabilização civil estatal por atos omissivos de seus agentes no contexto pandêmico da Covid-19, deve-se contextualizar e conceituar o instituto jurídico da Responsabilidade Civil do Estado, identificando os seus pressupostos. Atualmente, a responsabilidade civil da Administração Pública alcançou o patamar de responsabilidade objetiva, independentemente da culpabilidade. Contudo, no decorrer da evolução do Direito, pode ser observado que, nos primórdios, havia o princípio da irresponsabilidade absoluta do Estado (*The King can do no wrong*)⁴. Ainda, para Rosa⁵:

A responsabilidade é um fato social porque está inserida na vida em sociedade. Independente do tipo da norma descumprida, importando a transgressão em alguma lesão, rompe-se a ordem e a harmonia social, dando margem à responsabilidade que surge como instrumento único, hábil e capaz de se retomar ao status quo ante.

Conforme a disposição constitucional⁶ do artigo 37, § 6º, a Administração Pública responde por danos que seus agentes, no exercício de suas atribuições, ocasionem a terceiros. Nesse sentido, conceitua Di Pietro⁷, a responsabilidade do “[...] Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.”

Assim sendo, deve-se analisar os pressupostos da responsabilização civil do Estado. No âmbito da Responsabilidade Civil, existem três pressupostos básicos e fundamentais: o dano gerado a terceiro, o ato ilícito causador do dano e o nexo causal entre o dano ocasionado e o referido ato. Para a responsabilização da Administração, aplicam-se justamente os pressupostos clássicos, contudo, ressalta-se que a ilicitude do ato estatal é elemento desnecessário para a

⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. n. p. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:752860>. Acesso em: 03 Jun. 2021.

⁵ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi da. **Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado**. p. 14. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/76502/104834.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 Jun. 2021.

⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 Jun. 2021.

⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1488.

configuração do dever de indenizar⁸; basta apenas que o ato seja praticado por agente estatal para a ocorrência da possibilidade de responsabilidade civil.

No mais, aplica-se a teoria do risco administrativo⁹ para a ocorrência de responsabilização por parte da Administração, que significa que – apesar de poder haver Responsabilidade Civil do Estado sem existência de culpa – é elementar a aparição do nexo de causalidade entre o dano gerado a terceiro e a atitude danosa do agente público.

Assim sendo, pode-se observar que a Responsabilidade Civil do Estado não tem ocorrência universal, isto é, necessita da configuração clara de seus pressupostos, principalmente em relação ao nexo de causalidade.

No mais, sobre o dever de indenizar decorrente de omissões por parte da Administração, deve sempre ser observada a ocorrência específica de uma inação geradora de dano, não sendo admitida a configuração de Responsabilidade Civil do Estado por uma omissão abstrata ou genérica.

Contudo, mesmo sendo observados todos os requisitos de configuração da responsabilidade, existem certas circunstâncias que são capazes de atenuar ou, até mesmo excluir, o dever de indenizar do Estado, circunstâncias essas que merecem destaque e necessitam ser analisadas.

2.1 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO

A ocorrência de nexo causal é pressuposto elementar para a responsabilização civil do Estado, como visto. Nesse contexto, o nexo deixa de existir – ou passa a gerar reflexos reduzidos – quando a Administração Pública não for a causadora do dano ou quando, junto com o poder público, existirem outras ensejadoras do dano, sendo apontadas como causas que excluem a responsabilidade a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiro.¹⁰

A primeira excludente, a força maior, se trata de fato que “[...] se prevê ou é previsível, mas não se pode, igualmente, evitar, haja vista ser mais forte do que a vontade ou ação do homem.”¹¹ Assim sendo, ao se falar de ocorrência de força maior, há a referência a evento

⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário n. 113587**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur67244/false>. Acesso em : 03 Jun. 2021.

⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1503.

¹¹ARAÚJO, Eugênio Rosa. **A responsabilidade civil do Estado por omissão e suas excludentes**. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Eugenio_Rosa_de_Araujo.pdf. Acesso em: 03 Jun. 2021.

danoso que pode ou não ser previsto de antemão; contudo, em qualquer um dos casos, não haverá a possibilidade evitar o prejuízo.

Em relação à culpa exclusiva da vítima, não seria razoável que o Estado fosse responsável por reparar danos gerados pela própria vítima, sem qualquer influência de atos omissivos ou comissivos por parte da Administração, pois há o rompimento do nexo de causalidade. Não obstante a possibilidade de o fato danoso decorrer apenas de atitude culpável da própria vítima, há ainda a alternativa de o dano ocorrer por influência concorrente entre vítima e Estado. Nessa última possibilidade, não há de se falar em excludente de responsabilidade civil, mas de uma atenuante. Assim, o ente estatal “[...] responde proporcionalmente ao grau de culpa do seu agente. Há a repartição de responsabilidades e o juiz fixa a indenização de forma proporcional, respondendo o Estado apenas pelos danos a que deu causa.”¹²

Ainda, há a excludente do ato (ou culpa) de terceiro¹³, ou seja, da ocasião em que o dano não é gerado por agente do Estado, desaparecendo o nexo causal, haja vista que, novamente, não seria a Administração a ensejadora do prejuízo.

Para Araújo¹⁴, há ainda mais uma espécie de excludente de responsabilidade civil do ente estatal, que seria o caso fortuito, sendo conceituado como:

Fortuito, do latim *fortuitus*, de *fors*, quer dizer casual, acidental, ao azar. É, no sentido exato de sua derivação, o caso que não se poderia prever e se mostra superior às forças ou vontade do homem para que pudesse evitá-lo. [...] No entanto, modernamente, entende-se que somente o caso fortuito externo, ligado à força maior, o *Act of God* dos ingleses, estranho à pessoa do agente e da máquina administrativa, é capaz de excluir a responsabilidade do agente. [...] O caso fortuito interno, ligado à pessoa, à coisa ou à empresa do agente, não constitui excludente de responsabilidade, porque este seria previsível e ligado à pessoa (quando ocorre um mal súbito, por exemplo) ou à máquina (defeitos mecânicos, por exemplo).

Por conseguinte, após aclaradas as incorrências de excludente de responsabilidade, deve-se conceituar de maneira mais minuciosa a responsabilização civil do Estado por omissão, bem como identificar a aplicação prática desse instituto em inações estatais.

¹²ARAÚJO, Eugênio Rosa. **A responsabilidade civil do Estado por omissão e suas excludentes**. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Eugenio_Rosa_de_Araujo.pdf. Acesso em: 03 Jun. 2021.

¹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹⁴ARAÚJO, Eugênio Rosa. **A responsabilidade civil do Estado por omissão e suas excludentes**. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Eugenio_Rosa_de_Araujo.pdf. Acesso em: 03 Jun. 2021.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

No tocante à omissão, entende-se que somente haverá caracterizada esta modalidade quando restarem comprovados os elementos da culpa, e para isso, Carvalho Filho¹⁵ ensina que

[...]quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

Ainda, clarifica-se o ato omissivo como sendo, segundo Marinela¹⁶

Nas condutas omissivas, no não fazer do Estado, hoje a doutrina e a jurisprudência dominantes reconhecem a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, estando assim o dever de indenizar condicionado à comprovação do elemento subjetivo, a culpa e o dolo, admitindo a aplicação da culpa anônima ou culpa do serviço, que se contenta com a comprovação de que o serviço não foi prestado ou foi prestado de forma ineficiente ou atrasada.

Como já visto anteriormente, a omissão estatal configura-se em Responsabilidade Civil subjetiva, uma vez que para comprová-la, necessita dos três elementos comprovados: negligência, dano e nexos causal, e nesse sentido, Mazza¹⁷ discorre que, nos casos de dano por omissão, é devida a indenização quando a vítima deixar comprovado que o prejuízo foi gerado pela omissão, nos termos da teoria objetiva.

Ainda, no que tange ao dever de indenizar por omissões estatais, a Administração Pública apenas responde por alguns tipos de omissões, sendo, nesse caso, as específicas, diretas e concretas, sendo impossível a Responsabilização Civil do Estado por uma omissão genérica.¹⁸ A necessidade de ser evidenciada omissão específica para a configuração de Responsabilidade Civil do Estado por omissão torna ainda mais nítida a primordialidade de existência de um nexos de causalidade de maneira cristalina entre o dano e a inação estatal. Sobre o tema da omissão estatal, lecionam Netto, Farias e Rosenvald¹⁹:

¹⁵FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 832.

¹⁶MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1.060.

¹⁷MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹⁸FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil: Volume Único**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2020. p. 308.

¹⁹FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil: Volume Único**. p. 308.

São muitas e complexas as questões envolvem a responsabilidade civil do Estado por omissão. Entre outros fatores que podem ajudar a solucionar a controvérsia está a seguinte questão: o Estado tinha o dever de evitar o dano? A jurisprudência constata, em muitos casos, que o Estado deve responder civilmente pelos danos decorrentes de sua omissão, pois deveria evitar o fato lesivo e não evitou.

No que diz respeito à necessidade de haver omissão específica para configurar a Responsabilidade Civil do estado, colaciona-se o julgado do STF acerca do tema:

Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Teoria do Risco Administrativo. Art. 37, § 6º, da Constituição. Pressupostos necessários à sua configuração. Demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. 4. Omissão específica não demonstrada. Ausência de nexo de causalidade entre a suposta falta do serviço e o dano sofrido. Necessidade do revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁰

Com isso, subentende-se que a Responsabilidade Civil do Estado por omissão, conforme Rossi²¹, refere-se à atitude ilícita por parte da Administração, fora dos padrões esperados, materializada pela omissão, sendo enquadrado como um poder de agir não efetivado.

Esse poder de agir a fim de evitar o dano se amolda à proposta inicial da presente pesquisa, uma vez que, diante de um cenário pandêmico totalmente novo e inesperado, espera-se a ação do Estado para combater a situação, garantindo à população os métodos farmacológicos e não farmacológicos eficazes por comprovação científica a fim de evitar – ou pelo menos atenuar – os possíveis danos sociais decorrentes da proliferação do vírus da Covid-19, o que está sendo investigado pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia, haja vista a ocorrência de suposta omissão estatal no que tange à aplicação de políticas públicas efetivas para o enfrentamento da problemática.

4 A COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DA COVID-19 E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA IDENTIFICAÇÃO DE OMISSÕES

Em um primeiro momento, é oportuno trazer a conceituação jurídica do que vem a ser uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

²⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 677139. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur332411/false>. Acesso em: 17 jun. 2021.

²¹ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Conforme o artigo 58, § 3º, da CRFB/1988²², uma CPI detém poderes de investigação inerentes a autoridades judiciais, além de outros poderes previstos no regimento interno da referida Casa Legislativa, sendo criada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou não, por requerimento de um terço dos membros a fim de apurar determinado fato por prazo certo, sendo que o relator deverá elaborar as conclusões e fazer a remessa ao Ministério Público, objetivando a responsabilização civil ou criminal dos infratores. Sobre o tema das Comissões Parlamentares de Inquérito, ressalta-se a lição de Gomes²³:

As CPI's podem ser compreendidas como órgãos colegiados, temporários e auxiliares das Casas Legislativas que têm por objetivo investigar fato certo em tempo determinado. As motivações que justificam a instauração das CPI's são temáticas e de interesse público que podem ser dotadas de natureza política, jurídica ou administrativa. [...] As CPI's são dotadas de poder instrutório, ou seja, podem determinar diligências para promover a constituição do contexto probatório sobre o fato determinado investigado com algumas restrições como é o caso da escuta telefônica, que somente é possível por ordem judicial.

Assim sendo, após se ter clara a conceituação do instituto jurídico da CPI, deve-se adentrar ao contexto da Comissão Parlamentar de Inquérito da Covid-19. A referida comissão foi instaurada em 27 de abril de 2021, haja vista os Requerimentos n. 1371/2021²⁴ e n. 1372/2021²⁵, que pugnaram pelo início das investigações parlamentares a fim de apurar as atitudes comissivas ou omissivas que ensejaram danos sociais no âmbito de enfrentamento da pandemia de Covid-19. É o objetivo principal da CPI da Covid-19, conforme as informações do Senado Federal²⁶:

Apurar, no prazo de 90 dias, as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da Pandemia da Covid-19 no Brasil e, em especial, no agravamento da crise sanitária no Amazonas com a ausência de oxigênio para os pacientes internados; e as possíveis irregularidades em contratos, fraudes em licitações, superfaturamentos, desvio de recursos públicos, assinatura de contratos com empresas de fachada para prestação de serviços genéricos ou fictícios, entre outros ilícitos, se valendo para isso de recursos originados da União Federal, bem como outras ações ou omissões

²²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2021

²³GOMES, Fabrício Ponte. **Aspectos pontuais sobre o poder de investigação das Comissões Parlamentares de Inquéritos – CPI's e o papel do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/ASPECTOS-PONTUAIS-SOBRE-O-PODER-DE-INVESTIGA%C3%87%C3%83O-DAS-OMISS%C3%95ES-PARLAM.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.

²⁴SENADO FEDERAL. **Requerimento n. 1371, de 2021**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148070>. Acesso em: 17 jun. 2021.

²⁵SENADO FEDERAL. **Requerimento n. 1372, de 2021**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148071>. Acesso em: 17 jun. 2021.

²⁶SENADO FEDERAL. **CPI da Pandemia**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>. Acesso em: 17 jun. 2021.

cometidas por administradores públicos federais, estaduais e municipais, no trato com a coisa pública, durante a vigência da calamidade originada pela Pandemia do Coronavírus "SARS-CoV-2", limitado apenas quanto à fiscalização dos recursos da União repassados aos demais entes federados para as ações de prevenção e combate à Pandemia da Covid-19, e excluindo as matérias de competência constitucional atribuídas aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nos termos do plano de trabalho²⁷, elaborado pelo Relator Senador Renan Calheiros, a CPI visa apurar as medidas da Administração Pública durante a Pandemia de Covid-19, tendo como linhas gerais de investigação, sem prejuízo de novos fatos conexos que possam surgir no decorrer dos trabalhos: a) ações de enfrentamento à pandemia (vacinas e outras medidas para contenção do vírus); b) Estruturas de Combate à Crise (Atribuição de responsabilidades e competências); c) Colapso da saúde no Estado do Amazonas; d) Ações de prevenção e atenção à saúde indígena; e, e) Emprego de recursos federais.

Atualmente a CPI está em curso, através da oitiva das testemunhas, bem como a solicitação de documentos aos órgãos estatais a fim de apurar a ocorrência de atitudes comissivas ou omissivas do Estado que geraram dano à sociedade brasileira durante a pandemia.

Assim sendo, ao final dos trabalhos, caso constatadas omissões por parte da Administração nesse ínterim, constará no relatório final a elucidação dos fatos, encaminhando-se as conclusões ao órgão ministerial, ensejando, portanto, nas medidas cabíveis no que tange à Responsabilidade Civil do Estado, tendo em vista que é totalmente cabível a responsabilização civil da Administração por danos gerados a terceiros por omissões de seus agentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como finalidade discorrer sobre a Responsabilidade Civil do Estado em decorrência da omissão ao enfrentamento do cenário pandêmico causado pela COVID-19. O que ensejou a pesquisa foi a crescente discussão acerca da possibilidade de responsabilização do Estado por omissões no contexto de enfrentamento da referida pandemia.

No decorrer do artigo, foi constatado que a responsabilização civil da Administração Pública se conceitua como o dever que o Estado tem em assumir os efeitos acerca dos danos gerados a terceiros, de maneira injusta, por seus agentes no exercício de suas funções. A base

²⁷SENADO FEDERAL. **Plano de trabalho**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/636ad15c-dba0-4bcd-bca5-65af0f0ce25d>. Acesso em: 17 jun. 2021.

jurídica da possibilidade de responsabilizar o Estado por eventuais danos ocasionados é constitucional, conforme foi visto.

A Responsabilidade Civil da Administração passou por inúmeras modificações ao longo do tempo, saindo de um contexto em que, inicialmente, sequer era possível responsabilizar o Estado para o atual entendimento de que é cabível a responsabilização estatal independentemente de culpa, inclusive nos atos omissivos ensejadores de danos a terceiros.

