

DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI

ORGANIZAÇÃO

ÉRICA RIOS DE CARVALHO



AMPLLA
EDITORA



DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI

ORGANIZAÇÃO

ÉRICA RIOS DE CARVALHO



AMPLLA
EDITORA





2021 - Editora Ampla

Copyright © Editora Ampla

Editor Chefe: Leonardo Pereira Tavares

Design da Capa: Editora Ampla

Diagramação: Higor Costa de Brito

Direito Internacional e Direitos Humanos no século XXI está licenciado sob CC BY 4.0.



Esta licença exige que as reutilizações deem crédito ao criador. Ele permite que os reutilizadores distribuam, remixem, adaptem e construam o material em qualquer meio ou formato, mesmo para fins comerciais.

O conteúdo da obra e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, não representando a posição oficial da Editora Ampla. É permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores. Todos os direitos para esta edição foram cedidos à Editora Ampla.

ISBN: 978-65-88332-73-3

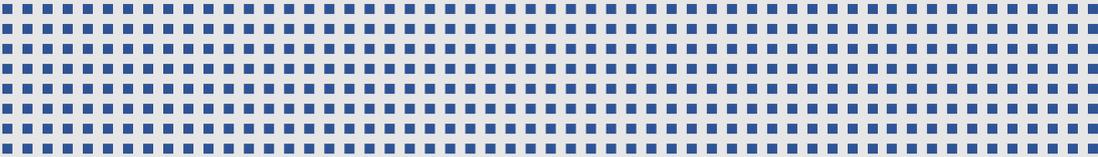
DOI: 10.51859/ampla.did733.1121-0

Editora Ampla

Campina Grande – PB – Brasil
contato@amplaeditora.com.br
www.amplaeditora.com.br



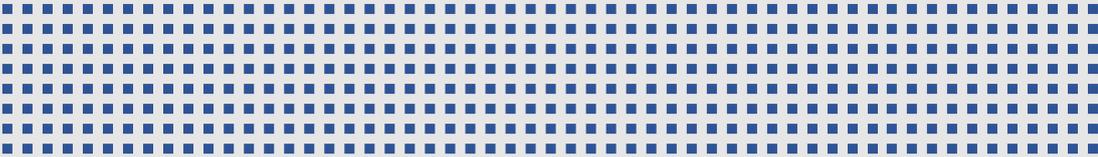
2021



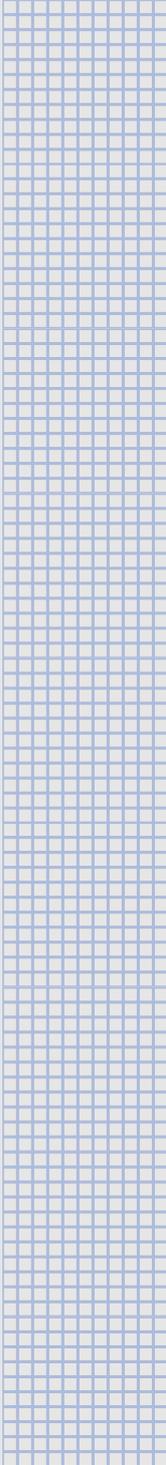
CONSELHO EDITORIAL

Andréa Cátia Leal Badaró – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Andréia Monique Lermen – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Antoniele Silvana de Melo Souza – Universidade Estadual do Ceará
Bergson Rodrigo Siqueira de Melo – Universidade Estadual do Ceará
Bruna Beatriz da Rocha – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Caio César Costa Santos – Universidade Federal de Sergipe
Carina Alexandra Rondini – Universidade Estadual Paulista
Carla Caroline Alves Carvalho – Universidade Federal de Campina Grande
Carlos Augusto Trojaner – Prefeitura de Venâncio Aires
Carolina Carbonell Demori – Universidade Federal de Pelotas
Cícero Batista do Nascimento Filho – Universidade Federal do Ceará
Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Daniela de Freitas Lima – Universidade Federal de Campina Grande
Denise Barguil Nepomuceno – Universidade Federal de Minas Gerais
Dylan Ávila Alves – Instituto Federal Goiano
Edson Lourenço da Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí
Elane da Silva Barbosa – Universidade Estadual do Ceará
Érica Rios de Carvalho – Universidade Católica do Salvador
Gilberto de Melo Junior – Instituto Federal do Pará
Higor Costa de Brito – Universidade Federal de Campina Grande
Italan Carneiro Bezerra – Instituto Federal da Paraíba
Ivo Batista Conde – Universidade Estadual do Ceará
Jaqueline Rocha Borges dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Jessica Wanderley Souza do Nascimento – Instituto de Especialização do Amazonas
João Henriques de Sousa Júnior – Universidade Federal de Santa Catarina
João Manoel Da Silva – Universidade Federal de Alagoas
João Vitor Andrade – Universidade de São Paulo
Joilson Silva de Sousa – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
José Cândido Rodrigues Neto – Universidade Estadual da Paraíba
Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Josenita Luiz da Silva – Faculdade Frassinetti do Recife
Josiney Farias de Araújo – Universidade Federal do Pará
Karina de Araújo Dias – SME/Prefeitura Municipal de Florianópolis
Laíze Lantyer Luz – Universidade Católica do Salvador
Lindon Johnson Pontes Portela – Universidade Federal do Oeste do Pará
Lucas Capita Quarto – Universidade Federal do Oeste do Pará
Lúcia Magnólia Albuquerque Soares de Camargo – Unifacisa Centro Universitário
Luciana de Jesus Botelho Sodré dos Santos – Universidade Estadual do Maranhão
Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Luiza Catarina Sobreira de Souza – Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central
Manoel Mariano Neto da Silva – Universidade Federal de Campina Grande
Marcelo Alves Pereira Eufrazio – Centro Universitário Unifacisa
Marcelo Williams Oliveira de Souza – Universidade Federal do Pará
Marcos Pereira dos Santos – Faculdade Rachel de Queiroz
Marcus Vinicius Peralva Santos – Universidade Federal da Bahia
Marina Magalhães de Morais – Universidade Federal de Campina Grande
Nadja Maria Mourão – Universidade do Estado de Minas Gerais
Natan Galves Santana – Universidade Paranaense
Nathalia Bezerra da Silva Ferreira – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte
Neide Kazue Sakugawa Shinohara – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Neudson Johnson Martinho – Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Mato Grosso
Patrícia Appelt – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Paulo Henrique Matos de Jesus – Universidade Federal do Maranhão





Rafael Rodrigues Gomides – Faculdade de Quatro Marcos
Reângela Cíntia Rodrigues de Oliveira Lima – Universidade Federal do Ceará
Rebeca Freitas Ivanicska – Universidade Federal de Lavras
Renan Monteiro do Nascimento – Universidade de Brasília
Ricardo Leoni Gonçalves Bastos – Universidade Federal do Ceará
Rodrigo da Rosa Pereira – Universidade Federal do Rio Grande
Sabrynna Brito Oliveira – Universidade Federal de Minas Gerais
Samuel Miranda Mattos – Universidade Estadual do Ceará
Shirley Santos Nascimento – Universidade Estadual Do Sudoeste Da Bahia
Silvana Carloto Andres – Universidade Federal de Santa Maria
Silvio de Almeida Junior – Universidade de Franca
Tatiana Paschoalette Rodrigues Bachur – Universidade Estadual do Ceará
Telma Regina Stroparo – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Thayla Amorim Santino – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Virgínia Maia de Araújo Oliveira – Instituto Federal da Paraíba
Virginia Tomaz Machado – Faculdade Santa Maria de Cajazeiras
Walmir Fernandes Pereira – Miami University of Science and Technology
Wanessa Dunga de Assis – Universidade Federal de Campina Grande
Wellington Alves Silva – Universidade Estadual de Roraima
Yáscara Maia Araújo de Brito – Universidade Federal de Campina Grande
Yasmin da Silva Santos – Fundação Oswaldo Cruz
Yuciara Barbosa Costa Ferreira – Universidade Federal de Campina Grande



2021 - Editora Ampla

Copyright © Editora Ampla

Editor Chefe: Leonardo Pereira Tavares

Design da Capa: Editora Ampla

Diagramação: Higor Costa de Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direito Internacional e direitos humanos no século XXI
[livro eletrônico] / organização Érica Rios de
Carvalho. -- Campina Grande : Editora Ampla, 2021.
144 p.

Formato: PDF

ISBN: 978-65-88332-73-3

1. Violação - Sistema carcerário. 2. Direitos no sistema
carcerário 3. Direito à memória. 4. Integração regional.
I. Carvalho, Érica Rios de. II. Título.

CDD-341.481

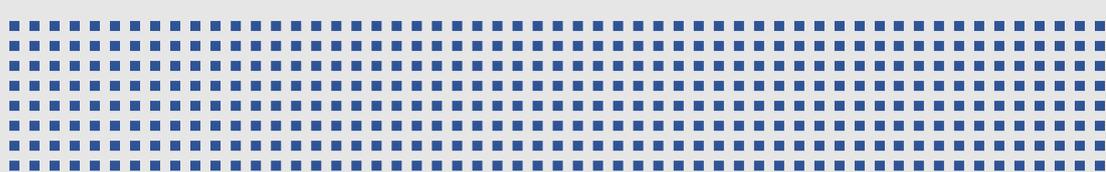
Sueli Costa - Bibliotecária - CRB-8/5213
(SC Assessoria Editorial, SP, Brasil)

Índices para catálogo sistemático:

1. Direitos humanos 341.481

Editora Ampla

Campina Grande – PB – Brasil
contato@ampllaeditora.com.br
www.ampllaeditora.com.br



PREFÁCIO

A obra “Direito Internacional e Direitos Humanos no século XXI” traz olhares contemporâneos, interdisciplinares e críticos a objetos de pesquisa na área. Transita de violações a direitos no sistema carcerário a inflexões decorrentes da pandemia da COVID-19, passando por direito à memória e à reparação histórica, bem como por dificuldades para a integração regional na América Latina. Trata-se de um convite a leitores e leitoras que se interessam pela aplicação de direitos humanos em diversos campos, com sua necessária abertura a múltiplas disciplinas.

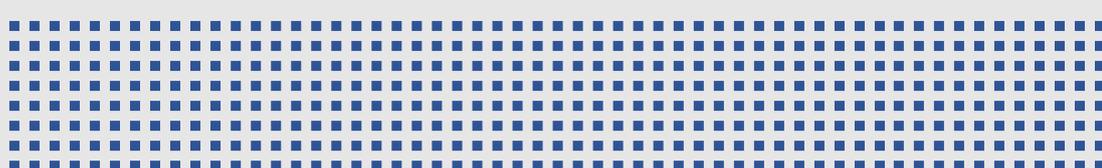
O primeiro capítulo discute os desafios à integração regional na América Latina, especialmente com um olhar sobre a UNASUL. PErpassa o histórico de formação da América Latina e os desafios enfrentados neste contexto em contraste com a formação da UNASUL e seus objetivos para a integração regional.

No segundo, ainda dentro do contexto regional, há uma reflexão sobre as diversas violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar brasileira, desencadeando a primeira condenação internacional do Estado brasileiro decorrente deste período. É analisada a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Guerrilha do Araguaia e os seus impactos no ordenamento jurídico, político e social brasileiro.

O terceiro capítulo analisa a filmografia “Um Sonho de Liberdade” a partir do livro “Vigiar e Punir”, de Michel Foucault (1975), refletindo sobre o sistema carcerário na modernidade, o cumprimento das penas e a suspensão de direitos humanos. Este trabalho abre um trecho do presente livro que vai se debruçar sobre violações a direitos humanos nos cárceres.

Em seguida, o quarto capítulo discorre sobre a situação de pessoas transgênero cumprindo pena em regime fechado no Brasil. Além das inúmeras dificuldades que sofrem diariamente em razão do preconceito, quando encarceradas são submetidas a condições degradantes e têm seus direitos mais básicos negados pelo Estado, mesmo com diversos dispositivos legais garantidores previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. A comunidade trans é extremamente vulnerável socialmente e ainda mais no sistema carcerário brasileiro.





O quinto capítulo, seguindo no contexto de debates sobre o sistema carcerário pátrio, evidencia as ações conflitantes da política carcerária brasileira, no que diz respeito ao enfrentamento da pandemia, gerando desinformação e a disseminação do contágio. O trabalho enxerga isso como uma forma a mais de agressão, sofrida pela população de apenados, que vem se somar às contumazes violações aos direitos humanos que ocorrem em presídios marcados ainda por insalubridade e superlotação.

Outrossim, o sexto capítulo adentra um debate acerca da possibilidade de medidas para controle da pandemia de COVID-19, em especial a de isolamento social e a de quarentena, disciplinadas no Brasil pela Lei nº 13.979/2020, interferirem diretamente no direito constitucional de ir e vir. Releva-se a inexistência de direitos absolutos e a necessidade de harmonia entre os direitos humanos, incluindo os de natureza individual, social e coletiva.