Contudo, conforme foi analisado, a Responsabilidade Civil do Estado por omissões não ocorre em qualquer situação e de modo amplo, sendo apenas cabível diante de omissões diretas, específicas e concretas, haja vista que não cabe ao ente estatal assumir o papel de segurador universal.

Assim sendo, no âmbito da Covid-19 no Brasil, atualmente são apuradas as omissões estatais no enfrentamento pandêmico, tendo em vista a instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o tema, que tramita no Senado Federal.

Ao final dos trabalhos da Comissão, será encaminhado o relatório à autoridade competente, nesse caso, ao Ministério Público, que deverá adotar as medidas cabíveis a fim de responsabilizar o Estado pelos danos gerados não só por suas atitudes durante a pandemia, mas, inclusive, em razão dos eventuais prejuízos à sociedade brasileira em virtude das omissões do Estado.

Portanto, o objetivo da pesquisa foi cumprido, restando a hipótese confirmada, ou seja, é possível a responsabilização do Estado por omissões no contexto da pandemia de Covid-19.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eugênio Rosa. **A responsabilidade civil do Estado por omissão e suas excludentes**. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Eugenio_Rosa_de_Araujo.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil: Volume Único**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2020. p. 308.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GOMES, Fabrício Ponte. **Aspectos pontuais sobre o poder de investigação das Comissões Parlamentares de Inquéritos – CPI's e o papel do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/ASPECTOS-PONTUAIS-SOBRE-O-PODER-DE-INVESTIGA%C3%87%C3%83O-DAS-OMISS%C3%95ES-PARLAM.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi da. **Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado**. p. 14. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/76502/104834.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 jun. 2021.

ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SENADO FEDERAL. **CPI da Pandemia**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SENADO FEDERAL. **Plano de trabalho**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/636ad15c-dba0-4bcd-bca5-65af0f0ce25d>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SENADO FEDERAL. **Requerimento n. 1371, de 2021**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148070>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SENADO FEDERAL. **Requerimento n. 1372, de 2021**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148071>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário n. 113587**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur67244/false>. Acesso em: 03 jun. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário n. 677139**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur332411/false>. Acesso em: 17 jun. 2021.

DIREITO À MORADIA: UM PARALELO ENTRE A REALIDADE BRASILEIRA E A INTERNACIONAL

Cláudio Antônio Klaus Júnior¹
Rafael Reis²

Recebido em 08/06/2021

Aceito em 23/08/2021

RESUMO

A terra e os direitos relacionados a ela têm sido tema de debate desde os primórdios da civilização humana, encontrando informações sobre tal direito desde as leis civis da Babilônia. Vários tratados foram escritos ao decorrer da história que tratavam da utilização, regulamentação e distribuição deste bem. O presente artigo tem como objetivo demonstrar, através de uma pesquisa bibliográfica, como o assunto é tratado no âmbito internacional, para fins do presente trabalho especificamente da Índia, Estados Unidos, África do Sul, Noruega e Nova Zelândia lidam com o direito à moradia e como o Brasil tem feito isso, além de elucidar os conceitos de direito à moradia e direito à moradia adequada. O estudo conclui que somente o tempo poderá dizer se as medidas recentes tomadas no ordenamento brasileiro serão suficientes para permitir que o direito à moradia seja efetivado no país, entretanto, que no nível de segurança jurídica, o Brasil demonstra em sua legislação o direito à moradia como direito fundamental para seus habitantes.

PALAVRAS CHAVE: Direito à moradia. Direitos Humanos. Justiça social.

THE RIGHT TO HOUSING: A PARALLEL BETWEEN BRAZILIAN AND INTERNATIONAL REALITY

ABSTRACT

The land and the rights related to it have been the subject of debate since the dawn of human civilization, finding information about such rights since the civil laws of Babylon. Several treatises were written throughout history that dealt with the use, regulation and distribution of this good. This article aims to demonstrate, through a bibliographical research, how the subject is treated at the international level, for the purposes of this work, specifically India, the United States, South Africa, Norway and New Zealand deal with the right to housing and how Brazil has done this, in addition to elucidating the concepts of the right to housing and the right to adequate housing. The study concludes that only

¹ Bacharel em Relações Internacionais do Centro Universitário UNINTER. Graduando em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP. juniorklaus8@gmail.com.

² Doutor em Sociologia Política (UFSC, 2017), Mestrado em Relações Internacionais (UFRGS, 2008), Especialização em Educação, Meio Ambiente e Desenvolvimento (UFPR, 2003), e Bacharelado em Relações Internacionais (UTP, 2002). Participou do Comitê de Assessoramento para o ENADE (2015) do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Professor do Conselho Editorial do periódico científico Relações Internacionais do Mundo Atual (2009-2016). Membro do Conselho de Comércio Exterior e Relações Internacionais (CONCEX-PR) desde 2012, e do Conselho Acadêmico do Instituto de Relações Internacionais do Paraná (IRIP) desde 2018. Atualmente é professor vinculado aos cursos superiores de Relações Internacionais e Ciência Política da UNINTER.

time will be able to tell whether the recent measures taken in the Brazilian legal system will be sufficient to allow the right to housing to be implemented in the country, however, at the level of legal certainty, Brazil demonstrates in its legislation the right to housing as a fundamental right for its inhabitants.

Keywords: Right to housing. Human rights. Social justice.

1 INTRODUÇÃO

A terra ocupa um papel de destaque na sociedade e sua ocupação, destinação e regulação é quase tão antiga quanto a própria história da humanidade (MACHADO, 2017). Globalmente, mais de 1,6 bilhão de pessoas vivem em moradias inadequadas, enquanto mais de 100 milhões estão desabrigadas (CHAUNDHRY, 2019).

O direito de moradia é, basicamente, o direito de ter um lar. Tal direito tornou-se um direito humano universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo, no ano de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal marco legislativo fez com que tal questão relacionada com a dignidade da pessoa humana se torne um direito positivo, e assim, como tratado internacional, se torna disciplina para o ordenamento da sociedade.

O presente trabalho apresenta um breve panorama sobre a questão em cinco países, cada um representando um dos continentes, não pretendendo esgotar o assunto, pelo contrário, gerar o interesse e a inquietação para o estudo e pesquisas mais aprofundado do tema por parte de outros pesquisadores das ciências sociais aplicadas.

A problemática do trabalho envolve a compreensão de que o Brasil enfrenta diversos desafios em relação à garantia do direito à moradia, e o presente trabalho visa apresentar e responder como é o panorama internacional em relação ao tema, como outras nações lidam com os desafios relacionados ao tema e também qual é a atual situação do Brasil.

Objetivando realizar um estudo que possibilite compreender, de modo geral, como o Brasil tem se colocado nos panoramas mundiais em relação a garantia do direito à moradia, o presente trabalho tem como objetivos específicos: 1) Possibilitar a compreensão ampla de tratados internacionais e legislação nacional em relação ao tema do direito humano à moradia; 2) Dissertar e exemplificar as principais diferenças e situações que ocorrem no Brasil em relação às outras nações; e 3) Apresentar conclusões sobre a posição do Brasil em um panorama internacional relacionado ao cumprimento de tratados e garantia do direito à moradia.

Sanghera, Satybaldieva (2012); Machado (2017) e Ribeiro (2019) apresentam importantes detalhes na busca da compreensão do direito à moradia. O trabalho utiliza-se da pesquisa bibliográfica, verificando diferentes publicações científicas e documentos jurídicos

que abordam diretamente a questão do direito à moradia em âmbito nacional e internacional.

Sobre a situação no Brasil, Haglund; Stryker (2015, p. 14) leciona que “apesar dos investimentos consideráveis do governo federal, o Brasil luta contra um enorme déficit habitacional e milhões de pessoas em todo o país vivem em assentamentos irregulares”. Assim, faz-se necessário realizar uma análise que demonstre comparações e aspectos relevantes do avanço nos desafios relacionados ao direito à moradia no Brasil em comparação a outras nações.

Também ciente das diferenças que não se limitam ao ordenamento jurídico, cultura e PIB de cada localidade, o presente trabalho apenas destaca detalhes superficiais sobre as realidades mencionadas.

2 O DIREITO À MORADIA

Conforme contextualiza MACHADO (2017b), a terra ocupa um papel de destaque na sociedade. O contexto histórico demonstra que a sua destinação e regulação foi se alterando com o passar dos séculos e de forma diferente em diferentes sociedades. O autor ainda menciona que a noção do homem de ter direitos sobre um espaço exclusivo de terra é tão antiga quanto o ele próprio, sendo encontradas referências ao direito de propriedade nas leis civis da Babilônia, no ano 5.000 a.C (MACHADO, 2017a).

O direito à moradia abrange uma miríade de direitos garantidos pela legislação nacional e também por tratados internacionais. É um direito inato ao ser humano e surge juntamente com seu nascimento, configurando assim um direito humano universal e sua efetivação e garantia tem um histórico de desigualdades e problemáticas, assim como proteções (MACHADO, 2017a).

Neste ponto, faz-se necessário mencionar os conceitos de direito natural e direito positivo. O direito natural, como direito puramente racional, só teria uma existência ideal, como o próprio estado de natureza. O direito positivo, também chamado de estatutário, é aquele estabelecido pela vontade de um legislador e constituído pelas leis [empiricamente existentes] num determinado lugar e num determinado tempo. Conforme conceitua Kant, “o primeiro é o direito em potência, o segundo é o direito em ato.” (ESTEVES, 2012).

O direito natural é visto pela generalidade e impraticabilidade, trata-se do direito que está relacionado à moral e não está necessariamente escrito e codificado. Já o direito positivo é justamente aquele que tornou-se, em termos mais práticos, “lei”. Assim, no contexto do direito

à moradia, quando se coloca na perspectiva natural, fica claro que é moral e necessário para que haja uma vida digna, um lar. Enquanto tal compreensão é importante, não é possível de ser aplicada, de se fazer cumprir ou impor. Assim, quando tal necessidade para moradia, tal necessidade se tornou texto legislativo/regimental e então tornou-se direito positivo.

Elucidando sobre o tema:

O direito à moradia transcende o direito de ter casa própria, pois não se confunde com o direito à propriedade. Moradia requer ocupar uma habitação com dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto capazes de preservar a intimidade e a vida privada. Pressupõe respeito à dignidade da pessoa humana, de modo que no local da habitação é preciso haver saneamento básico, transporte, áreas de lazer, água potável e energia (GERALDELLI, 2019, p. 5).

Assim, alguns dos principais tratados e instrumentos que difundiram de forma jurídica (ou seja, direito positivo) o reconhecimento do direito à moradia como direito humano fundamental são o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos das Crianças (MACHADO, 2017a).

Logo, não existem dúvidas sobre o reconhecimento do direito à moradia, entretanto, a realidade demonstrada parece estar em conflito com tal proteção. O Relatório das Nações Unidas-Habitat (2003), *The Challenge of Slums*, afirma que quase um bilhão de pessoas ou 32 por cento da população urbana do mundo, vivem em favelas, a maioria delas nos países em desenvolvimento (SANGHERA, SATYBALDIEVA, 2012).

Além de simples, o direito à moradia, que em si encara difíceis realidades, também se refere ao direito à moradia adequada e à dignidade da pessoa humana, tendo como componentes essenciais:

- Segurança jurídica da posse – para garantir a moradia contra despejos e deslocamentos forçados e outros tipos de ameaças à posse;
- Disponibilidade de serviços e infra-estrutura – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais fácil seja o acesso à água potável, energia, saneamento básico e tratamento de resíduos, transporte e iluminação pública;
- Custo acessível da moradia – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais os gastos com a moradia sejam proporcionais à renda, asseguradas as demais exigências para uma Moradia Adequada;
- Habitabilidade – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais ofereça condições físicas e de salubridade adequadas;
- Acessibilidade – às políticas habitacionais visarão sempre mais à Moradia Adequada para todos, quanto mais contemplem os grupos mais vulneráveis;
- Localização – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais adequadamente esteja inserida na cidade, com acesso adequado às opções de emprego, transporte público eficiente, serviços de saúde, escolas, cultura e lazer;
- Adequação cultural – a moradia será sempre mais adequada, quanto mais

respeite a diversidade cultural e os padrões habitacionais oriundos dos usos e costumes das comunidades e grupos sociais (SAULE JÚNIOR, 2005, p.11).

Tal menção foi assegurada pela Assembleia Geral da ONU que declarou em 2010 que o acesso à água limpa e segura e ao saneamento básico são direitos humanos fundamentais. Nessa abordagem, o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS) 11 rege: “Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”. Assim, verifica-se que a temática é de tal importância que se coloca em diversas listas de prioridade, como mencionado aqui, um dos ODS que são

um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade. Estes são os objetivos para os quais as Nações Unidas estão contribuindo a fim de que possamos atingir a Agenda 2030 no Brasil (NAÇÕES UNIDAS, 2021).

No próximo ponto, o texto apresenta o cenário internacional e depois dele, a realidade brasileira, de antemão, pode-se observar que há uma dissonância entre o idealizado por lei e a realidade. Como visto anteriormente, Geraldelli (2019) leciona que o direito à moradia transcende o direito de ter casa própria e requer uma habitação com dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto, pressupondo respeito à dignidade. Sabe-se, entretanto, que a realidade (pelo menos em cenário nacional) ainda não contempla tal realidade que é demonstrada em texto de lei como sendo o ideal.

3 O DIREITO À MORADIA NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Para fins do escopo do presente trabalho, uma breve contextualização do tema será apresentada em países que representam os continentes, nomeadamente, a Índia, Estados Unidos da América, África do Sul, Noruega e Nova Zelândia.

3.1 ÍNDIA

Localizada no Sul da Ásia e com mais de 1,366 bilhão de habitantes, a Índia é o segundo país mais populoso do mundo. Conhecido por sua riqueza comercial e cultural de grande parte da sua longa história.

O sistema jurídico da Índia é o da *Common Law*. Assim, a principal forma dos tribunais de julgar é através do precedente. Desta feita, para uma melhor compreensão, ainda que superficial, da realidade local e das inclinações das cortes na defesa do direito à moradia ou de outros direitos conflitantes, pode-se verificar alguns dos casos relacionados ao tema.

O país tem casos emblemáticos, para fins do presente trabalho, o caso *K. Chandru v.*

Estado de Tamil Nadu³, vem ao encontro deste objeto de estudo. Neste caso, o Estado de Tamil Nadu promulgou a Lei de Áreas de Favela Tamil Nadu⁴ para erradicar favelas que, segundo o pedido do Estado, "poderiam se tornar uma fonte de perigo para a saúde pública ou saneamento" (LAWTEACHER, 2013).

O Tribunal, neste caso, reconheceu a relação entre o direito à subsistência e o direito à moradia. A decisão final ainda menciona que "ações estão sendo tomadas com o objetivo de melhorar as áreas de habitação irregulares e, onde não podem ser melhoradas, deverão ser oferecidas acomodações alternativas aos moradores da favela, antes de serem despejados" (LAWTEACHER, 2013).

Em outro caso, Chameli Singh v. Estado de Uttar Pradesh⁵, foi sustentado que o direito à vida garantido em qualquer sociedade civilizada implica o direito à alimentação, água, meio ambiente decente, educação, assistência médica e abrigo. (LAWTEACHER, 2013).

Assim, pode-se constatar que leis de fato protegem o direito à moradia. Entretanto, o texto de lei, assim como no cenário anteriormente posto sobre os tratados internacionais, parecem destoar da realidade. Em uma publicação de 2019, a autora Shivani Chaudhry escreveu sobre o direito à moradia na Índia. Em seu texto, Shivani explica que a crise imobiliária naquele país é caracterizada por diversos fatores que impedem o cumprimento do tratado que ratifica o direito à moradia no país. Segundo a autora, a política fundiária, a aguda escassez de moradias de baixo custo, a prevalência de assentamentos inadequados [e irregulares] com insegurança de posse e condições de vida péssimas, despejos forçados e a especulação imobiliária são apenas alguns dos problemas que o país enfrenta (CHAUNDHRY, 2019).