Ainda dentro de temática correlata ao direito à saúde, o sétimo capítulo traz uma análise institucional comparada das alternativas à judicialização das políticas públicas de saúde. O processo adjudicatório apresenta prós e contras enquanto instituição a fazer escolhas sobre direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, em demandas individuais. As demais instituições também são imperfeitas. Assim, parece necessário ajustar sua atuação coordenada, a depender do caso, respeitando limitações mutuamente impostas, em prol de efetivar-se o direito à saúde para a população da forma mais equânime possível.

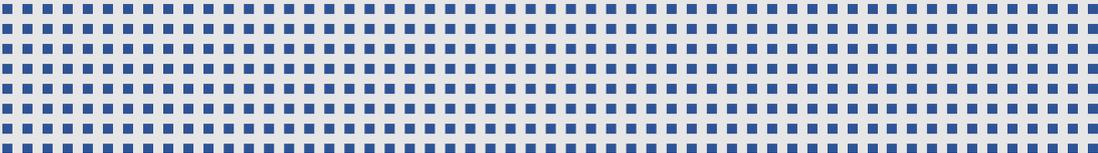
Por fim, o último capítulo discute a sempre polêmica questão da eutanásia à luz do ordenamento jurídico brasileiro, seus princípios e direitos fundamentais, conforme aplicados pelos tribunais pátrios. Identificou-se uma predominância jurisprudencial em torno da vedação da eutanásia, o que, todavia, não corresponde necessariamente a uma interpretação consubstanciada na constituição.

Com esperança de que a obra contribua para o avanço da ciência, especialmente no âmbito jurídico, ficam os votos de boas leituras!

Érica Rios de Carvalho

*Mestra e Doutora em Políticas Sociais e Cidadania
Especialista em Direito Privado. Advogada, Professora de Direito e Pesquisadora da UCSal e da Estácio
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Conflitos, Estados e Direitos Humanos (NP CEDH)*





SUMÁRIO

CAPÍTULO I - OS DESAFIOS PARA A INTEGRAÇÃO REGIONAL NA AMÉRICA LATINA: UM OLHAR SOBRE A UNASUL	9
	DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-1
CAPÍTULO II - CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”): CONDENAÇÃO, REPARAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS	22
	DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-2
CAPÍTULO III - SISTEMA CARCERÁRIO E O CINEMA: ANÁLISE DO FILME UM SONHO DE LIBERDADE A PARTIR DO LIVRO VIGIAR E PUNIR DE MICHEL FOUCAULT	38
	DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-3
CAPÍTULO IV - AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS ENFRENTADAS POR TRANSGÊNEROS CUMPRINDO PENA NO BRASIL	56
	DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-4
CAPÍTULO V - DESINFORMAÇÃO E AÇÕES CONFLITANTES DA POLÍTICA CARCERÁRIA BRASILEIRA EM FUNÇÃO DA PANDEMIA .	73
	DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-5
CAPÍTULO VI - ANÁLISE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE IR E VIR NA PANDEMIA DA <i>CORONAVIRUS DISEASE-19</i>	82
	DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-6
CAPÍTULO VII - ANÁLISE INSTITUCIONAL COMPARADA DAS ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	97
	DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-7
CAPÍTULO VIII - A POSSIBILIDADE DA EUTANÁSIA NO BRASIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	128
	DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-8

CAPÍTULO I

OS DESAFIOS PARA A INTEGRAÇÃO REGIONAL NA AMÉRICA LATINA: UM OLHAR SOBRE A UNASUL

DOI: 10.51859/AMPLA.DID733.1121-1

Lorena Fonsêca ¹

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador

RESUMO

O principal objetivo deste estudo é entender como a integração regional da América Latina ocorreu a partir das experiências da UNASUL. O trabalho busca compreender o histórico de formação da América Latina e os desafios enfrentados neste contexto em contraste com a formação da UNASUL e seus objetivos para a integração regional. Entender que uma integração regional depende de fatores arraigados economicamente, perceber o papel que cada Estado possui nesse lugar de Latino América e ainda é necessário vencer os desafios impostos pelas condições geopolíticas e relações de poder perpetuadas pela ordem mundial imperialista e seus impérios hegemônicos. Como objetivos específicos, descrever o que é uma integração regional, entender o histórico de formação da América Latina além de compreender a UNASUL e se esta efetiva ou não a integração regional. A pesquisa foi desenvolvida por meio de revisão bibliográfica, com análise documental da legislação internacional e dados sobre o tema.

Palavras-chave: UNASUL. América Latina. Integração regional.

1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios para a América Latina é a integração regional. Compreender o histórico de formação desta região e os desafios enfrentados neste contexto em contraste com a formação da UNASUL e seus métodos para a integração regional é o objeto de estudo deste texto. Como objetivos específicos, descrever o que é uma integração regional, entender o histórico de formação da América Latina além de compreender a UNASUL e se esta efetiva ou não a integração regional. A pesquisa foi desenvolvida por meio de revisão bibliográfica, com análise documental da legislação internacional e dados sobre o tema.

A proposta de integração regional é pautada por interesses comuns dos atores envolvidos, para que objetivos compartilhados possam ser alcançados. Como aduz Celli Junior (2006) e Hurrell (1993), integração regional diz respeito a processos de liberalização econômica entre países que constituem uma determinada região, buscando constituir um mercado comum. No entanto o que é discutido neste texto, representado pela UNASUL, ultrapassa este ponto, sendo compreendida como uma experiência de regionalismo.

O *regionalismo*, pode ser descrito como um processo político da ordem internacional pós-Guerra Fria, surgindo como oportunidade para a construção em maioria interestatal de um marco político comum para diálogo e medição entre a “região” e o “mundo” (SÖDERBAUM,2015).

De acordo com Hurrell (1993, p.3) o regionalismo pode ser como um grupo de medidas políticas a partir de um ou mais Estados com intuito de promover unidade regional firme, desempenhando papel fundamental nas relações entre os Estados da região e o mundo, permeando políticas sobre temas diversos para uma base organizativa.

Após definir regionalismo, convém para melhor compreensão da integração regional na América Latina, analisar a região a partir do seu histórico de formação. Para tal, será usada a perspectiva de Brudel (1980) para compreensão de estruturas sociais, o qual aborda-as como abstração conceitual, correspondendo com as ações do ser humano produzidas com regularidade e institucionalizadas diante do tempo-espaço, ao

passo que buscam conquistar relações sociais entre si e com a natureza, denominando esse evento de longa duração.