A autora ainda menciona: "A Índia poderia adotar uma política semelhante (à do Brasil) e alterar as leis relacionadas à usucapião, que atualmente não oferece posse segura para os pobres, mesmo quando eles vivem em um determinado local por décadas" (CHAUNDHRY, 2019). Embora exista a Política Nacional de Habitação da Índia desde 1988, não existe uma Política Urbana Nacional em vigor (LAWTEACHER, 2013).

3.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Com 328,2 milhões de habitantes e localizado na América do Norte, os Estados Unidos da América é um país conhecido por sua posição de liderança na economia mundial. Os Estados Unidos, assim como a Índia, têm a *common law* como sistema jurídico.

³ Tradução livre de "K. Chandru Etc.Etc vs State Of Tamil Nadu & Ors"

⁴ Tradução livre de "Tamil Nadu Slum Areas Act"

⁵ Tradução livre de "Chameli Singh vs State of Uttar Pradesh"

Baseado no Relatório do Comitê Internacional de Direitos Humanos da New York Bar Association: *Avançando o Direito à Moradia nos EUA*, as preocupações com moradia adequada começaram durante a Grande Depressão, e foi então que a estrutura básica para as leis de moradia começaram a se formar no país (NEW YORK CITY BAR, 2016).

No entanto, os Estados Unidos, embora seja signatário de várias convenções internacionais de direitos humanos, não ratificou nenhuma convenção que tornaria aplicável o direito à moradia; e os Estados Unidos não reconhecem explicitamente o direito à moradia adequada em sua Constituição ou na lei federal (NEW YORK CITY BAR, 2016).

Da mesma forma, os estados tentam resolver as questões habitacionais por meio de programas regulatórios e, muitas vezes, vão além das proteções federais existentes. Infelizmente, essa abordagem fragmentada está muito aquém das proteções que seriam fornecidas sob um direito codificado à moradia adequada. As fragilidades dessa abordagem nos níveis federal e estadual são evidenciadas, por exemplo, por meio da discriminação habitacional e de respostas ineficazes a desastres naturais (NEW YORK CITY BAR, 2016).

Os Estados Unidos implementaram vários programas que apoiam o direito à moradia por meio de outros direitos reconhecidos. Por exemplo, o Departamento de Habitação e Desenvolvimento Urbano dos Estados Unidos (“HUD”) oferece um Programa de Unificação de Família que fornece *vouchers* de Escolha de Moradia para famílias se a falta de abrigo for o principal motivo de uma criança ser removida ou não devolvida aos pais (NEW YORK CITY BAR, 2016).

Além disso, o governo e quatro organizações filantrópicas iniciaram uma parceria de 35 milhões de dólares para criar moradias de apoio para famílias sem-teto, a fim de evitar que crianças entrem no sistema de assistência social. Outras reformas tentam realizar esses direitos sem qualquer apoio para o direito de habitação. Esses programas e reformas são importantes para a realização desses outros direitos, mas não devem diminuir a importância do direito à moradia como um elemento fundamental do direito próprio (NEW YORK CITY BAR, 2016).

Falando sobre a situação atual no país:

In 2013 there were an estimated 610,042 homeless people in the United States. The UN Human Rights Committee has expressed concern “that some 50% of homeless people are African American although they constitute only 12% of the US population.” Although there are extensive shelter networks, approximately 40% of the homeless population in the United States remains unsheltered, meaning that these individuals live and sleep in areas that are not intended for human habitation (NEW YORK CITY BAR, 2016, p. 13)⁶.

⁶ Tradução livre para o português: “Em 2013, havia cerca de 610.042 desabrigados nos Estados Unidos. O Comitê de Direitos Humanos da ONU expressou preocupação “que cerca de 50% dos sem-teto são afro-americanos, embora constituam apenas 12% da população dos EUA”. Embora existam extensas redes de abrigos,

Assim, pode-se verificar que o país também enfrenta questões relacionadas ao direito à moradia, demonstrando que existe uma dificuldade mundial em sua efetivação. Assim, mesmo um país rico como os EUA (com PIB de 21,43 trilhões USD) também enfrenta tais dificuldades.

Destaca-se ainda que, no contexto apresentado, o filme ‘*Nomadland – Sobreviver na América*’, vencedor do Oscar 2021, mostra a realidade do país, especialmente no momento pós crise de 2008. Na obra, verifica-se que a crise habitacional do país no contexto que é mostrado levou pessoas a deixarem suas residências e habitarem seus veículos como "nômades modernos".

3.3 ÁFRICA DO SUL

A África do Sul é um país situado na extremidade sul do continente africano, com população de 58,56 milhões de pessoas. Possui um sistema jurídico 'híbrido' ou 'misto', formado pelo entrelaçamento de uma série de tradições jurídicas distintas: um sistema de *Civil Law* herdado dos holandeses, um sistema de *Common Law* herdado dos britânicos e um sistema de direito consuetudinário herdado de africanos indígenas.

Para uma breve contextualização histórica, é necessário compreender que na África do Sul sob o *apartheid*, a segregação habitacional era imposta por lei, o que significava que os não-brancos não podiam viver em áreas designadas para brancos. Pouca moradia foi fornecida para os africanos, com os difíceis requisitos legais de posse nas áreas urbanas sendo condicionados ao emprego urbano e a longo prazo ou somente com a posse do aluguel, mas nunca foram autorizados a possuir casas. As reformas políticas de 1983 introduziram os negros à mais locais e permitiram a venda de algumas casas alugadas (SOUTH AFRICAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, 2016).

Por fim, a Constituição da República da África do Sul (1996) tornou o direito à moradia um direito fundamental, conforme definido nos artigos 25, 26 e 28 da Carta-Magna do país:

Artigo 25. Propriedade:

[...]

(6) Uma pessoa ou comunidade cuja posse de terra é legalmente insegura como resultado de leis ou práticas discriminatórias do passado tem direito, na medida prevista por uma Lei do Parlamento, a posse legalmente segura ou a reparação comparável. (7) Uma pessoa ou comunidade despojada de propriedade após 19 de junho de 1913 como resultado de leis ou práticas discriminatórias do passado tem direito, na medida prevista por uma Lei do Parlamento, seja à restituição dessa propriedade ou a uma reparação equitativa [...]

aproximadamente 40% da população sem-teto nos Estados Unidos permanece sem abrigo, o que significa que esses indivíduos vivem e dormem em áreas que não são destinadas à habitação humana.”

Artigo 26. Habitação: (1) Toda pessoa tem direito ao acesso a uma moradia adequada. (2) O estado deve tomar medidas legislativas e outras razoáveis, de acordo com seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva desse direito. (3) Ninguém pode ser despejado de sua casa, ou ter sua casa demolida, sem uma ordem do tribunal feita após considerar todas as circunstâncias relevantes. Nenhuma legislação pode permitir despejos arbitrários. [...]

Artigo 28. Crianças:

(1) Toda criança tem direito - a [...] abrigo (LAWTEACHER, 2013).⁷

Assim, várias proteções legislativas estão disponíveis no país para a proteção e efetivação do direito, além da garantia para a justiça social.

Para entender a situação atual do país:

Em junho de 2013, a carteira de imóveis residenciais era de 2,1 milhões de unidades (afetando mais de oito milhões de pessoas). Em 2012, 54,5 por cento das famílias viviam em assentamentos informais. Em termos de alcançar uma sociedade integrada não racial, a África do Sul ainda é vista como uma "sociedade grosseiramente desigual em que a população de maioria pobre (esmagadoramente negra) é desproporcionalmente negada oportunidades de habitação adequada e amenidades básicas." Foi relatado que, apesar do compromisso do governo em realizar o direito à moradia por meio de uma série de políticas e programas, "muitas famílias pobres continuam sem ter acesso a alguma forma de moradia adequada, muitas vezes tendo que viver em condições difíceis em assentamentos informais e favelas no centro da cidade em edifícios e sujeitos a risco constante de despejo [...]" (CHENWI, 2015, p. 69).⁸

Casos emblemáticos ocorridos ao decorrer da história do país marcaram sua legislação, como por exemplo, o dos Residentes de Joe Slovo Community v Thubelisha Home⁹, em que o Tribunal Constitucional determinou que o Estado era obrigado a fornecer abrigo temporário para pessoas que foram despejadas ou que enfrentam despejo iminente e não conseguiram encontrar abrigo, já que a prioridade absoluta deve ser o princípio da dignidade da pessoa

⁷ Original: "Article 25. Property: [...] (6) A person or community whose tenure of land is legally insecure as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to tenure which is legally secure or to comparable redress. (7) A person or community dispossessed of property after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to restitution of that property or to equitable redress [...] Article 26. Housing: (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions. [...] Article 28. Children: (1) Every child has the right - to [...] shelter."

⁸ Original: "In June 2013, the housing backlog reportedly stood at 2.1 million units (affecting over eight million people). In 2012, 54.5 percent of households were living in informal settlements. In terms of achieving a non-racial integrated society, South Africa is still seen as a "grossly unequal society in which the (overwhelmingly black) poor majority population is disproportionately denied adequate housing opportunities and basic amenities." It has been reported that despite the government's commitment to realize housing rights through the range of policies and programmes, "many poor households remain unable to access some form of adequate housing, often having to live in difficult conditions in informal settlements and inner city 'slum buildings' and subject to the constant risk of eviction."

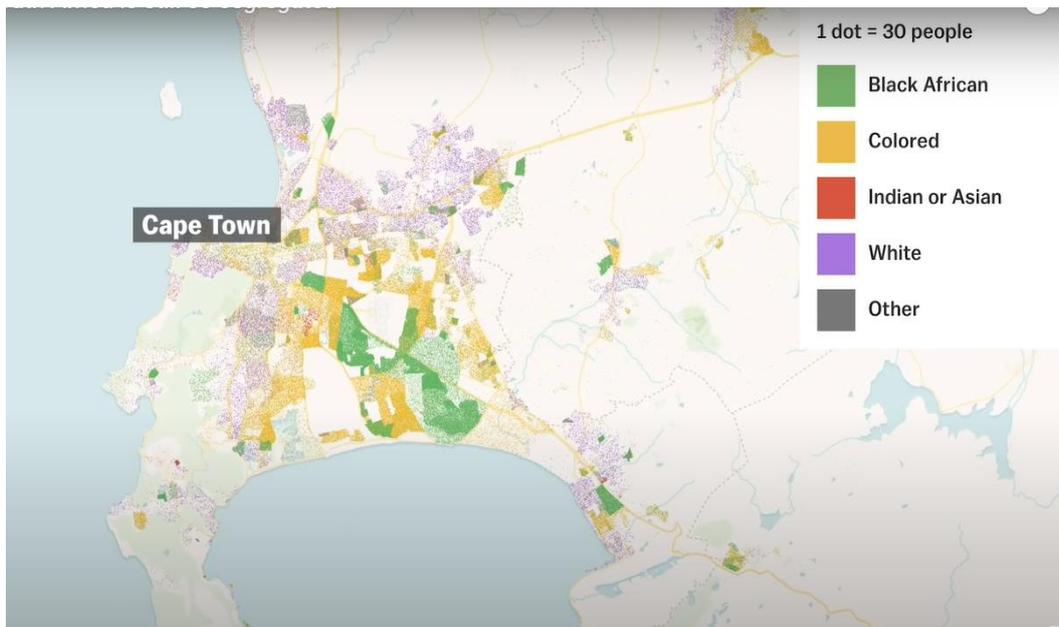
⁹ Tradução livre de "Residents of Joe Slovo Community v Thubelisha Home"

humana (SOUTH AFRICAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, 2016).

Ainda, sobre o caso, a comunidade assentada na Cidade do Cabo (Joe Slovo Community, mencionada acima) peticionou o Tribunal na tentativa de impedir o despejo de suas casas a fim de facilitar o desenvolvimento habitacional, com o objetivo de melhorar o assentamento informal. A comunidade não era contra a reforma em si, mas a abordagem feita a ela e as preocupações em torno da distribuição de moradias após o desenvolvimento e a realidade de que nem todos os moradores se beneficiariam com as casas que seriam construídas no assentamento foi o principal problema enfrentado pelos moradores do local. Outrossim, o governo não estava disposto a fazer uma atualização *in situ*, o que não implicaria em despejo (já que o Estado era obrigado a fornecer abrigo temporário) (CHENWI, 2015).

Não obstante, as heranças do apartheid permanecem evidentes, por exemplo, na habitação de cidades como a Cidade do Cabo, que concentra pessoas majoritariamente por sua cor:

Figura 1: “WHY SOUTH AFRICA IS STILL SO SEGREGATED”



Habitação na Cidade do Cabo dividida por autodeclaração em censo.

Fonte: VOX, 2021

Para uma compreensão mais detalhada da evolução jurisprudencial relacionada ao direito à moradia no país, recomenda-se a leitura do artigo de Lucy A. Williams publicado na *Columbia Human Rights Law Review*¹⁰.

¹⁰ O texto poderá ser encontrado no link: <https://repository.library.northeastern.edu/files/neu:336949/fulltext.pdf>.

3.4 NORUEGA

A Noruega é um país da Europa, com população de 5,328 milhões de pessoas e sistema jurídico misto de *Civil, Common e Customary Law*.

De acordo com a lei norueguesa, não existem disposições legais que estabelecem o direito à moradia. É dever da autoridade municipal, de acordo com a Lei do Serviço Social, fornecer abrigo temporário e moradia para pessoas que não possam obter uma para si (ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS, 2015).

Em 2014, as estatísticas da Noruega estimaram 122.000 pessoas em 45.000 famílias como “desfavorecidas no mercado de habitação”, totalizando 2,5 por cento da população na Noruega (ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS, 2015).

Na Noruega, os sem-teto já foram grupo-alvo de duas iniciativas nacionais: “o projeto de moradores de rua” (2000–2004) e a estratégia “obtenção de moradia para si” (2005–2007). Em 2014, o governo lançou uma nova estratégia que unificou as iniciativas de combate à falta de moradia, à exclusão habitacional e à desvantagem no mercado imobiliário (ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS, 2015).

3.5 NOVA ZELÂNDIA

Localizada na Oceania, a Nova Zelândia é um país com 4,917 milhões de habitantes. O sistema jurídico adotado pela Nova Zelândia é a *Common Law*. A Nova Zelândia reconhece uma série de tratados internacionais para proteção do direito à moradia. No país, o Estado tem a obrigação de efetivar este direito. Enquanto o direito à moradia é reconhecido, não há uma política em relação aos moradores de rua e sem-teto no governo central do país (FAHRA, 2020).

É amplamente reconhecido, inclusive dentro do governo, a existência de uma crise de habitação na Nova Zelândia e que está sendo vivenciada de forma mais aguda por grupos específicos, incluindo: Māori, povos do Pacífico e outras comunidades étnicas, pessoas com deficiência, pais solteiros (principalmente mães solteiras), jovens e crianças, e aqueles que vivem na pobreza (FAHRA, 2020).

No início de 2009, os ministros do país concordaram com um programa de trabalho para tratar de questões relacionadas a crises, moradia transitória e de longo prazo para os mais necessitados, incluindo pessoas com deficiência e aqueles que fogem da violência doméstica. Muitos motivos foram dados para a crise imobiliária, incluindo a falta de oferta de moradias

populares e acessíveis, oferta limitada de moradias públicas e investimento especulativo estrangeiro em imóveis residenciais (FAHRA, 2020).

O problema relacionado à efetivação do direito à moradia vem de longa data; inclusive, até o final da década de 1980, várias formas de assistência financeira do Estado permitiam que famílias de baixa renda construíssem ou adquirissem casas. No entanto, com o tempo, isso foi reduzido a volumes insignificantes. Durante as décadas de 1960 e 1970, aproximadamente 30% (trinta por cento) de todas as novas construções eram acessíveis para famílias de baixa renda. Em 2014, no entanto, isso havia caído para apenas 5% (cinco por cento) (FAHRA, 2020).