Alguns conjuntos de eventos e ações são caracterizados por certas regularidades e expressam práticas sociais que são institucionalizados em épocas identificáveis. São, portanto, esses gestos repetidos que formam estruturas históricas que constituem e constroem os limites do que é politicamente possível para diferentes classes e grupos sociais em um determinado momento. Jogos de estruturas históricas, que são uma forma de poder para alguns e conjuntos de restrições para outros, podem ser identificados na economia política e em padrões mais amplos de civilização.¹ (GILL, 2003, p. 49)

Ao refletir sobre a América Latina, é possível retroceder dentro da perspectiva de longa duração até os intentos de Simon Bolívar, com a ideia de uma confederação, marcando historicamente a necessidade de integração desta região.

Ao passo que, no momento de criação da UNASUL, o intuito dos países integrantes era de construir uma identidade e uma cidadania sul-americanas e desenvolver um espaço regional integrado nas esferas política, econômica, social, ambiental, energética e de infraestrutura. Portanto se mostrava uma iniciativa contra hegemônica aos EUA e seu imperialismo, e simultaneamente abre espaço para uma tentativa de hegemonia interna praticada pelo Brasil.

Muitos são os desafios enfrentados pela UNASUL, a exemplo do colonialismo do poder. Este, definido por Quijano (2005, p.117) como exercício de hierarquização e classificação da população mundial, exercendo relações de poder arraigadas nas populações do Cone Sul, com objetivo de legitimar, validar, ou mesmo naturalizar as relações de colonialidade e subalternidade, que se perpetua hoje ainda, na epistemologia, formas de trabalho, e comportamentos culturais.

A América constitui-se como o primeiro espaço/tempo de um padrão de poder de vocação mundial e, desse modo e por isso, como a primeira *id-entidade* da modernidade. Dois processos

¹ Livre tradução da autora a partir do original: “Some sets of events and actions are characterized by certain regularities and express social practices that are institutionalized within identifiable epochs. It is, hence, these **gestes répétés** that form historical structures that constitute and constrain the limits of what is politically possible for different classes and social groups at a certain moment in time. Sets of historical structures, which are a form of power for some and sets of constraints for others, can be identified in the political economy and in broader patterns of civilization.” (GILL, 2003, p.49)



históricos convergiram e se associaram na produção do referido espaço/tempo e estabeleceram-se como os dois eixos fundamentais do novo padrão de poder. Por um lado, a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros. Essa ideia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista exigia. Nessas bases, conseqüentemente, foi classificada a população da América, e mais tarde do mundo, nesse novo padrão de poder. Por outro lado, a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial. (QUIJANO,2005, p.117)

É partindo da análise dos fatores sociais e históricos da formação da América Latina, que o presente trabalho busca identificar os principais entraves para o desenvolvimento da integração regional da América Latina, tendo como base a análise do caso concreto da UNASUL.

2. FORMAÇÃO DA IDENTIDADE LATINO AMERICANA

Ao propor conhecer a integração da região hoje denominada América Latina, é necessário remeter não somente ao passado comum e aos conflitos e acordos a que esta história compartilhada remete, mas também ao processo em desenvolvimento no presente, a construção de objetivos e visões que se emparelham.

Na análise de longa duração, para o início de uma unidade continental, ocorreram processos de independência da maioria das antigas colônias espanholas. Nesse período, houve esforço político comum das lideranças das colônias, e, nesse momento, a figura de Símon Bolívar como bastião do esforço de formar uma confederação. Nesse momento histórico, no entanto o Brasil não fazia parte deste imaginário de América Latina, que era considerada fundamentalmente a espano américa.

Já no Brasil, a crise do antigo sistema colonial seguiu um caminho particular, com a solução monárquica para o problema da dissolução do vínculo com a metrópole, combinada à preservação da escravidão como base da ordem social. Além

disso, cabe lembrar que o novo Estado também herdava antigas disputas de fronteiras entre as duas metrópoles ibéricas. A adoção da monarquia e as contínuas disputas fronteiriças, não apenas afastavam o Brasil de seus vizinhos, como também faziam com que estes o vissem com desconfiança. (KAYSEL, 2020, p.39)

Ao enxergar o Brasil neste contexto de não pertencimento inicial, o país era visto muito mais como o “outro”, do que como integrante por razões do seu caminhar histórico, diferindo dos outros países, o Brasil tornou-se independente depois de ser uma monarquia com a vinda da família real portuguesa, posteriormente um império com a assunção de Dom Pedro I e, por fim a proclamação da república, a qual não seguiu o modelo dos outros países de colonização espanhola que proclamaram suas repúblicas através de guerras ou por ausência de continuidade dinástica, além da abolição da escravidão em grande parte destes países.

Além destes fatores, o Brasil também demonstra interesses territorialistas muito fortes neste período, havendo diversos conflitos na então Bacia do Prata, sendo visto então por seus vizinhos como um império expansionista. A proclamação da república não mudou esta abordagem de política externa, e nesse sentido, passou-se a almejar como ideal os Estados Unidos da América.

“Nossa América” se referiria à América “espanhola”, em oposição, sobretudo, aos EUA e seu expansionismo imperial. Porém, não haveria nesse “nós” lugar para o Brasil, país cujas instituições iam na contramão do republicanismo americano e que, mesmo após terem sido recém-modificadas, faria o jogo dos “vizinhos do norte”(KAYSEL, 2020, p.41)

Analisar a posição do Brasil neste mesmo *momentum*, remete diretamente ao colonialismo interno que de acordo com Casanova (2007), é uma estrutura prolongada de relações de dominação e exploração entre grupos de uma mesma sociedade, o que é claramente exemplificado ao expor a bonança, com grandes festas, com que se mantem as oligarquias locais, e sua perpetuação de poder, sobre a grande maioria, que vive em estado de vulnerabilidade e extrema pobreza.

Ao analisar tal situação, percebe-se outra grande questão: as oligarquias locais exercem o mesmo controle, de caráter colonial, que as grandes potências exercem

sobre os países da América Latina. É a partir da perpetuação do subdesenvolvimento, da falta de integração regional por interesse das elites (e a subserviência dessas ao capital estrangeiro), da manutenção da exploração de matéria prima a baixo custo mediante exploração das populações locais, e a continuidade do ciclo de qualificação dessa matéria prima nos países desenvolvidos, retornando aos países subdesenvolvidos para serem comercializadas a preços exorbitantes, que o ciclo da exploração capitalista se retroalimenta.