4 O DIREITO À MORADIA NO BRASIL

O Brasil tem uma população de 211 milhões de pessoas, um dos maiores países do mundo e com ordenamento jurídico de *Civil Law*.

O país teve diferentes constituições e uma História que é marcada, primeiramente, pela exploração e pela escravização dos povos nativos e depois, no decorrer de seu desenvolvimento e História, a escravização de outros povos trazidos ao país. A problemática da moradia no Brasil é tema que remonta aos seus cinco séculos de História (MACHADO, 2017a).

A questão da moradia no país sempre foi difícil. Como mencionado pela escritora Djamilia Ribeiro (2019, p. 10): “a Lei de Terras de 1850 [...] extinguiu a apropriação de terras com base na ocupação e dava ao Estado o direito de distribuí-las somente mediante a compra”.

Ribeiro (2019, p. 10) também menciona que “ex-escravizados tinham enormes restrições, pois só quem dispunha de grandes quantias poderia se tornar proprietário. A lei [...] facilitou o acesso a antigos latifundiários”.

Na CRFB, encontram-se, no seu art. 6, os direitos sociais assim descritos: “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (...)” (HÜLSE, 2018).

Embora o problema seja histórico, somente no ano de 2000, por intermédio da Emenda Constitucional n. 26, o direito à moradia é reconhecido como direito fundamental e positivado na Constituição (MACHADO, 2017a). Sobre o histórico no país:

As primeiras tentativas de solucionar a questão habitacional brasileira datam de 1946, quando foi criada por meio do Decreto-Lei n. 9.218/46 (BRASIL, 1946), a Fundação da Casa Popular, considerada o primeiro órgão federal brasileiro, cuja finalidade era centralizar a política de habitação. Contudo, não logrou êxito e foi extinto em 1963, principalmente pela falta de recurso para

financiar a habitação (MACHADO, 2017a, p. 233).

Ainda sobre a situação no Brasil, Haglund; Stryker (2015, p. 14) leciona que “apesar dos investimentos consideráveis do governo federal, o Brasil luta contra um enorme déficit habitacional e milhões de pessoas em todo o país vivem em assentamentos irregulares”, ainda, entendendo tal realidade, é importante mencionar as definições perante o ordenamento brasileiro, do que o direito à moradia é. Sobre a Moradia, elucida-se:

A moradia é algo básico e elementar ao cidadão. É o lugar onde o cidadão e os demais membros do grupo familiar reúnem-se para celebrar as vitórias e reestabelecer as energias para as batalhas cotidianas. É o local de intimidade e aconchego. Contudo, mesmo sendo decisivo para o desenvolvimento da personalidade do cidadão, esse direito é negado a uma parcela gigante da população (MACHADO, 2017a, p. 231).

Compreendendo tal realidade, é necessário verificar que o Brasil conta com um Plano Nacional de Habitação que estima que para solucionar o déficit de habitação no país, será necessário construir ainda 31,3 milhões de novas habitações. Tal plano é audacioso e, infelizmente, não mostra-se frutífero e ágil o suficiente, considerando os dados dos últimos anos - podendo ainda ter sido mais agravado com a crise da COVID-19 (MACHADO, 2019).

É claro que um problema histórico não pode ser resolvido da noite para o dia, pois demanda ações engajadas do legislador, políticas públicas efetivas e grandes investimentos (MACHADO, 2019).

Fruto de uma histórica evolução e na intenção de permitir um desenvolvimento mais igualitário, ordenado e acessível a Lei nº 13.465 trouxe uma possibilidade de Regularização Fundiária Urbana (Reurb), diferente das legislações anteriores. A lei menciona diversas vezes sua intenção de assegurar condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior, explicitando assim o respeito ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. Necessário, é claro, explicitar que a Lei nº 13.465 não é para aquisição de primeiro lar, diferente disso, é uma possibilidade simplificada de regularização, possibilitando e facilitando a moradia adequada, mencionada no início do presente trabalho.

Desse modo, a Reurb

[...] tem como principal objetivo garantir que o Estado [...] forneça aos cidadãos uma moradia adequada, ou seja, assegurar em condições mínimas uma vivência com dignidade e segurança e as devidas medidas de urbanização, ambientais e sociais. Com isso, nutre-se a ideia de uma efetiva regularização dos núcleos urbanos informais. Para tanto, o art. 14 da Lei nº 13.465/2017 informa que poderão requerer a Reurb, além dos entes públicos, os beneficiários, os proprietários, loteadores ou incorporadores, bem como a Defensoria Pública e o Ministério Público (PERSSON, PEREIRA, SCHNEIDER, BERWIG, 2019, p.4).

O instituto jurídico da Regulamentação Fundiária parece interessante e uma ferramenta

que permeia diversos órgãos e camadas da sociedade a obter a regularização, efetivando o direito à moradia adequada.

Fica evidente ainda que a camada mais baixa da sociedade é a que mais sofre e suporta na vida diária a falta de habitação, as estatísticas mostram, inequivocamente, o grande desafio do Brasil, como nação, para resolver o problema do déficit habitacional (MACHADO, 2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o histórico apresentado, pode-se verificar com facilidade que a efetivação do direito à moradia é um desafio de escala global que permeia todos os continentes, em maior ou menor grau. A terra ocupa um papel de destaque na sociedade, historicamente sendo extremamente importante e concentrado na mão de uma minoria.

A noção de se ter direitos sobre um espaço exclusivo de terra é tão antiga quanto ele próprio. O direito à moradia abrange uma miríade de direitos garantidos pela legislação, como direito positivo.

Os mais pobres, em todo o mundo, enfrentam dificuldades em relação à moradia. A realidade brasileira parece ser privilegiada em alguns aspectos, a ponto da autora Shivani Chaundhry mencionar em seu texto de “The Human Right to Adequate Housing in India: Obstacles and Challenges” a possibilidade de usucapião (assim como no Brasil) como um possível avanço na realidade indiana.

Além disso, do ponto de vista legislativo, aparentemente os brasileiros estão mais protegidos pelo sistema jurídico do que na Noruega, onde não há regulação específica sobre o tema. Já a realidade da Nova Zelândia parece ser semelhante àquela vista no Brasil, onde as minorias têm maiores dificuldades em relação à moradia. Demonstrou-se ainda que o problema relacionado à efetivação do direito à moradia no país vem de longa data; inclusive, até o final da década de 1980, várias formas de assistência financeira do Estado permitiam que famílias de baixa renda construíssem ou adquirissem casas.

Em uma rápida comparação com a África do Sul, o Brasil aparenta ser levemente mais miscigenado e, portanto, não necessariamente separa os moradores de determinados locais por sua cor, ou ainda, estudos publicados sobre tal realidade não foram localizados pelo autor, o que inviabiliza uma adequada ponderação sobre a temática.

No cenário das Américas, a realidade é inequívoca. Como mencionado no texto, a questão da realidade americana, de um país rico, que teve destaque por conta da premiação do Oscar, *Nomadland*, retrata justamente a questão habitacional nos Estados Unidos, onde a vida

nos RVs, para alguns, tornou-se mais do que apenas uma opção de recreação mas uma necessidade.

Na esfera nacional, apesar do histórico de desigualdade, comunidades ex-escravizadas com restrições e facilitação ao acesso a antigos latifundiários, alguns avanços se deram, em especial, no campo do direito, positivando o direito à moradia.

Apenas o tempo irá poder trazer os resultados para que, com os dados e depoimentos, seja possível fatidicamente comprovar a eficácia da Lei Federal 13.465/2017 que regulamenta a Regularização Fundiária (Reurb) no Brasil, como um dos instrumentos para facilitação do direito em tema, observando por seu histórico, a Lei que regulamenta a Reurb é um marco inovador e progressista no campo dos direitos sociais garantidos aos brasileiros.

6 REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nações Unidas, 217 (III) A, 1948, Paris, art. 1, Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acessado em 26 mar. 2021.

CHAUNDHRY, Shivani. The Human Right to Adequate Housing in India: Obstacles and Challenges. **Georgetown Journal of International Affairs**. 2019. Disponível em: <https://www.georgetownjournalofinternationalaffairs.org/online-edition/2019/3/22/the-human-right-to-adequate-housing-in-india-obstacles-and-challenges>. Acessado em 19 mai. 2021.

CHENWI, Lilian. Implementation of Housing Rights in South Africa: Approaches and Strategies. **Osgood Hall Law School at York University Journal of Law and Social Policy**. vol.24-2015. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1209&context=jlsp>. Acessado em: 20 mai. 2021.

ESCRITÓRIO DO ALTO COMISSÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Norway**. 2015. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Homelessness/States/29102015-Norway.pdf>. Acessado em: 20 mai. 2021.

ESTEVEZ, Julio. Sobre a Relação entre o Direito Natural e o Direito Positivo em Kant. **O que nos faz pensar**, [S.l.], v. 21, n. 32, p. 147-166, dec. 2012. ISSN 0104-6675. Disponível em: <http://www.oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqfnfp/article/view/380>. Acesso em: 03 Jun 2021.

FAHRA, Leilani. **End of Mission Statement: Visit of the Special Rapporteur on the right to adequate housing to New Zealand**. Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25574&LangID=E>. Acessado em: 21 mai. 2021.

GERALDELLI, Bruno. **Direito Constitucional III: Direitos Sociais e Direitos de Nacionalidade**. 1 ed. [S.L.]: [s.n.], 2019.

HAGLUND, LaDawn; STRYKER, Robin. **Closing the Rights Gap: From Human Rights to Social Transformation**. 1. ed. [S.L.]: University of California Press, 2015. p. 1-392.

HÜLSE, Levi. **A Contribuição do Associativismo para a Sustentabilidade Ambiental, Econômica e Social: Análise da Experiência Brasileira e Estrangeira**. Tese (Curso de Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Blumenau. 241 f. 2018.

LAWTEACHER. **Right to Adequate Housing in India**. 2013. Disponível em: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/constitutional-law/right-to-adequate-housing-in-india-constitutional-law-essay.php?vref=1>. Acessado em 19 mai. 2021.

MACHADO, Claudiomar Luiz. A habitação no Brasil e possíveis soluções para reduzir o déficit. In CASTRO, Matheus Felipe; PATERNO, Andrey Luiz. **Problemas de direitos fundamentais civis**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017a
Disponível em:
https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/problemas_de_direitos_fundamentais_civis.pdf. Acessado em 12 mai. 2021.

_____. Constitucionalização do direito de propriedade: a Necessidade de evolução do Conceito de Função social da propriedade rural frente ao direito ao desenvolvimento. In JEREMIAS, Jucélia Fátima Seidler, (org.) **Temas sobre a constitucionalização dos direitos fundamentais: um debate crítico**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017b. Disponível em: https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Temas_sobre_a_constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acessado em 19 mai. 2021.

_____. **Direito Fundamental à Moradia: Uma abordagem teórica e prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 03 jun. 2021.

NEW YORK CITY BAR. Report by The International Human Rights Committee of The New York City Bar Association: **Advancing the Right to Housing In The United States**. 2016. Disponível em: <https://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072632-AdvancingtheRighttoHousingIHR2122016final.pdf>. Acessado em 20 mai. 2021.

PERSSON, Rodrigo; PEREIRA, Marília Rodrigues; SCHNEIDER, Eliete Vanessa; BERWIG, Aldemir. O DIREITO SOCIAL À MORADIA DIGNA E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA - REURB COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO. **Anais da XX Jornada de Extensão UNIJUÍ (Salão do Conhecimento 2019)**. 2019. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/issue/view/210>. Acessado em 21 mai. 2021.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista**. 1 ed. [São Paulo]: Companhia das Letras, 2019.

SANGHERA, Balihar; SATYBALDIEVA, Elmira. **Ethics of property, illegal settlements and the right to subsistence**. International Journal of Sociology and Social Policy, 2012.

SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O Direito à Moradia no Brasil**. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU 29 de maio a 12 de junho de 2004 – Violações, Práticas positivas e Recomendações ao Governo Brasileiro. São Paulo: Instituto Pólis, 2005. 160p. Disponível em: <https://www.suelourbano.org/wp-content/uploads/2017/09/UN-Relatoria-Direto-a-Moradia-no-Brasil-2004.pdf>. Acessado em 19 mai. 2021.

SOUTH AFRICAN HUMAN RIGHTS COMMISSION. **The Right To Adequate Housing Factsheet**. 2016. Disponível em: <https://www.sahrc.org.za/home/21/files/Fact%20Sheet%20on%20the%20right%20to%20adequate%20housing.pdf>. Acesso em 20 de mai. 2021.

VOX. **Why South Africa is still so segregated**. Youtube, 19/04/2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NvH7JewfgJg>.

COMBATE À CORRUPÇÃO E O COMPLIANCE NA AMÉRICA LATINA

Felipe D. Martarelli Fernandes¹

Recebido em 01/07/2021

Aceito em 16/08/2021

RESUMO

O instituto do compliance está intrinsecamente ligado ao combate da corrupção, trata-se de um instrumento interno da pessoa jurídica em parceria com as autoridades estatais a fim de evitar a corrupção corporativa, como a lavagem de dinheiro, subornos e fraudes em licitações, tal instituto tem aplicação recente na América Latina, onde deve ser estudado de maneira internacional a fim de abranger todos os países da região.

PALAVRAS CHAVE: Compliance. Corrupção. América Latina. Direito Internacional.

Lavagem de Dinheiro. Suborno.

THE FIGHT AGAINST CORRUPTION AND COMPLIANCE IN LATIN AMERICA

ABSTRACT

The compliance institute is intrinsically linked to the fight against corruption; it is an internal legal entity instrument in partnership with state authorities to prevent corporate corruption, such as money laundering, bribery and fraud in biddings, such an institute has a recent application in Latin America, where it must be studied in order to cover all the countries of the region.

Keywords: Compliance. Corruption. Latin America. International right. Money laundry.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visará o entendimento sobre o instituto do *compliance* e sua direta ligação com a corrupção presente nas pessoas jurídicas de direito público e privado, com foco principal, na prática do suborno como ato corruptivo.

Assim, será igualmente demonstrado as profundas consequências sociais que a corrupção causa nos países em desenvolvimento e sua minoração em relação aos países que aplicam efetivamente o *compliance*.

Neste mesmo sentido, será trabalhado a correlação da participação dos órgãos na

¹ Advogado, Professor na Universidade Anhembi Morumbi, Coordenador do Núcleo de Práticas jurídicas UAM, especialista em processo civil pela PUC/SP, Mestre em Direitos Fundamentais pela UniFieo, Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP e Bolsista CAPES. E-mail: felipemartarelli@adv.oabsp.org.br.

elucidação de eventuais problemas e fiscalização interna a fim de trazer para a sociedade a transparência necessária para o bom desenvolvimento social.

Será estudada a origem do *compliance*, assim como a sua aplicabilidade na América Latina, demonstrando-se, portanto, a necessidade da utilização internacional deste instituto, uma vez que a sua utilização nacional se torna quase que ineficaz.

Posteriormente, será demonstrado que a aplicabilidade do *compliance* refuta, retarda ou diminui a corrupção institucionalizada, gerando para a sociedade frutos e evitando danos, muitas vezes irreparáveis, ao Estado.

Por fim, serão verificadas as normas internacionais que regem e atuam em grande parte da América Latina, a fim de combater a corrupção empresarial sistêmica, sua possível solução e consequências sociais.

2 COMPLIANCE E SUA RECEPÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO

O instituto do *compliance* tem origem norte americana e possui pelo menos três finalidades inerentes. A primeira, a qual o presente trabalho irá focar-se, tem como conceito central programas para combater a corrupção dentro das instituições jurídicas, a fim de evitar atos corruptivos, como a lavagem de dinheiro, subornos e fraudes fiscais, trazendo para uma maior transparência perante o mercado, facilidade de fiscalização interna quanto externa e eficácia na aplicabilidade de eventuais sanções. Neste sentido entende Márcio Adriano Anselmo quando relata que “seu significado é bastante simples, podendo ser definido como em conformidade com leis e regulamentos, passando a assumir notoriedade com os programas de *compliance* relacionados ao sistema financeiro e programas anticorrupção”².

A segunda função inerente que o *compliance* possui é de instrumentalizar a dignidade da pessoa humana no âmbito da pessoa jurídica, quando adequa as condutas dos sujeitos internos ao regramento ético e moral necessário, sob pena de sanções administrativas, sendo estas fiscalizadas por órgãos de *compliance* internos ou empresas externas especializadas em *compliance*. Por fim, a terceira função inerente do *compliance* é a valoração da pessoa jurídica no mercado financeiro.

Como exposto o presente trabalho focará na primeira função inerente do *compliance*, qual seja a de combate aos atos corruptivos da pessoa jurídica, neste diapasão a ideia posta é que as pessoas jurídicas, de direito privado ou de direito público, atuem obedecendo todas as

² ANSELMO, Márcio Adriano. *Compliance, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISSO 19600 e 37001*, Revista dos Tribunais, vol. 979, ano 106. p.53-67. São Paulo: Ed RT, 2017. p.53/54.

normas e leis estabelecidas pelos Estados em que se encontram, empreendendo e atuando não somente com eficácia, mas também com todo respaldo jurídico necessário para uma atuação que gere confiança no mercado baseado na ética e evitando sanções por parte do Estado e do próprio mercado financeiro.

O termo *compliance* começou a ser utilizado no início do século XX nos EUA, porém, foi somente na década de 1970, com a *Foreign Corrupt Practices Act*³, que o instituto começou a tomar as formas que possui hoje em dia, ou seja, após evidentes casos de corrupção, que por séculos lesaram os Estados Unidos, como foram os casos “*Credit Mobilier*”⁴ e “*Watergate*”, foi desenvolvido um instrumento interno às pessoas jurídicas a fim de autofiscalização, com caráter de confiabilidade e eficácia.

Salienta-se, contudo, que em julho de 2020 a *Foreign Corrupt Practices Act*⁵, recebeu uma nova atualização pelo Departamento de Justiça Norte Americano, aumentando a rigidez na fiscalização contra a corrupção das pessoas jurídicas, tal atualização faz com que o Estado Norte Americano traga para si responsabilidades por atos corruptivos, como por exemplo o suborno, em face de agentes americanos, mesmo estando estes em solo estrangeiro.

O *compliance* deve ser cosmopolita tanto quanto o imperativo categórico de Immanuel Kant⁶, ou seja, para que haja sua devida efetividade se faz necessário que as regras, fiscalizações e condutas a serem seguidas, possam ser aplicadas ainda que efetuadas fora do território pátrio, uma vez que perderá a eficácia caso a pessoa jurídica pertença também a outro território, isto na hipótese de ser restrita a um único Estado

Ainda no âmbito internacional, foram criadas as normas de gestão de *compliance* (ISO 19600:2014) e norma anticorrupção (ISO 37001:2016), as quais tentam, de maneira uniforme, aplicar a regra para diversos países, inclusive Márcio Adriano Anselmo diz que “no âmbito internacional, um dos temas mais recentes diz respeito a instituição nas normas ISO 19600:2014 e ISO 37001:2016, que cria um padrão global para gerenciamento e avaliação dos programas de compliance e anticorrupção”⁷, como será demonstrado mais à frente.

No Brasil, o termo *compliance* também nasce ligado ao mundo empresarial e econômico, todavia, logo encontra necessidade de discussão na esfera penal, sendo seu

³ *Foreign Corrupt Practices Act*, Disponível em : < <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide> > , Acesso em 11 de nov. 2020.

⁴ NOONAN JR, John T., **Subornos**, Tradução Elsa Martins, 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Betrand Brasil S.A., 1984. p. 589.

⁵ *Foreign Corrupt Practices Act*, Disponível em : < <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide> > , Acesso em 11 de nov. 2020.

⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**, 3ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 31.

⁷ ANSELMO, Márcio Adriano. **Compliance, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISSO 19600 e 37001**, Revista dos Tribunais, vol. 979, ano 106. p.53-67. São Paulo: Ed RT, 2017. p.55.

momento embrionário o ano de 1998, ocasião em que foi promulgada a norma de combate à lavagem de dinheiro, a qual foi alterada em 2012 para dar uma redação mais acertada sobre o tema, tema que também será devidamente analisado e desenvolvido *a posteriori*, uma vez que a lavagem de dinheiro é uma modalidade de corrupção, assim como o suborno, portanto, devendo também ser fiscalizada e observada pelo *compliance*, a ser implementado pela pessoa jurídica.

Ao fiscalizar tais atos de corrupção, o *compliance* também aplica a ética, moral e a legalidade, a fim de fomentar uma melhor produtividade e possibilitando uma melhor qualidade de ambiente às pessoas ali engajadas. Neste diapasão, o *compliance* cumprindo todas as normas morais e legais assim impostas, demonstra uma confiabilidade perante o mercado de maneira a valorar-se e a sociedade em que atua.

Neste sentido, explicando tal valoração, Guilherme Lobo Marchioni afirma que “hoje as empresas sérias conhecem o conceito de *compliance* sua intrínseca relação com a ética corporativa. E mais, aquelas empresas que compreendem a necessidade de se adequarem à nova cultura do cumprimento de *compliance*”⁸.

Vale ressaltar que, o instituto do *compliance* tratado no presente trabalho exige uma atuação da pessoa jurídica de autofiscalização interna, transparência e cooperação com as autoridades locais, devendo trabalhar em conjunto com aquela para dirimir e evidenciar quaisquer tipos de irregularidades.

No Brasil, assim como na América Latina, o *compliance* ainda não possui a efetividade que já tem em países desenvolvidos, porém, já está muito *a quem*, do que estivera no passado, assim, deve-se primeiramente tratar-se da norma brasileira lei nº 12.846/13, a chamada de lei anticorrupção, a qual traz em seu bojo tratamento distinto para aquelas pessoas jurídicas que possuem um plano interno de *compliance*.

Tal norma, em seu artigo 7º, VIII, determina que a aplicabilidade da pena será ponderada sobre alguns fatos, entre eles: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”⁹. Evidencia-se que tal mudança no tratamento ocorre devido a aplicabilidade de um *compliance*, ou seja, caso a empresa mantenha, em caráter interno, meios que facilitem a demonstração e clareza de seus atos, possuirá uma

⁸ MARCHIONI, Guilherme Lobo. **Protagonismo isolado da ISO 19600 em *compliance* não é apropriado.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-29/guilherme-lobo-protagonismo-iso-compliance-nao-apropriado>. Acesso em 04 de mar.2019.

⁹ **Lei anticorrupção** - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

atenuante na aplicabilidade de sua pena nos casos concretos.

No mesmo sentido caminha a lei anticorrupção de nº 12.846 publicada em 01.08.2013, a qual prevê sanções administrativas para empresas que se envolvam em corrupção, por mais que não se trate de norma de caráter penal, esta possui eficácia e se adequa à política de transparência das empresas.

Tal assunto evidencia-se no presente momento histórico tendo-se em vista a recessão que assola o Brasil desde o começo da presente década de maneira catastrófica, para Alexandre Baraldi Tonin

Aliada à gravidade da situação, vivenciada pelos brasileiros, diante de uma regressão no crescimento econômico favorecida pelos inúmeros casos de corrupção que assolam o país, surge a necessidade de rever o direito penal econômico no Brasil¹⁰.

Neste caso muitas empresas, a fim de melhorar sua imagem perante o mercado econômico, começam a deixar de maneira mais transparente boa parte de seus atos.

O foco central da publicidade como meio fiscalização é defendida em todas as áreas do direito, como por exemplo, os ensinamentos de Honoré Gabriel Riqueti de Mirabeau, que na revolução francesa enaltece o Princípio da Publicidade nos processos até a nossa Constituição, de 05 de outubro de 1988, porém, entende-se que também há muitas vezes um viés de *marketing*, como foi feito por muitas empresas no Brasil após escândalos de corrupção e neste sentido Renato de Mello Silveira entende que:

Passou-se então, explicitamente, a destacar o problema relacionado a temas de compliance. Algumas das maiores empresas brasileiras, aliás, encontrando-se envolvidas em operações bastante suspeitas, acabaram por elaborar complexos programas em compliance pós-delitivos, em busca de evidenciar, ao mercado e à justiça, sua decisão pontual de se ombrear contra qualquer atuação vista como irregular¹¹.

Nota-se, portanto, que um dos pontos fundamentais a ser tratado é que a falta de *compliance* em um órgão facilita a corrupção deste, atingindo diretamente a sociedade, uma vez que os valores destinados aos devidos recolhimentos de impostos, verbas trabalhistas, consumeristas, entre outras não são devidamente cumpridos.

Verifica-se que o dano, elencado nestes casos, é transcendental a um sujeito, não se trata

¹⁰ TONIN, Alexandre Baraldi. **Compliance: Uma visão do compliance como forma de mitigação de responsabilidade**. Revista dos Tribunais, Vol. 983. Ano.106. p.265-288. São Paulo, 2017.

¹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance e direito penal na era pós-lava jato**. Revista dos Tribunais. Vol. 979. Ano 106, p.31-52, São Paulo, 2017.

de dano individual, mas sim da existência de um dano difuso, ou seja, todos de maneira indeterminável são atingidos, neste caminhar encontra o entendimento de Alexandre Badaldi Tonin:

Esse perfil de criminalidade é extremamente danoso para a sociedade, ao ponto de que milhares de reais são desviados, em esquemas de corrupção que retiram todo o poder de investimento do Estado, deixando este de primar pelas condições básicas e necessárias da sociedade, tais como saúde, educação e segurança.¹²

Seguindo a evolução do compliance no Brasil, a lei de 1º de abril de 2021, a chamada “nova lei de licitações e contratos administrativos”, veio substituir a clássica norma 8.666/91, com o objetivo de uma maior regularização e fiscalização dos atos corruptivos.

Assim, a fim de combater as atividades corruptivas, tal norma trouxe em seu bojo, mais especificadamente em seu artigo 5º, princípios inerentes sobre a moralidade, transparência e desenvolvimento sustentável assim como em seu art. 25¹³, onde determina como obrigacional que qualquer empresa que tenha ganhado a licitação com o poder público possa de maneira efetiva, no prazo de 06 (seis) meses, criar programas de integridade efetivos, sob pena de aplicação de multa.

Nota-se que, mais do que valorizar a pessoa jurídica no mercado, o *compliance* torna-se um instrumento de fiscalização e combate à corrupção necessário para que possa atuar conjuntamente com o poder público, diminuindo assim os atos lesivos à toda população.

Como já mencionado, evidencia-se, inclusive, que um mesmo ato lesivo empresarial pode se estender a causar um dano difuso, coletivo e individual homogêneo, causando distúrbio social, econômico e jurídico em diversas áreas da sociedade e nas palavras de Sérgio Shimura “um mesmo fato pode ensejar diferentes tipos de tutela, por ofender diversos tipos de interesse(...)”¹⁴. Portanto, o *compliance* é um ato de interesse público e não privado, por mais que este também seja realizado por pessoas jurídicas de direito privado.

Sérgio Shimura ensina que “a expressão “interesse público” evoca imediatamente a figura do Estado e mediatamente aqueles interesses que o Estado escolheu como mais

¹² TONIN, Alexandre Baraldi. *Compliance: Uma visão do compliance como forma de mitigação de responsabilidade*. Revista dos Tribunais, Vol. 983. Ano.106. p.265-288. São Paulo, 2017. p.266.

¹³ Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. § 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento

¹⁴ SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. 1ª ed. Editora Método, São Paulo, 2006. p.46.

relevantes, por consultarem aos valores prevalecentes na sociedade”¹⁵. Nota-se que a falta de cumprimento das ordens básicas do Estado pelos privados lesiona o erário de maneira difusa, a ponto de atingir pessoas de todas as esferas, sem ao certo conseguir individualizá-las, como é o caso da falta de verba para hospitais, escolas e segurança.

Porém, existem alguns motivos para que o *compliance* ainda não seja um fato social brasileiro, entre eles, o alto custo, a desinformação e a restrição quanto a forma de exploração econômica. Nota-se, ao mesmo tempo que o *compliance* é uma poderosa arma de investigação e transparência empresarial, possui o lado de restrição à empresa quanto a forma de sua exploração econômica, o que faz com que esta tente adequar tais ordenamentos jurídicos com a máxima efetividade de produção e lucro, todavia, nem sempre isso é possível, e é neste ponto que existe a colisão entre o *compliance* e os interesses privados da empresa.

O *compliance* também possui caráter preventivo, ou seja, não se trata de punir uma empresa pelo não cumprimento do regime jurídico local, mas de evitar que este não seja cumprido, uma vez que obriga a manutenção da ética e o cumprimento dos deveres legais. Desta forma, tenta-se adequar o capital sem prejudicar o social.

Para que tudo isso possua efetividade e viabilidade, deve a pessoa jurídica atuar em conjunto com o Estado e, nessa dicotomia “interesse empresarial” e “social”, deve-se aplicar a função social da empresa onde visa estabelecer que a pessoa jurídica de direito privado ou público deve atuar de forma a respeitar suas finalidades, atuando com ética e honestidade.

A função social da empresa não protege somente a pessoa jurídica contra atos ruinosos de seus sócios (impondo-se como poder-dever uma condução dos objetivos sociais compatíveis com o interesse da coletividade), senão também impondo ao poder público a preservação da atividade empresarial, tão necessária ao desenvolvimento econômico. A função social da empresa busca assegurar a ainda a utilização dos bens de produção segundo a sua função social, de modo que deverá haver, sob pena de violação a esse princípio, responsabilidade social na atividade empresarial.¹⁶

Existe uma dicotomia obrigacional entre a pessoa jurídica de direito privado e o Estado. Segundo Adriane Pires “o que se observa é um dinamismo da economia e as modificações das relações sociais e políticas oportunizam o surgimento de novas formas de comportamentos danosos, representando riscos para a sociedade”¹⁷. Assim, surge a necessidade de uma cooperação mútua nas atuações, a fim de evitar lesão oriunda de corrupção e demais delitos

¹⁵ SHIMURA, Sérgio. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. 1ª ed. Editora Método, São Paulo, 2006. p.26.

¹⁶ CHAGAS, Edison Enedino das. **Direito Empresarial – Esquematizado**, 5ª ed. Saraiva, São Paulo. 2018. p. 53.

¹⁷ PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. **Lavagem de capitais e delitos omissivos: responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de compliance**. 1ª ed. Juruá, Curitiba, 2015. p. 21/22.

empresariais.

Deve-se aplicar, a função social da empresa, a chamada boa-fé objetiva, a qual adequa-se perfeitamente com o conceito de *compliance*, uma vez que aquela “impõe ao empresário e à sociedade empresária o dever de buscar a realização de seus interesses na exploração da atividade empresarial cumprindo rigorosamente a lei e adotando constante postura proba, leal, conciliatória e colaborativa¹⁸.

Pode-se entender que a natureza jurídica do *compliance* é de cooperação das empresas privadas com o Estado a fim de sanar eventuais necessidades investigativas, facilitando os procedimentos e participando ativamente para a elucidação e esclarecimento das dúvidas apontadas. Neste sentido é o entendimento de Guilherme Lobo Marchioni:

O Acordo de Leniência na seara anticorrupção consiste em um pacto de cooperação de pessoas jurídicas com órgãos estatais, para fortalecimento de elementos capazes de contribuir com procedimentos investigativos referentes a infrações à Lei da Empresa Limpa, em troca de redução das sanções pecuniárias e restritivas de direito. Importa atentar que, além da obtenção de informações sobre ilícitos relevantes à investigação, também é escopo do Acordo de Leniência trazer a empresa à higidez ética, a fim de que a pessoa jurídica empreenda suas atividades com integridade¹⁹

E, neste mesmo sentido explica, novamente, Alexandre Baralci Tunin que a “atividade empresarial deve estar orientada por um ambiente de sustentabilidade, focada na concorrência leal e com princípios éticos, cujos empresários enquadram-se em um novo princípio denominado empresário-cidadão”, e finaliza afirmando que “o *compliance*, que é compreendido como sinônimo de prevenção, pode assumir um importante papel na sociedade”²⁰.