Os povos, minorias ou nações colonizadas pelo Estado-nação sofrem condições semelhantes às que os caracterizam no colonialismo e no neocolonialismo em nível internacional: 1) habitam em um território sem governo próprio; 2) encontram-se em situação de desigualdade frente às elites das etnias dominantes e das classes que as integram; 3) sua administração e responsabilidade jurídico-política concernem às etnias dominantes, às burguesias e oligarquias do governo central ou aos aliados e subordinados do mesmo; 4) seus habitantes não participam dos mais altos cargos políticos e militares do governo central, salvo em condição de “assimilados”; 5) os direitos de seus habitantes, sua situação econômica, política social e cultural são regulados e impostos pelo governo central; 6) em geral os colonizados no interior de um Estado-nação pertencem a uma “raça” distinta da que domina o governo nacional e que é considerada “inferior”, ou ao cabo convertida em um símbolo “libertador” que forma parte da demagogia estatal; 7) a maioria dos colonizados pertence a uma cultura distinta e não fala a língua “nacional” (GONZÁLEZ CASANOVA, 2007, p.432)

Os Estados Unidos, por sua vez, tiveram seu processo de expansão dividido em duas fases. A primeira foi marcada pela expansão do Oeste, pela prática do genocídio da população originária, pela Guerra Civil Americana, que promoveu o início da industrialização bem-sucedida, e, por consequência, equiparação do seu desenvolvimento ao da Europa. A segunda fase foi marcada pela construção de um império informal, com o declínio da hegemonia inglesa e a conquista da Bacia do Caribe.

Segundo Kaysel (2020) a mudança desta conjuntura deu-se tão somente quando os Estados Unidos da América se tornaram uma ameaça comum para os países da América Latina (aqui destacados como os de processo colonial espanhol) e o Brasil, com a guerra Hispano-Americana, que permitiu o começo de uma identidade Latina, na ideia

da origem Greco-latina em oposição ao anglo-saxão, tendo como exemplo claro o movimento Arielista¹.

No entanto como ponto definitivo para a integração do Brasil a América Latina se deu a partir do legado colonial e oligárquico comum, além dos dilemas partilhados pós IIª Guerra Mundial e da criação da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL)²- esta última, também uma escola de pensamento a partir da metade do século XX, com enfoque no desenvolvimento da América Latina- e recepção do pensamento cepalino pelo governo Vargas.

3. A UNASUL

A União das Nações Sul Americanas foi iniciada em 2004 com a reunião de Cusco, Peru. Foi criada com intuito de ser um bloco de união regional com a participação dos 12 países da América do Sul. Seu tratado constitutivo foi assinado em Brasília, Brasil, em maio de 2008.

O objetivo principal é construir de forma participativa e consensual, articulação nos polos econômicos, cultural, social e político dos povos integrantes. Tem como prioridade permitir aos países cooperar em diversos campos, como uma forma de aceitar a pluralidade, o diálogo político, políticas públicas, educação, infraestrutura, buscando a paz e segurança, com a eliminação das desigualdades e assimetrias, fortalecendo a democracia e soberania dos estados integrantes.(GUERRA e FRISSE,2019,p.80/81)

A constituição deste bloco regional se dá na seguinte forma: 1. Conselho de Chefes de Estado e de Governo, 2. Conselho de Ministros das Relações Exteriores, 3.

¹ “[...]Na virada do século XIX para o XX, na esteira da “Guerra Hispano-Americana” (1898), a inquietação com o perigo representado pelos EUA ganharia novos contornos, exprimindo-se por meio da ideia de um conflito cultural entre “anglo-saxões” e “latinos”, consagrada em *Ariel*, do uruguaio José Enrique Rodó, publicado em 1900. Nesse conhecido ensaio, o autor, recuperando o tema shakespeariano do conflito entre “Ariel” e “Caliban”, aludia à oposição entre uma “cultura do espírito” –da qual os povos ibero-americanos seriam herdeiros– e uma “cultura materialista”, representada pelos norte-americanos (Rodó, 1966). Para o sociólogo francês François Bourricaud (1972: 122), em *Ariel*, Rodó oporia a “sociedade”, entendida como associação guiada pela perseguição dos interesses materiais de seus membros, e a “cidade”, forjada pela comunhão “espiritual” entre os cidadãos e orientada pelos valores mais elevados da “beleza” e da “cultura”.”(KAYSEL, 2020, p.41)

² “[...] Responsável por uma interpretação do desenvolvimento econômico da América Latina que confrontava alguns aspectos fundamentais da visão dominante do desenvolvimento, norteadora das ações de recuperação das economias no imediato pós-guerra, sobretudo a partir da implementação do Plano Marshall em 1947.” (ALMEIDA FILHO e CORRÊA, 2011, p.3)



Conselho de Delegados, 4. Secretaria Geral, 5. Conselhos Ministeriais setoriais, este último dedicado a integração nas áreas de energia, saúde, defesa, infraestrutura, educação, cultura, ciências e tecnologia.

A UNASUL traz ineditismo nas relações internacionais da América Latina, pois muda a forma que é observada a integração regional, desviando dos entraves políticos para centrar-se na aceleração do desenvolvimento econômico, social com fortalecimento da democracia nos países membros.

O tratado de Montevideu que criou a Aladi em 1980 é mais meticuloso do que o Tratado de Alalc. Ele disciplina claramente um conjunto de medidas e mecanismos para aumentar o comércio regional, como o estabelecimento de zonas de preferência tarifária, acordos de escopo regional e parcial etc., embora reconhecendo literalmente as diferenças específicas nas economias estrutura dos Estados-Membros de acordo com a heterogeneidade da região ” (MENEZES, 2010, p.180/181)¹

A ascensão dos governos de esquerda no Brasil e Venezuela, com Lula e Hugo Chávez, presando pela dimensão econômica e priorização da geopolítica com integração regional, foi o momento de destaque para direcionar o eixo deste bloco regional, com superação de desafios históricos, visando o novo regionalismo como forma de implementar políticas de desenvolvimento e distribuição. No entanto, as visões para alcançar tais objetivos por esses dois estados divergem, posto que o Brasil adota postura moderada, com convivência harmônica com os EUA conforme aponta Riggiozzi e Tussie (2012).

Nesse sentido:

Do lado mais moderado da reinvenção regional, o Brasil desponta como competidor silencioso pela liderança regional e pelo estilo político, inaugurando mecanismos de consenso com

¹ Livre tradução da autora a partir do original: “El tratado de Montevideo que creó la Aladi en 1980, es más minucioso que el Tratado de la Alalc. Él disciplina claramente un conjunto de medidas y mecanismos de incrementación del comercio regional como, por ejemplo, el establecimiento de zonas de preferencia tarifaria, los acuerdos de alcance regional y parcial etc., al mismo tiempo em que, reconoce textualmente las diferencias puntuales en las economías estructurales de los Estados Miembros según la heterogeneidad de la región” (MENEZES, 2010, p. 180/181).

novos atores capazes de viabilizar um novo equilíbrio.¹ (RIGGIROZZI e TUSSIE,2012,p.29)

Ao analisar a constituição da UNASUL, é notável a proposta de um desenvolvimento regional contra hegemônico a exploração do Norte para o Sul, com destaque para a dominação dos EUA sobre a América do Sul.

O desempenho obtido pela UNASUL mediante o governo de Lula foi destaque histórico para o progresso regional, e a amplitude da atuação deste bloco regional.

A política externa brasileira durante o governo Lula da Silva teve importante papel no processo de cooperação, adotando uma postura de promotora de uma agenda regional. Essa agenda priorizou a construção de uma ordem sul-americana sob a liderança brasileira, combinando as interações bilaterais com o fortalecimento do multilateralismo.² (SARAIVA, 2020, p.48)

No entanto, a mudança de posição política com a mudança dos governos trouxe descontinuidade a este projeto. A descontinuidade ideológica representada pelas presidências de Macri, Temer e Cartes, demonstrou as fragilidades deste intento.

Na América do Sul, tornaram-se mais agudos os fatores que já favoreciam a desconstrução do regionalismo pós-liberal ou pós-hegemônico estruturado em torno da Unasul. A eleição de vários presidentes com perfil liberal ou conservador acabou com a experiência pós-liberal, fechando o cerco a uma organização intergovernamental baseada no consenso para poder operar. Em relação à liderança brasileira, o governo de Michel Temer, que ascendeu à presidência em meados de 2016, mostrou claramente seu desinteresse pelo consenso e pelo próprio regionalismo.³ (SARAIVA, 2020, p.50).

¹ Livre tradução da autora a partir do original: "On a more moderate side of regional reinvention, Brazil is emerging as the silent competitor for regional leadership and political style, ushering consensus mechanisms with new players capable of making a new balance viable." (RIGGIROZZI e TUSSIE,2012,p.29)

² Livre tradução da autora a partir do original: La política exterior brasileña durante el gobierno de Lula da Silva tuvo un rol importante en el proceso de cooperación adoptando um comportamiento de promotor de una agenda regional. Esta agenda priorizó la construcción de un ordenamiento de la América del Sur bajo el liderazgo brasileño, combinando interacciones bilaterales com el fortalecimiento del multilateralismo (SARAIVA, 2020, p.48)

³ Livre tradução da autora a partir do original: En América del Sur, se agudizaron los factores que ya favorecían la desconstrucción del regionalismo postliberal o posthegemónico estructurado alrededor de la Unasur. La elección de diversos presidentes de perfil liberal o conservador ha puesto un final a la experiencia postliberal, cerrando el cerco sobre una organización intergubernamental basada en el consenso para poder operar. En lo que respecta al liderazgo brasileño, el gobierno de Michel Temer, que ascendió a la presidencia a mediados de 2016, mostro claramente su falta de interés por consensos y por el regionalismo propiamente dicho. (SARAIVA,2020,p.50)





O poder de governantes com agendas liberais, e redução do estado mostrou que os objetivos antes alinhados, deixaram de ser prioridade, descartando, portanto, a integração regional em detrimento das suas agendas domésticas, e acabando por cooperar com a transferência de riqueza.

Portanto, reconhecer a transferência de riquezas saídas dos países da América Latina é o ponto central, e reconhecer que esta ocorre de diversas maneiras, que serão brevemente explicitadas.

O reembolso da dívida é uma forma das grandes potências lucrarem sobre empréstimos feitos pela periferia. Segundo o Banco Mundial, “entre 1980 e 2000, o Terceiro Mundo pagou a seus credores um pouco mais de 3,45 trilhões de dólares.”(Banco Mundial in Toussaint, 2002,p.140). Demonstrando a extensão da transferência de riqueza do Sul para o Norte.

A taxa de juros que se aplica aos empréstimos dos países periféricos é tão alta que acaba gerando uma bola de neve, posto que para tentar pagar estes débitos são necessários novos empréstimos. Além de contar com a cooperação das elites dos países periféricos, que obtêm lucros sobre a exploração dos seus.

O pagamento da dívida opera como uma verdadeira bomba que suga uma parte do sobreproduto social dos trabalhadores/trabalhadoras do Sul, (sejam assalariados, pequenos produtores individuais ou familiares, trabalhadores dos serviços no setor informal...) e dirige esse fluxo de riquezas para os detentores de capitais do Norte, com as classes dominantes do Sul retirando de passagem sua comissão. Estas se enriquecem, enquanto as economias nacionais à rente das quais se encontram ficam estagnadas ou regridem, e as populações do Sul empobrecem. (TOUSSAINT, 2002, p.141)

A degradação dos meios de troca é outra forma de transferência de riqueza, se pautando pela permanente condição de exportador de matéria prima e manufaturados pelos países do Sul, e estes possuem baixo valor associado. Ao passo que são grandes importadores de produtos industrializados que possuem alto valor de mercado. O que torna o comércio desleal, já que o que se exporta não proporciona lucros, e o que se importa custa muito. Nesse sentido “a degradação dos termos de troca é uma manifestação do caráter desigual do comércio internacional: os países mais industrializados são favorecidos nas suas trocas com o Sul” (TOUSSAINT, 2002, p.146).

O protecionismo do Norte para com os produtos do Sul é um grande empecilho para o desenvolvimento desta região, posto que são implementadas barreiras alfandegarias, obstáculos como quota e regulação de qualidade de produtos, pare que não haja concorrência com os produtos por eles produzidos.