Ocorre que, dificilmente a corrupção por meio de lavagem de dinheiro, sonegação, suborno ou outros meios ocorrerá sem a participação ou ineficiência da fiscalização estatal, tanto que Stephen D. Morris e Charles H. Blake a definem como “*abuse of trust, generally one involving public power, for private benefits which often, but by no mean always, come in the form of Money*”²¹. A Corrupção é oriunda de um governo fraco, sem transparência ou política de poder²².

¹⁸ CHAGAS, Edison Enedino das. **Direito Empresarial – Esquematizado**, 5ª ed. Saraiva, São Paulo. 2018. p. 58.

¹⁹ MARCHIONI, Guilherme Lobo. **Protagonismo isolado da ISO 19600 em compliance não é apropriado**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-29/guilherme-lobo-protagonismo-iso-compliance-nao-apropriado>. Acesso em 04 de mar.2019.

²⁰ TONIN, Alexandre Baraldi. **Compliance: Uma visão do compliance como forma de mitigação de responsabilidade**. Revista dos Tribunais, Vol. 983. Ano.106. p.265-288. São Paulo, 2017. p. 269.

²¹ Morris, Stephen D. e Blake, Charles H., **Corruption & Politics in latin américa – National & regional dynamics**. Ed. Lynne Rienner Publishers, inc. Colorado. 2010.

²² CAMPOS, J. Edgard e PRADHAN, Sanjay. **The many faces of corruption – tracking vulnerabilities at the**

Ensina-se, corretamente, que aplicação do *compliance* não é de exclusividade dos órgãos diretores da empresa, mas trata-se de uma política interna onde todos os funcionários e envolvidos devem atuar em sincronia com as tais normas, uma vez que caso isso não ocorra a própria efetividade do *compliance* estará em jogo. É necessário, portanto, uma atuação da empresa em forma de célula e não por partes, trata-se da cumplicidade da pessoa jurídica e não apenas de seus sócios.

É necessário a criação periódica de instrumentos fiscalizatórios internos, colocando a investigação deste campo também na mão da pessoa jurídica de direito privado, uma vez que este, internamente, consegue de maneira muito mais eficaz colher provas e verificar atos do que a polícia ou o Ministério Público que estão, naturalmente, do lado de fora, facilitando inclusive a individualização da responsabilidade de cada agente envolvido na questão apresentada.

Por fim, aponta-se que a sanção a ser aplicada pelo órgão de *compliance* deve ser feita também em face da pessoa jurídica e não exclusivamente em face do agente interno causador do dano. Para a doutrina majoritária, essas sanções deveriam ter um cunho administrativo, com aplicações de multas e restrições empresariais. Todavia, para uma corrente minoritária deve-se aplicar a responsabilidade criminal para as pessoas jurídicas pelos crimes de corrupção, em analogia aos crimes ambientais, neste sentido afirma Guilherme de Souza Nucci²³.

Porém, o presente trabalho não coaduna com tal entendimento, não devendo-o prosperar, uma vez que não se pode aplicar analogia *in malam partem* no ordenamento jurídico brasileiro, devendo apenas ser utilizada na hipótese favorável ao réu.

Assim, pode-se concluir que as sanções aplicadas às pessoas jurídicas por corrupção devem ser administrativas e civis e aos agentes internos sanções devem ser administrativas, cíveis e penais.

3 INTRODUÇÃO

A terra ocupa um papel de destaque na sociedade e sua ocupação, destinação e regulação é quase tão antiga quanto a própria história da humanidade (MACHADO, 2017). Globalmente, mais de 1,6 bilhão de pessoas vivem em moradias inadequadas, enquanto mais de 100 milhões estão desabrigadas (CHAUNDHRY, 2019).

sector level. 1ª ed. The World Bank, Washington, 2007. p. 361.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2015. p.88.

4 COMPLIANCE E A CORRUPÇÃO NA AMÉRICA LATINA

A corrupção tem sua base social fomentada no princípio humano básico da reciprocidade e tem seu conceito mudado através dos tempos, mas encontra-se presente entre os seres humanos em toda sua história, como demonstrado em passagens históricas clássicas, como as oferendas às entidades no antigo Egito, traição de Judas, as punições contadas por Dante em “inferno”, o julgamento de Francis Bacon, o caso Watergate entre outros. Porém, o que todos esses casos possuem em comum é que o ato praticado visa a obtenção de algo de maneira oblíqua ao caminho devido, ou seja, afronta-se a moral social em uma reciprocidade, sem a qual o objetivo final não teria sido atingido.

Nota-se que o suborno não se confunde com o termo corrupção, uma vez que aquele é um ato que dá ensejo à este, porém, deve ser trabalhado e analisado no presente momento de maneira em destaque, tendo em vista, que muitos atos de corrupção são feitos por meio de suborno, sendo assim, nas palavras de John Noonan, “o suborno é um ato que só se distingue de outras reciprocidades se identificado e condenado socialmente”²⁴

Neste diapasão o *Compliance* é um grande aliado ao combate a corrupção, inclusive, combate a corrupção internacional, uma vez que visa uma atuação sem fronteiras, de maneira cosmopolita, a fim de atuar perante todas as empresas nacionais e multinacionais. Evidencia-se que, não haveria eficácia do *compliance* nas medidas contra a corrupção, caso uma empresa com sede em diversos países devesse cumprir as regras em apenas alguns desses.

Como demonstrado, houve o pioneirismo dos Estados Unidos no combate a corrupção das empresas por meio de *compliance*, especialmente com a edição da *foreign corrupt practice act*, a qual vem com o viés de combate a corrupção empresarial, focada nas práticas de suborno²⁵.

Já a Europa criou em 1999 a chamada “convenção penal sobre corrupção do conselho da Europa”, porém, na América Latina, por mais que os países venham tratando do conceito de *compliance* em seus territórios, ainda é embrionária perto dos estudos norte-americanos e europeus, sendo necessário adequar a realidade latina à aplicabilidade do *compliance*, o que ainda não ocorreu.

Em 2014, a *International Organization for Standardization* formulou o ISO 19600 (*Compliance management systems – Guide-lines*) a qual visa promover e estabelecer um guia

²⁴ NOONAN JR. John T., **Subornos**, Tradução: Elsa Martins, 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1989. p. 03/04.

²⁵ **Foreign Corrupt Practices Act** – Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-91/pdf/STATUTE-91-Pg1494.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2019.

para a formação e utilização do *compliance* nos ambientes empresariais²⁶. Em 2016 publicou a ISO 37001 (*anti-bribery management system*) sendo um dos programas de combate a corrupção muito bem desenvolvido, trabalhando, especificadamente, a modalidade de corrupção pelo suborno, inclusive com o conceito deste. Assim, entende-se que suborno seja

“(...) oferta, promessa, entrega, aceitação ou solicitação de uma vantagem indevida de qualquer valor, que pode ser financeiro ou não financeiro, direta ou indiretamente, e independente de posição, em violação às leis aplicáveis, como um incentivo ou recompensa para uma pessoa que está agindo ou deixando de agir, em relação ao desempenho das funções daquela pessoa”²⁷.

Um dos grandes problemas da corrupção na América Latina é a dificuldade que o Estado, em muitas vezes, tem de encontrar e analisar o problema, ou porque o próprio Estado encontra-se envolvido na corrupção e não o quer fazer, ou porque as empresas camuflam sua informações para burlar a devida fiscalização, neste sentido Steve Morris e Charles Blake dizem que “*This obscurity makes it difficult to collect systematic evidence, assess the true levels of corruption within a country, differentiate the many types of corruption, or compare corruption among a country or across the time*”²⁸. Assim o *compliance* na América Latina ainda é mais um aspecto formal do que real, a qual tenta a todo custo levantar-se e sair do estigma de países em desenvolvimento para países desenvolvidos.

É necessário um estudo do bloco da América Latina como aplicador do *compliance*, uma vez que todos são muito semelhantes tendo em vista suas culturas, blocos econômicos e tempo de existência, nesse diapasão entende-se que

Todo esse processo de transformação do modo como se faz negócios na América Latina, passa, necessariamente, pela existência de um ambiente regulatório que seja capaz de investigar e punir, de maneira adequada, empresas, indivíduos e funcionários públicos envolvidos em práticas ilícitas. Cada país tem a sua história e desafios bastante singulares. Mas, de forma geral, todos seguem um script semelhante. e isso acontece até pelo fato de todas serem democracias bastante jovens.²⁹

Um estudo realizado pela *Transparency International*³⁰ demonstra que a América Latina

²⁶ ANSELMO, Márcio Adriano. *Compliance*, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISSO 19600 e 37001, Revista dos Tribunais, vol. 979, ano 106. p.53-67. São Paulo: Ed RT, 2017. p. 59.

²⁷ ANSELMO, Márcio Adriano. *Compliance*, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISSO 19600 e 37001, Revista dos Tribunais, vol. 979, ano 106. p.53-67. São Paulo: Ed RT, 2017. p. 60.

²⁸ Morris, Stephen D. e Blake, Charles H., *Corruption & Politics in latin américa – National & regional dynamics*. Ed. Lynne Rienner Publishers, inc. Colorado. 2010. p.5.

²⁹ SIBILLE, Daniel e KALAY, Marcio EL. *Compliance na América Latina – República Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México e Peru.* – Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/28354/1533056778Compliance_na_Amrica_Latina.pdf Acesso 09 mar. 2019. p. 5.

³⁰ *Transparency Internacional* – Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em: 06 mar.

e a África possuem os maiores índices de corrupção mundial, sendo que em uma escala de 0 até 100, onde 0 é o índice de maior corrupção e 100 o índice de menor corrupção, o Brasil possui a pontuação 35/100, estando em 105º de 180 países analisados.

Sendo que na América latina o Chile e o Uruguai tomam a frente em países menos corruptos, sendo 67/100 e 70/100 a pontuação dos respectivos.

Não é por menos que o Chile possui uma posição tão bem classificada, a segunda melhor de toda América latina, ele foi o primeiro país da América do Sul que estabeleceu normas contra a corrupção.

O Chile possui desde 2009 a lei nº 20.393 que institui responsabilidade penal para as pessoas jurídicas de direito privado e público, a fim de punir, fiscalizar e evitar a lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo, os subornos entre outras formas de corrupção.

Um aspecto bastante interessante do mercado chileno é que a Lei Nº 20.393, que trata da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, permite que empresas certificadoras independentes façam a análise dos programas de integridade das empresas, e que, de acordo com os requisitos da lei, os aprovelem ou sugiram melhorias que possam ser integradas a eles. A certificação é bastante reconhecida e tem impulsionado o mercado a elevar os seus padrões de integridade.³¹

Nota-se que o Chile caminha adequando o combate da corrupção com o instrumento do *compliance* e os resultados são cientificamente demonstrados.

Em 2011, a Colômbia passou a ter a sua primeira lei antissuborno; anteriormente, somente o código penal colombiano dispunha a tipificação do crime de corrupção de funcionários públicos. Mas foi somente em 2016 que foi promulgada a lei nº 1.778/16, chamada de “lei de corrupção transnacional”, tal norma visa fomentar a lei antissuborno, adequar-se à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e responsabiliza a pessoa jurídica privada por subornos com funcionários públicos.

Por fim, tal lei visa incentivar a aplicação do *compliance* nas empresas privadas, estabelecendo que elas possuam um crédito ao atuarem com programas de conformidade adequados, mitigando-se o valor quando da aplicação de multas por violações nacionais e estrangeiras³².

2019.

³¹ SIBILLE, Daniel e KALAY, Marcio EL. **Compliance na América Latina – República Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México e Peru.** – Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/28354/1533056778Compliance_na_Amrica_Latina.pdf Acesso 09 mar. 2019. p.9.

³² SIBILLE, Daniel e KALAY, Marcio EL. **Compliance na América Latina – República Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México e Peru.** – Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/28354/1533056778Compliance_na_Amrica_Latina.pdf Acesso 09 mar. 2019. p.10.

Seguindo-se a lista de países da América Latina, deve-se trazer que a Venezuela, por sua vez, é atualmente o país mais corrupto da América Latina e um dos mais corruptos do mundo, com pontuação 18/100, ficando na 168ª posição de 180 países, permanecendo a frente apenas de países como Somália e Sudão.³³

Vale mencionar que na América Central o país com menor índice de corrupção é a Costa Rica que possui pontuação de 56/100.

Nota-se que na maioria destes países aplica-se um regime democrático de direito, o que é totalmente incompatível com a ideia de corrupção. Entende-se que em um estado democrático de direito, as eleições, verbas públicas, os valores do erário, entre outros são assuntos de livre acesso para toda a população, a fim de utilizar-se do princípio da publicidade para possibilitar que o cidadão atue como fiscal dos atos públicos. Sendo que a fiscalização pública é uma das principais maneiras de se evitar corrupções, como anteriormente mencionado. Desde a revolução francesa, Honoré Mirabeau já conceituava que poderiam lhe dar o julgamento que fosse, com qualquer juiz, mas que tudo que o fizesse, fosse feito em público. Neste caminhar também está o entendimento de Steve Morris e Charles Blake “*The bulk of guiding research questions in the field tend to emphasize the theoretical incompatibility of democracy and corruption*”³⁴.

Na Argentina, ainda sobre a evolução latina do *compliance*, foi publicada a resolução anticorrupção de número 27.401/2018, que visa uma maior aplicabilidade do instituto nas empresas, com diversas proibições e mandamentos a fim de estabelecer a ética e honestidade. Tal norma estabelece uma possibilidade de responsabilidade criminal e administrativo da pessoa jurídica em casos de subornos domésticos, transnacionais, tráfico de influência, enriquecimento ilícito de servidores, assim como a aplicação de multa de até 05 (cinco) vezes o benefício financeiro indevido obtido³⁵.

A norma recebeu o nome de lei de responsabilidade penal empresarial e está sendo estimulada pelo atual governo com o objetivo de tornar o país membro da organização para a cooperação e desenvolvimento econômico (OCDE).

Além de evitar prejuízo ao erário, a aplicação do *compliance* na Argentina vem sendo

³³ *Transparency Internacional* – Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em: 06 mar. 2019.

³⁴ MORRIS, Stephen D. e BLAKE, Charles H., *Corruption & Politics in latin américa – National & regional dynamics*. Ed. Lynne Rienner Publishers, inc. Colorado. 2010. p.18.

³⁵ SIBILLE, Daniel e KALAY, Marcio EL. **Compliance na América Latina – República Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México e Peru.** – Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/28354/1533056778Compliance_na_America_Latina.pdf Acesso 09 mar. 2019. p.6.

efetivada de maneira a fomentar inclusive a economia local; é o que entende Daniel Sibille e Márcio El Kalay:

Assim como ocorreu no Brasil, outro reflexo positivo da entrada em vigor da nova legislação anticorrupção argentina é a valorização dos profissionais de compliance. Estimativas dão conta de que sejam criados ao menos cinco mil novos postos de trabalhos na área por lá, mantendo o mercado na região bastante aquecido.

No México a situação é também muito recente e possui uma agravante em relação aos demais países apresentados até então, o Ministério Público mexicano não possui autonomia, para que livremente efetue as investigações nos casos de corrupção das pessoas jurídicas.

Em julho de 2016, o presidente Enrique Peña Nieto anunciou a aprovação de mudanças radicais nas leis anticorrupção do México. As novas medidas foram o ponto culminante de um processo plurianual, que se originou com uma petição cidadã, a partir do trabalho de grupos da sociedade civil. Esses esforços de base resultaram em reformas constitucionais em 2015, e as leis aprovadas em 2016 representam a implementação estatutária destas. Entre o que é proposto pelas novas leis e as revisões da legislação já existente, há disposições para criar a figura do promotor independente da corrupção e fortalecer as proteções aos denunciantes, além de mecanismos para robustecer a cooperação entre as diferentes esferas do governo³⁶.