As restrições aos fluxos de mercadorias provenientes da Periferia por obstáculos tarifários e não-tarifários impostas pelas autoridades dos países capitalistas do Norte representam, segundo a UNCTAD, uma eliminação de ganhos anuais de várias centenas de bilhões de dólares (UNCTAD,1999, HORMAN,2001, p.27; PNUD,2000, p.51).(TOUSSAINT, 2002, p.158)

Além das diversas formas de transferência de riqueza, os estados do Sul também têm que lidar com ajuda como forma de imperialismo, primariamente perpetuada por instituições internacionais como o Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e a Agência Internacional para Desenvolvimento.

A AID também está particularmente interessada em programas de liberalização das importações, embora tenha, na ocasião, desencorajado a remoção dos controles cambiais, uma vez que isso torna difícil garantir que a ajuda dos EUA seja usada para importações dos EUA. Além disso, a AID freqüentemente tem de pressionar o interesse de determinados exportadores dos Estados Unidos ou de empresas estabelecidas nos Estados Unidos cujos mercados um país em desenvolvimento está ameaçando invadir. (HAYTER,1971, p.32)¹
Em outras palavras, as concessões aos países latino-americanos desejam e precisam promover um desenvolvimento rápido, embora, na opinião do Fundo, isso signifique maiores taxas de inflação e, portanto, maior instabilidade no balanço de pagamentos e retenções cambiais e provavelmente uma necessidade de reter ou intensificar as restrições cambiais(HAYTER, 1971,p.44)²

¹ Livre tradução da autora a partir do original: The AID is also particularly interested in programmes of import liberalization, although it has, on occasion, discouraged the removal of Exchange controls, since this makes it difficult to ensure that US aid is used for imports from the US. In addition, the AID often has to press the interest of particular United States exportes, or of firms established in the United States whose markets a developing country in threatening to invade.(HAYTER,1971, p.32)

² Livre tradução da autora a partir do original: In other words, concessions to Latin American countries desire and need to promote rapid development even though, in the Fund's view, this will mean higher rates of inflation and therefore greater instability in the balance of payments and exchanges retes and probably a need to retain or intensify exchange restrictions. (HAYTER, 1971,p.44)

Portanto ao perceber as maneiras que a UNASUL atua para projetar os países integrantes num contexto de economia global, a qual perdura a exploração dos países desenvolvidos sobre os países da periferia, reforça a necessidade da integração regional para uma busca de igualdade entre as relações econômicas entre o Norte e o Sul.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos são os desafios enfrentados pela UNASUL, a exemplo da exploração econômica do Sul Global pelas grandes potências. A hierarquização e classificação da população mundial, exercendo relações de poder arraigadas nas populações do Cone Sul, naturalizando as relações de colonialidade e subalternidade.

É explicitado o papel da UNASUL como chave para a cooperação em diversos campos, como uma forma de aceitar a pluralidade, além de possibilitar uma forma de proteção frente as formas de exploração realizada pelos países do Norte.

É nesse apanhado histórico que se percebe claramente a necessidade de integração da América Latina, mediante a longa duração, no entanto para conquistar este objetivo, ainda é necessário vencer os desafios impostos pelas condições geopolíticas e relações de poder perpetuadas pela ordem mundial imperialista e seus impérios hegemônicos.

Compreender que uma integração regional depende de fatores arraigados economicamente, perceber o papel que cada Estado possui nesse lugar de Latino América, e refletir posições políticas e geográficas, entender as diferenças e interesses conflitantes dentro deste espaço da América Latina é necessário para uma real integração regional.

REFERENCIAS

- ALMEIDA FILHO, Niemeyer e CORRÊA, Vanessa Petrelli. A CEPAL ainda é uma escola do pensamento?. **Revista de Economia Contemporânea** [online]. 2011, v. 15, n. 1 [Acessado 10 Agosto 2021] , pp. 92-111. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1415-98482011000100004>>. Epub 27 Jul 2011. ISSN 1980-5527. <https://doi.org/10.1590/S1415-98482011000100004>.
- BADARÓ, Celeste Cristina Machado. Assinatura do Tratado Constitutivo da UNASUL, **Revista Conjuntura Internacional**, PUC/Minas, Belo Horizonte, 04 de junho de 2008.

- BARNABÉ, Israel Roberto. Unasul: desafios e importância política / Unasur: challenges and political importance. **Mural Internacional**, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 40-48, jun. 2011. ISSN 2177-7314. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/muralinternacional/article/view/5380/3943>>. Acesso em: 05 jul. 2021. doi:<https://doi.org/10.12957/rmi.2011.5380>.
- BRAUDEL, Fernand. **On History**. Chicago: University of Chicago Press, 1980.
- GILL, Stephen. **A neo-gramscian approach to european integration**. Rowman & Littlefield Publishers. 2003.
- GONZALEZ CASANOVA, Pablo. Colonialismo Interno (uma redefinição). CLASCO.2007.
- GUERRA, Lucas ; FRISSE, Gustavo. Réquiem para uma iniciativa de regionalismo sul-americano. ideoloia vc. Pragmatismo no ocaso da UNASUL. Caderno de Campo. **Revista de Ciências Sociais**. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.47284/2359-2419.2020.29.7196>. Acesso em 10 jul. 2021
- HAYTER, Teresa. **Aid as imperialism**. Penguin Books, 1971.
- HURRELL, A. **Os Blocos Regionais nas Américas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 22, 1993. Tradução: José Roberto Martins Filho. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/22/rbcs22_06.pdf. Acesso em: 13 set. 2020.
- KAYSEL, André. De dentro para fora? O (não) lugar do Brasil no imagibério da unidade latino-americana (1890-1930). **Revista Wirapuru**. 2020.
- MENEZES, Wagner. **Derecho Internacional en América Latina**, Brasília: FUNAG, 2010,
- QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina**. CLASCO.2005.
- RIGGIROZZI, Pia ; TUSSIE, Diana. (eds). The Rise of Post-Hegemonic Regionalism. **The case of Latin America**. Springer, 2012.
- SARAIVA, Mirian Gomes. “América Latina y su inserción en el sistema internacional”. Em . W. Grabendorff e A. Serbin (editores). **Los actores globales y el (re)descubrimiento de América Latina**. Barcelona: Icaria. 2020.
- SÖDERBAUM, F. Early, Old, New and Comparative Regionalism: The Scholarly Development of the Field. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=2687942>. Acesso em: 13 set. 2020.
- TOUSSAINT, Eric. **A bolsa ou a vida: a dívida externa do Terceiro Mundo: as finanças contra os povos**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.