Diferentemente do Peru, onde “semelhante à lei proposta pela Argentina, a lei de corrupção corporativa do Peru, aprovada em março de 2016, estabelece a responsabilidade objetiva para empresas públicas e privadas responsáveis pelo suborno” isso ocorre independentemente de o agente ter ou não sofrido processo³⁷. Porém benéfico mencionar que o art. 41 da Constituição Mexicana foi alterado, em 2017, para tornar imprescritível os crimes de corrupção.

Já a Guatemala é um dos países menos desenvolvidos da América Latina, sendo que a aplicação do *Compliance* ainda muito superficial, todavia, pune-se com pena privativa de liberdade e pecuniária os crimes de corrupção praticados, conforme redação dada pelo art. 155 do código penal modificado em 2012. E por meio do seu art. 38 do código penal estabelece a responsabilidade às pessoas jurídicas nos casos de corrupção.

Por fim, no Brasil houve o marco inicial do *compliance*, quando tenta-se adequar ao sistema internacional. Assim, ele surge em 1998, com a publicação da lei nº 9.613 (lei de

³⁶ SIBILLE, Daniel e KALAY, Marcio EL. *Compliance na América Latina – República Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México e Peru*. – Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/28354/1533056778Compliance_na_Amrica_Latina.pdf Acesso 09 mar. 2019. p. 11.

³⁷ SIBILLE, Daniel e KALAY, Marcio EL. *Compliance na América Latina – República Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México e Peru*. – Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/28354/1533056778Compliance_na_Amrica_Latina.pdf Acesso 09 mar. 2019. p. 12.

lavagem de dinheiro), sendo que esta lei criou o Conselho de Controles das Atividades Financeiras – COAF, a fim de fiscalizar e as atividades de empresas suspeitas. Tal lei, ainda, tipificou o crime de lavagem de dinheiro para os agentes envolvidos³⁸.

Posteriormente, foi publicada no Brasil a norma 12.846/13 a qual instituiu um programa de anticorrupção. Todavia, este somente possuiu maior efetividade após a operação lava-jato, quando as empresas começaram a se adequar com o *compliance*, como exemplo, a própria Petrobrás que atualizou seu programa de “questionário de integridade” preenchidos pelos seus funcionários, os quais compulsoriamente devem fazê-lo sob pena de não atenderem mais as normas da companhia³⁹.

Outras normas brasileiras que fomentam a criação e desenvolvimento do *compliance*, são a norma estadual do Rio de Janeiro nº 7.753/17 e a norma do Distrito Federal nº 6.112/18, em ambas determinam que as pessoas jurídicas somente poderão realizar negócios jurídicos com as unidades federativas, caso possuam “programas de integridade”, ou seja, que desenvolvam e mantenham um programa de *compliance*⁴⁰.

E por fim, como mencionado, a nova lei de licitações e contratos administrativos, a lei nº 14.133/21 que visa a necessidade de as pessoas jurídicas implementarem *compliance* de maneira efetiva sempre que estiverem atuando com as pessoas jurídicas de direito público.

O *compliance* é um instrumento de combate direto todos esses tipos de corrupção, uma vez que visa aplicar de “dentro para fora” a manutenção e máxima clareza possível de seu funcionamento interno, ou seja, um benefício não somente para o Mercosul, mas para toda a América Latina.

Vale ressaltar que, é necessário a aplicação internacional do *compliance* para que a corrupção corporativa seja evitada ou reduzida ao máximo, principalmente quando tratar-se de empresas multinacionais ou nacionais de importação ou exportação.

Neste ponto existe uma colisão entre a necessária publicidade e os segredos empresariais e/ou técnicas de produção, porém quando se aplica o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, deve-se respaldar em preservar os interesses públicos, devendo as

³⁸ ANSELMO, Márcio Adriano. *Compliance*, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISSO 19600 e 37001, Revista dos Tribunais, vol. 979, ano 106. p.53-67. São Paulo: Ed RT, 2017. p. 57.

³⁹ SIBILLE, Daniel e KALAY, Marcio EL. **Compliance na América Latina – República Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México e Peru.** – Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/28354/1533056778Compliance_na_Amrica_Latina.pdf Acesso 09 mar. 2019. p. 7.

⁴⁰ SIBILLE, Daniel e KALAY, Marcio EL. **Compliance na América Latina – República Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México e Peru.** – Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/28354/1533056778Compliance_na_Amrica_Latina.pdf Acesso 09 mar. 2019. p. 8.

empresas manter sua transparência e preservar ao mesmo tempo sua independência e liberdade de trabalho, aplicando sempre o *compliance* o qual já se mostrou uma poderosa arma a favor de toda sociedade.

Um dos maiores casos de corrupção da América Latina foi em território brasileiro com ramificações em países como Bolívia e Venezuela, entre outros. O Ministério Público Federal denunciou diversos diretores da Petrobrás e políticos pelo desvio de verba pública nos contratos firmados da empresa com outras empresas. O valor do suborno variava de 1% até 5% do valor dos contratos firmados, os quais eram na casa de bilhões de reais⁴¹.

Para que se tenha a ideia do escárnio que a corrupção brasileira chegou, observe que existem cartéis que monopolizam a maioria das licitações nacionais. A Petrobrás é o exemplo claro e habitual.

Os preços oferecidos à Petrobrás eram calculados e ajustados em reuniões secretas nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado e benefícios privados e em prejuízo dos cofres estatais. O cartel tinha até um regulamento, que simulava regras de um campeonato de futebol, para definir como as obras seriam distribuídas. Para disfarçar o crime, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a distribuição de prêmios de um bingo⁴².

No caso da “operação lava-jato” foi fortificado o *compliance* com a utilização das colaborações premiadas, onde muitos funcionários começaram a levar até conhecimento das autoridades locais, as informações oriundas dos desvios de verba, superfaturamento, suborno e outros.

A necessidade de se combater a corrupção não é assunto recente, sendo esta oriunda desde da formação da sociedade, mas com a evolução humana entende-se que haja a necessidade de um controle social para a adequada manutenção da sociedade.

O individualismo não pode mais fazer parte de nossa sociedade, mesmo que seja da natureza humana em muitas vezes isolar-se, inclusive pelas pessoas jurídicas. Primo Levi dizia que “a capacidade humana de cavar-se uma toca, de criar uma casca, de erguer ao redor de si uma tênue barreira defensiva, ainda que em circunstâncias aparentemente desesperadas, é espantosa e mereceria um estudo profundo”⁴³. Ora tais barreiras e castas devem ser retiradas na exata medida entre a transparência e a proteção da individualidade.

⁴¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance e direito penal na era pós-lava jato. Revista dos Tribunais*. Vol. 979. Ano 106, p.31-52, São Paulo, 2017. p. 33.

⁴² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance e direito penal na era pós-lava jato. Revista dos Tribunais*. Vol. 979. Ano 106, p.31-52, São Paulo, 2017. p. 33.

⁴³ LEVI, Primo. *É isto um homem?* 2ª ed. Rocco, Rio de Janeiro, 2013. p.48.

Por fim, vale mencionar que a corrupção intrínseca nas pessoas jurídicas de direito público e privado exerce um mal social extremamente grave, uma vez que licitações são fraudadas, fiscais são subornados ou desvio de verbas do erário são feitos, os instrumentos públicos de manutenção da sociedade não irão se manter, ou se manterão a “trancos e barrancos”, como são os casos dos hospitais públicos brasileiros ou das escolas públicas brasileiras.

As consequências da corrupção difusas como já apresentado, portanto, são pessoas morrendo em filas intermináveis de hospitais, crianças sem estudo ou qualquer tipo de amparo por parte do Estado e, em muitas vezes, a sua consequente marginalização.

Apresenta-se em toda América Latina um costume *contra legem* de inversão de valores, onde o habitual é a corrupção, ignorando sua catastrófica consequência. Esta corrupção não é elaborada apenas por mentes privilegiadas ou malfeitores estereotipados, mas, como explica Hannah Arendt, o mal é banal⁴⁴, elaborado por pessoas comuns em seus dias normais, não necessitando de condições especiais para isso, apenas a oportunidade.

Com isso concluir-se-á, que se deve aplicar e exigir a eficácia do *compliance* como importante instrumento de apoio ao combate à corrupção na América Latina, a fim de evitar que os prejuízos sociais que em muitos casos são irreparáveis.

5 CONCLUSÃO

Ex positis, veio o presente trabalho apresentar que o instituto do *compliance* tem como foco central programas de combate e diminuição da corrupção sistêmica que existe entre pessoas de direito privado ou público com demais entes. Foi demonstrado que, tal instituto é instrumento social de transparência, ética e adequação com as normas do estado, a fim de evitar vários tipos de corrupção, como lavagem de dinheiro, subornos, fraudes fiscais, entre outros.

Fora contextualizado igualmente que o *compliance* somente possuirá efetividade caso haja a atuação da pessoa jurídica de direito privada ou pública conjuntamente com a atuação positiva do Estado, uma vez que não será possível que tal instrumento seja eficaz se o próprio Estado é parte ativa da corrupção inerente.

Demonstrou-se que o *compliance* começou a ser efetivamente desenvolvido na década de 70, do século passado, tendo sua origem os Estados Unidos da América, onde lançou *Foreign Corrupt Practices Act*, sendo que posteriormente a Europa adotou diversos meios de implementação do *compliance*, criando as normas de gestão de *compliance* (ISO 19600:2014) e

⁴⁴ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. 1ª ed. Companhia das letras, São Paulo. 1999.

norma anticorrupção (ISO 37001:2016); porém somente teve início no Brasil na década de 90, quando publicou-se a lei nº 9.613/98 e posteriormente a lei nº 12.846/13.

Foi abrangido também que o *compliance* adequa-se perfeitamente a função social da empresa e a boa-fé objetiva, uma vez que visa atuar com moralidade, legalidade e transparência, dando a possibilidade da fiscalização das empresas pelos devidos órgãos competentes e pela própria população.

Com isso foi analisada a aplicabilidade do *compliance* às pessoas jurídicas da América Latina, evidenciando-se a real necessidade de uma aplicação internacional, principalmente nos países com maior índice de corrupção como o Brasil, Venezuela e Bolívia. E evidenciou-se que os países com melhor desenvolvimento econômico- social, e menor índice de corrupção utilizam-se do *compliance* como instrumento de fiscalização, como Chile e Uruguai.

Assim por mais que a América Latina ainda não possuía o desenvolvimento em *compliance*, como os Estados Unidos ou a Europa, ela caminha em bons passos aplicando normas internas, a fim de requerer a forma cooperativa das pessoas jurídicas de direito público ou privado, trazendo assim maior ética, transparência e fiscalização, ajudando que o erário seja cada vez menos corrompido, para que seja este devidamente aplicado em prol a sociedade, com seus devidos fins.

6 REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. ***Compliance, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISSO 19600 e 37001***, Revista dos Tribunais, vol. 979, ano 106. p.53-67. São Paulo: Ed RT, 2017.

ARENDRT, Hannah. ***Eichmann em Jerusalém***. 1ª ed. Companhia das letras, São Paulo. 1999.

CAMPOS, J. Edgard e PRADHAN, Sanjay. ***The many faces of corruption – tracking vulnerabilities at the sector level***. 1ª ed. The World Bank, Washington, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito constitucional e teoria da Constituição***. 7ª ed. Coimbra, Almedina. 2003.

CHAGAS, Edison Enedino das. ***Direito Empresarial – Esquematizado***, 5ª ed. Saraiva, São Paulo. 2018.

Foreign Corrupt Practices Act – Disponível em:

<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-91/pdf/STATUTE-91-Pg1494.pdf> . Acesso em: 06 mar. 2019.

Foreign Corrupt Practices Act, Disponível em : < <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide> > , Acesso em 11 de nov. 2020.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**, 3ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 31.

Lei anticorrupção - Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** 2ª ed. Rocco, Rio de Janeiro, 2013.

MARCHIONI, Guilherme Lobo. **Protagonismo isolado da ISO 19600 em compliance não é apropriado**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-29/guilherme-lobo-protagonismo-iso-compliance-nao-apropriado>. Acesso em 04 de mar.2019.

Morris, Stephen D. e Blake, Charles H., *Corruption & Politics in latin américa – National & regional dynamics*. Ed. Lynne Rienner Publishers, inc. Colorado. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2015.

NOONAN JR, John T., **Subornos**, Tradução Elsa Martins, 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Betrand Brasil S.A., 1984. p. 589.

PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. **Lavagem de capitais e delitos omissivos: responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de compliance**. 1ª ed. Juruá, Curitiba, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance e direito penal na era pós-lava jato**. Revista dos Tribunais. Vol. 979. Ano 106, p.31-52, São Paulo, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na constituição federal de 1988**. 9ª ed. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2012.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. 1ª ed. Editora Método, São Paulo, 2006.

SIBILLE, Daniel e KALAY, Marcio *EL. Compliance na América Latina – República Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México e Peru*. – Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/28354/1533056778Compliance_na_Amrica_Latina.pdf Acesso 09 mar. 2019.

TONIN, Alexandre Baraldi. **Compliance: Uma visão do compliance como forma de mitigação de responsabilidade**. Revista dos Tribunais, Vol. 983. Ano.106. p.265-288. São Paulo, 2017.

Transparancy Internacional – Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em: 06 mar. 2019.

HISTÓRIA DO DIREITO: ANÁLISE DO ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO

*Adelcio Machado dos Santos¹
Dreone Mendes²
Rubens Luis Freiberger³*

*Recebido em 01/06/2021
Aceito em 09/08/2021*

RESUMO

A História do Direito consiste na disciplina responsável pelo estudo das fontes externas do Direito, ou seja, como ele nasce, evolui e se transforma para finalmente chegar ao presente. Atualmente, examinar e problematizar as relações entre História e Direito reveste-se da maior importância, especialmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente. O início da história do direito remonta à época em que os homens passaram a viver em grupos organizados, dando origem à formação de comunidades, sendo que a partir daí sentiram eles a necessidade de disciplinar a sua própria conduta, traçando normas de respeito aos direitos de cada um. O estudo da História do Direito resulta na utilidade jurídica para a compreensão da origem do ordenamento jurídico e sua ligação com os institutos do passado, no qual o direito atual tem sua origem. É praticamente impossível desvincular o estudo do direito de suas origens, pois a compreensão completa de uma legislação exige o conhecimento da história de sua formação.

PALAVRAS CHAVE: Direito. História. Formações Jurídicas.

HISTORY OF LAW: ANALYSIS OF THE EPISTEMOLOGICAL STATUS

ABSTRACT

History of Law consists in the discipline responsible of the study of the external sources of Law, that is, the way it is born, evolves and transforms until it finally gets to present days. Nowadays, examining and problematizing the relations between History and Law gets coated by a relevant importance, specially when one takes into account the perception of normativity extracted from a certain historical context defined as past experience which gives consciousness to the present and sets it free. The beginning of history of law goes back to the time when men started to live freely in organized groups, giving origin to the formation of communities, being that from that moment on they felt the need to discipline their own way of being, giving rules of respect to each one's rights. The study of History Law results in the juridical utility for the comprehension of the origin of juridical ordination and its link with the institutes of the past, in which the current law has its origin. It is practically impossible to separate the study of law from its origins, for the

¹ Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Pós-Doutor (UFSC). Docente, pesquisador e orientador no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da (Uniarp). Advogado (OAB/SC nº 4912), Endereço: Rua Prof. Egídio Ferreira, nº 271, Apto. 303 – 88090-500 (SC) Brasil. E-mail: adelciomachado@gmail.com.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da Uniarp.

³ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da Uniarp.

complete comprehension of lawmaking demands the knowledge of the history of its formation.

Keywords: Law. History. Juridical formations.