CAPÍTULO II

CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”): CONDENAÇÃO, REPARAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS¹

DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-2

Emilly Pereira Rodrigues ¹
Gustavo Lael Pimentel Veloso Oliveira ²
Leandro Luciano Silva Ravnjak ³

¹ Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica da Pró-Reitoria de Pesquisa da Unimontes. Discente do curso de Direito da Unimontes.

² Pesquisador do Programa de Iniciação Científica da Pró-Reitoria de Pesquisa da Unimontes. Discente do curso de Direito da Unimontes.

³ Doutor em Educação pela FAE/UFMG. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Educação da Unimontes – PPGE. Docente do Curso de Direito da Unimontes e do curso de Direito da UNIFIPMoc.

RESUMO

O caso Gomes Lund emerge diante às diversas violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar brasileira, desencadeando a primeira condenação internacional do Estado brasileiro decorrente deste período. O presente artigo visa analisar a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Guerrilha do Araguaia, e os seus impactos no ordenamento jurídico, político e social brasileiro. A metodologia empregada foi a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando sobretudo a sentença emitida pela Corte, documentos oficiais do Estado Brasileiro, além da doutrina especializada. O procedimento adotado foi o estudo de caso, mediante método qualitativo e funcionalista. Nota-se que, a partir da condenação, uma série de avanços foram implementados, contudo, ainda há um longo caminho a ser percorrido, visto que o saldo final ainda é questionável. Por outro lado, o litígio internacional deu força aos que lutam pelo direito à verdade, à memória e à justiça. A condenação do Estado brasileiro significou um importante marco para a implementação da justiça de transição e gerou importantes discussões quanto às ações do Estado diante do grave episódio da Guerrilha do Araguaia.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Humanos. Ditadura Militar. Guerrilha do Araguaia. Lei de Anistia.

¹ Resultados parciais de pesquisa desenvolvida no âmbito do Programam de Iniciação Científica da Pró-Reitoria de Pesquisa, da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

1. INTRODUÇÃO

Em 24 de novembro de 2010, o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte) pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, em sua maioria membros do Partido Comunista do Brasil, além de camponeses da região do Araguaia.

O caso Gomes Lund, também conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, ganhou projeção por se tratar da primeira condenação decorrente de eventos da Ditadura Militar brasileira. E para além dos fatos tratados, o caso já suscitava uma profunda discussão na sociedade brasileira, temas como o direito à verdade, à justiça e à reparação, eram parte das manchetes da época¹.

O mais expressivo deles foi o questionamento da Lei de Anistia, promulgada há mais de três décadas pelo Regime Militar, foi tida por muito tempo como um pacto da reconciliação e redemocratização do país. Contudo, esse pacto, elaborado pelas forças em controle do Estado, por anos foi utilizado não só como meio de eximir de responsabilidade os agentes de repressão do Estado, mas como restrição de acesso às informações das vítimas.

Obstruir o acesso à informação, e conseqüentemente o acesso à verdade, não pode ser descrito como um ato de caráter individual, uma vez que priva toda um povo de conhecer sua história. Dessa forma, o caso Gomes Lund provocou o país a revisitar seu passado e a ressignificar suas memórias.

O presente estudo se justifica diante da necessidade de analisar a sentença de condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, avaliando se suas reparações foram de fato cumpridas pelo Estado brasileiro, e não somente, os desdobramentos que esse caso provocou em no Ordenamento Jurídico brasileiro, assim como em suas esferas sociais e políticas.

¹ Matéria do jornal ‘Estado de S.Paulo’, de 24 de setembro de 1972, intitulada “Em Xambioá, a luta é contra guerrilheiros e atraso”. Disponível em: <http://opiniaoenoticia.com.br/brasil/e-publicada-a-materia-sobre-a-guerrilha-do-araguaia/>. Acesso em 18 de outubro de 2020. Assim como a matéria do jornal 'O Globo', de 28 de abril de 1996, intitulada "Documentos identificam mortos do Araguaia". Disponível em: <http://memoria.oglobo.globo.com/jornalismo/premios-jornalisticos/rescaldo-da-guerrilha-8877778>. Acesso em 18 de outubro de 2020.

2. VÍTIMAS E VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

2.1. GUERRILHEIROS

A Guerrilha do Araguaia pode ser compreendida a partir de vários aspectos, ela foi um produto direto do sistema político-econômico vigente no Brasil e da mentalidade de seu tempo. A partir de seus membros, como Guilherme Gomes Lund¹, em fevereiro de 1970, em carta endereçada aos seus pais antes de se juntar a Guerrilha, é possível observar mais uma faceta dela:

Diante de tal situação atual, é preciso que se encare seriamente a questão de nossa vida e a que dedicá-la [...]. No momento, só há mesmo uma saída: transformar este país, e o próprio governo é que nos obriga a ela. A violência injusta gera a violência justa. A violência reacionária é injusta, enquanto a violência popular é justa, porque está a favor do progresso e da justiça social. (CNV, 2014, p. 02).

Guilherme desapareceu no Natal de 1973, quando militares cercaram uma das instalações do grupo e executaram as lideranças. Contudo, a história de Guilherme e dos outros 70 desaparecidos, pode ser remontada a um período anterior, quando entre 1966 e 1967 os primeiros membros da Guerrilha lá se instalaram na região do Araguaia.

A região de fronteira entre Pará, Goiás e Maranhão foi escolhida pela guerrilha como foco inicial das ações por duas principais razões: pelo fato de contar com áreas inexploradas de grande quantidade de povos indígenas e matas fechadas, essenciais para a tática de guerrilha; e a segunda era pelos diversos conflitos agrários e sociais entre camponeses posseiros, grileiros e latifundiários na região. Havia uma desconfiança local pela polícia, uma vez que esta agia em interesse dos grandes fazendeiros, e somado a ausência da maior parte das instituições do Estado, o grupo compreendia como o contexto social adequado. As próprias Forças Armadas compreendiam a efetividade das ações das guerrilhas em locais marcados por problemas sociais².

¹ Guilherme Gomes Lund, de codinome Luis, vítima que deu nome ao caso, foi um dos jovens que compunham a Guerrilha do Araguaia. Desapareceu em 25 de dezembro de 1973, aos 26 anos de idade, após um ataque das Forças Armadas a um dos acampamentos da Guerrilha.

² João Baptista de Oliveira Figueiredo, futuro presidente durante o Regime Militar, era secretário-geral do Conselho de Segurança Nacional (CSN) e responsável por essa classificação.





A Guerrilha era composta por militantes armados do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), desde a chegada, buscou se aproximar da população local com a abertura de