1 INTRODUÇÃO

Assim, será igualmente demonstrado as profundas consequências sociais que a corrupção causa nos países em desenvolvimento e sua minoração em relação aos países que aplicam efetivamente o *compliance*. A história compreende a narração dos fatos jurídicos importantes, possibilitando a retratação do suceder da humanidade através dos tempos, afirmam Pinheiro e Bekhor (1997). É a experiência atual do presente que conduz à busca histórica. O fazer historiográfico sempre parte do presente, as perguntas e inquietudes são levantadas no tempo atual e as respostas são buscadas no passado.

Em outras palavras, o historiador parte de questionamentos do presente, atribuindo importância aos fatos do passado, em busca da comprovação dos mesmos por meio de evidências a serem investigadas em fontes documentais oficiais e não oficiais. As fontes são submetidas a análises críticas para verificar a originalidade do documento.

Destarte, se o historiador se limita a narrar uma história, pura e simplesmente, ainda que por forma artística não será uma ciência. Senão um gênero literário. Entretanto, a partir do momento em que ele desenvolve uma análise científica dos feitos passados, pesquisando as suas causas e suas projeções no futuro, não se poderá deixar de reconhecer que ela assume a posição de uma ciência jurídica (PINHEIRO E BEKHOR, 1997).

A história pode ser entendida como uma ciência não no sentido de uma ciência de laboratório que segue rígidos métodos experimentais, mas como uma investigação crítica acerca dos fatos históricos, que exigem do historiador a perspicácia racional para identificação das verdades históricas. O historiador questiona uma noção de tempo, já que o conjunto dos agentes históricos existe em múltiplos ritmos temporais; indaga-se sobre o sujeito ou sujeitos responsáveis pelo movimento histórico; incorpora-se outras experiências e nelas se testa a pertinência de conceitos e categorias teóricas (MALUF, 1995).

2 DESENVOLVIMENTO

Destarte, é possível verificar que a história não se constrói somente com base nos acontecimentos oficialmente registrados, pois há uma série de documentos que não são inocentes, mas constituem vestígios que necessitam ser analisados. A história puramente

científica exclui muitos fatos, por não estarem dentro do rigor científico. Há um conjunto de agentes históricos variados que seguem diferentes ritmos temporais e divergem quanto à percepção de tempo.

O estudo histórico permitiu construir uma concepção das sociedades humanas como estruturas globais, historicamente específicas, totalidades organizadas complexas, mas cognoscíveis, sujeitas à regularidades e determinações. O historiador realiza constantes recortes nos acontecimentos passados, visto que é impossível tomar conhecimento de todos os fatos e do modo exato como ocorreram no passado.

Destarte, Cardoso (1981) sustenta que a história é um processo de seleção que se realiza atendendo-se à relevância histórica.

Assim, como o historiador seleciona do oceano infinito dos dados os que têm importância para o seu propósito, assim, também extrai da multiplicidade das seqüências de causa e efeito somente as historicamente significativas. O padrão pelo qual rege a relevância histórica é sua capacidade de fazer com que se encaixem no seu quadro racional de explicação e interpretação.

As demais seqüências de causa e efeito devem ser recusadas como algo acidental, não porque seja distinta a relação de causa e efeito, e sim porque a própria seqüência é irrelevante. O historiador nada pode realizar com ela, pois não é redutível a uma interpretação racional, carece de significado tanto para o passado quanto para o presente (CARDOSO, 1981).

Dessarte, como as mais diferentes instituições sociais, documentos, fontes, vestígios, a evolução do direito também sempre foi objeto de análises históricas. Para Pinheiro e Bekhor (1997), desvincular o estudo do Direito de suas origens parece ser quase impossível. Para se conhecer bem uma legislação, é necessário ter conhecimento de sua história. Há uma sucessão de fatos no evoluir da história que se entrelaçam e se completam, dando origem ao sistema contemporâneo do Direito.

Conforme Pinheiro e Bekhor (1997), a História do Direito, como uma área específica dentro da história, é aquela que cuida do estudo das fontes externas do Direito, isto é: como ele nasce, evolui e se transforma para finalmente chegar ao presente.

A História do Direito pode ser dividida em interna e externa. A história interna que ocupa um campo específico do direito, compreende um estudo material das instituições públicas e privadas, enquanto a história externa é formal, extrínseca e responsável por examinar as fontes do Direito, ou seja, a maneira como surgem as normas jurídicas.

A História do Direito se relaciona com todas as disciplinas que dizem respeito às fontes da história geral, como a Psicologia, a Lingüística, a Biologia Humana, a Geografia Social,

entre outras. Ela também pode ser dividida em História Geral e Especial do Direito. A primeira trata do Direito como um todo, estudando a evolução das idéias e formas jurídicas através dos tempos. Já a segunda cuida do direito, sob um único ângulo ou de um só ramo do direito, como a História das Instituições Políticas, do Direito Penal, do Direito Civil, etc. (PINHEIRO E BEKHOR, 1997).

A História do Direito não é constituída simplesmente de uma mera narração de fatos jurídicos, pois ela não se pode limitar a este aspecto. Esse ramo da história necessita buscar o conhecimento científico das causas geradoras da norma, do ambiente em que foi gerada, do sentido humano que a sustentou através dos tempos.

De acordo com Wolkmer (2003), examinar e problematizar as relações entre História e Direito reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico, definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente.

Obviamente, tal preocupação está dissociada de uma historicidade do jurídico, delineada por toda uma tradição teórico-empírica assentada em proposições revestidas pela força da continuidade, da previsibilidade, do formalismo e da linearidade.

Porém, para alcançar nova leitura histórica do fenômeno jurídico, enquanto expressão de idéias, pensamento e instituições, é necessário apurar a distinção das especificidades inerentes a cada campo científico do que seja História, do que seja Direito, bem como o sentido e a função de uma interpretação que se reveste do viés tradicional ou crítico.

Na trajetória da cultura jurídica moderna há consenso de que áreas de investigação, como História do Direito, História das Instituições Jurídicas e História das Idéias ou do Pensamento Jurídico, estão todas identificadas, ora com um saber formalista, abstrato e erudito, ora com uma verdade extraída de grandes textos legislativos, interpretações exegéticas de magistrados, formulações herméticas de jusfilósofos e institutos arcaicos e burocratizados (WOLKMER, 2003).

Entretanto, conforme Wolkmer (2003), essa longa tradição foi interrompida nas últimas duas décadas por um renovado interesse de natureza crítico-ideológica por questões metodológicas sobre a História do Direito. Essa mudança de visão reflete também o esgotamento de determinado tipo de historiografia jurídica que tem por base os valores liberal-individualistas.

Essa retomada do viés historicista sobre as idéias ou as instituições jurídicas procura superar a profunda crise que se abateu sobre esse campo de pesquisa. A pouca relevância da disciplina não se deve à falta de especialistas ou aficionados, mas muito mais em função de

uma crise motivada por sua falta de significado e pela dificuldade de encontrar uma função que realmente justifique sua existência, defende Wolkmer (2003).

Uma análise atenta sobre os motivos do esgotamento da História do Direito realça o fato de que a historiografia jurídica da modernidade, formada em grande parte por princípios e valores liberal-burgueses, desempenha dois objetivos muito claros. O primeiro deles refere-se à relativização e, conseqüentemente, desvalorização da ordem social e jurídica pré-burguesa, apresentando-a como fundada na irracionalidade, no preconceito e na injustiça. O segundo objetivo diz respeito à realização da apologia da luta da burguesia contra essa ordem ilegítima e a favor da construção de um Direito e de uma sociedade ‘naturais’, e harmônicos, ou seja, libertos da arbitrariedade e historicidade anteriores.

A crítica burguesa realizada contra o antigo Direito e as organizações político-feudais gerou efeitos e foi eficaz num primeiro momento histórico, porém acabou perdendo significado com a edificação da ordem e da hegemonia liberal-individualista.

Deste modo, a missão da historiografia tornou-se mecanismo de endeusamento da ordem jurídica, política e social do modo de produção capitalista, na medida em que o espaço institucionalizado passa a ser coberto por um universo ideológico apresentado como uma situação natural e independente do devir histórico. Daí resulta o fato de a historiografia jurídica, dependente dos textos legais e da exegese de seus maiores destaques, orientar-se, ao mesmo tempo, rumo a um formalismo técnico-dogmático ou a uma antiquada erudição da vida social (WOLKMER, 2003).

Desta maneira, alguns juristas-historiadores declinaram para uma narrativa conservadora e dogmática que objetivava a justificação da ordem social e jurídica vigente, tentando provar que ela mergulhava na tradição, no espírito nacional, ou que resultava num lento progresso do ‘espírito humano.’ Essa postura desenvolvida pelos juristas historiadores negligenciava toda e qualquer explicação do Direito por um processo dinâmico, inserido no contexto de conflitos e tensões sociais.

De acordo com Wolkmer (2003), outra tendência dos operadores do legalismo, no meio acadêmico, era a não consideração de uma historicidade das instituições que possibilitasse, na formação dos juristas, a prática de condutas eficazes e legitimamente identificadas com os problemas da sociedade.

Segundo Hespanha (apud WOLKMER, 2003), com isso, favorecia-se a oficialização de uma historiografia erudita e passadista que tendia a refugiar-se nas épocas historiográficas mais remotas e em discussões meramente teórico-acadêmicas de cunho idealista/abstrato.

O problema crítico do conhecimento histórico é deixado de lado pelo surto do

historicismo tradicional, ocultando-se no suposto mito da neutralidade do saber e da universalidade dos princípios da ciência positivista, expressão da fase concorrencial do sistema capitalista. Assim, a construção do conhecimento histórico acerca do direito ordena-se por uma perspectiva linear, estática e conservadora.

Essa maneira estática do fazer histórico forja um conhecimento histórico-elitista, fundamentado na construção mútua da neutralidade da cultura e dos intelectuais, transformados numa espécie de instância arbitral colocada acima dos conflitos de classe.

Na medida em que a historiografia tradicional (liberal-burguesa) passa a ser simples disciplina de justificação da ordem legal imperante e da acumulação de conhecimentos para a chamada “cultura superior”, sem fins úteis para com a realidade, a História do Direito perde sua significação e entra em constante descrédito, constituindo-se num campo do saber de pouca utilidade, acabando seus pressupostos por sucumbir numa crise de eficácia.

As profundas transformações epistemológicas nas ciências humanas, os novos interesses, a insurgência de conflitos sociais e as recentes transformações por que vêm passando as formas de vida contemporânea determinam uma renovação metodológica nos estudos históricos das instituições jurídicas e políticas, sustenta Wolkmer (2003).

Destarte, é necessário redefinir, na historicidade da crise, os novos marcos teórico-metodológicos que possibilitam alcançar novo paradigma, envolvendo modalidades alternativas de interpretação, pesquisa e investigação histórica. Não mais uma historicidade linear, elitista e acumulativa, porém problematizante e transformadora.

3 IMPORTÂNCIA DA DISCIPLINA DE HISTÓRIA DO DIREITO

É praticamente impossível desvincular o estudo do Direito de suas origens, visto que a compreensão completa de uma legislação exige o conhecimento da história de sua formação. O estudo da História do Direito evidencia o que ele foi no passado e o caminho que percorreu para chegar ao Direito contemporâneo.

Tem-se assim que a importância da disciplina de História do Direito no ensino deve-se a essa dependência que o direito atual possui em relação ao passado, pois o direito de hoje não é algo novo, mas pelo contrário resulta da atuação de forças no passado. O que hoje vigora brotou dos germes existentes no passado. Conforme ressaltam Pinheiro e Bekhor (1997), o direito não se inventa, pois é um produto lento da evolução, adaptado ao meio. Não há a possibilidade de se fazerem leis inteiramente novas.

As normas vigentes na sociedade contemporânea constituem sempre uma reprodução, com ou sem modificações de preceitos preexistentes. No entanto, é importante ressaltar que ao se falar em reprodução do que já existe, não se está afirmando a impossibilidade de se fazer uma lei inédita.

Essa colocação é efetuada tomando-se o direito positivo atual como um todo, um Código, uma Constituição, etc. e não uma eventual lei disciplinando um assunto isolado, visto que esta poderia ser inteiramente nova, mesmo porque, sabe-se, o direito acompanha a evolução da sociedade e os progressos científicos e tecnológicos. Desta forma, hoje se pode falar em um direito à imagem, direito espacial, por exemplo, ambos desconhecidos na Antigüidade (PINHEIRO E BEKHOR, 1997).

Assim, é de suma importância conhecer o passado, pois o direito vigente na atualidade constitui um desdobramento do passado. Só é possível compreender o presente com base no estudo da origem do direito no passado. Neste sentido, Tylor (apud PINHEIRO E BEKHOR, 1997) acrescenta que não parece existir um pensamento humano tão primitivo a ponto de ter perdido sua influência sobre nosso próprio pensamento, nem tão antigo a ponto de ter interrompido sua ligação com a vida atual.

Também Nascimento (1981), defende que não se pode desvincular o Direito de suas origens quando se pretende compreendê-lo melhor no contexto das sociedades dos dias atuais. Além disso, a evolução do Direito não constitui uma sucessão de criações e aniquilamentos, visto que há no Direito algo de constante e de estável que resiste a todas as mutações e que, aliás, dá nexos à atividade do homem legislador.

O Direito, como um dos elementos que integram a sociedade em sua ação dinâmica, está sujeito a influências que, inexoravelmente, o modificam e até o transfiguram, mas nele também se distinguem os resíduos ou sinais de suas origens. Desta maneira, pode-se reafirmar a utilidade da História do Direito para o estudo da ciência jurídica.

É através da História do Direito que se estabelece os pontos de contato entre as antigas e as modernas instituições jurídicas. Conforme Beviláqua (apud NASCIMENTO, 1981), se o historiador jurídico pode reatar os elos principais da evolução do Direito, acompanhando as pegadas que ela foi gravando por meio da história, dos costumes e das instituições, é porque os estádios sucessivos se prendem uns aos outros, procedem os mais recentes dos mais remotos. É assim, pois, que se cria melhores condições e maiores facilidades para o exame e compreensão dessas mesmas instituições em seu estado atual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da História do Direito resulta no despertar do interesse histórico, bem como na utilidade jurídica para a compreensão da origem do ordenamento jurídico e sua ligação com os institutos do passado, no qual o Direito atual tem sua origem. Neste sentido, Wolkmer (2003) ainda acrescenta que a História do Direito só alcança significado real enquanto interpretação crítico-dialética da formação e da evolução das fontes, idéias norteadoras, formas técnicas e instituições jurídicas, tendo como objetivo a transformação presente do conteúdo legal instituído e buscando nova compreensão historicista do Direito num sentido social e humanizador.

O Direito contemporâneo é resultado de uma evolução histórica que se iniciou com as primeiras civilizações. Assim, por exemplo, ao examinar o processo histórico evolutivo da cultura jurídica do Brasil, evidencia-se que, desde seus primórdios, a matriz jurídica trazida e imposta às colônias da América Latina, como o Brasil, advém da implementação e adequação das fontes históricas luso-romanísticas, bem como do processo posterior de assimilação e legado institucional regulador colonialista ibérico, para uma estrutura social dependente e periférica.

Destarte, o estudo da disciplina de História do Direito revela-se de grande importância, uma vez que é por intermédio dessa historicidade que são estabelecidos os pontos de contato entre as antigas e as modernas instituições jurídicas. É inviável desvincular o estudo do direito de suas origens, pois a compreensão de uma legislação exige o conhecimento de sua história.

5 REFERÊNCIAS

CARDOSO, Ciro Flamarion S. **Uma Introdução à História**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

CURY, Vera Arruda Rozo. **Introdução à Formação Jurídica no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2002.

GAVAZZONI, Aluisio. **História do Direito: dos Sumérios até a nossa era**. 2. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

MALUF, Marina. **Ruídos da Memória**. São Paulo: Siciliano, 1995.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 2. ed. São Paulo: Zahar, 1981.

PINHEIRO, Ralph Lopes. **História Resumida do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2000.

PINHEIRO, Ralph Lopes; BEKHOR, Helena Goldenzon. **100 Perguntas de História do Direito**. Rio de Janeiro: Biblioteca da universidade Estácio de Sá, 1997.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense/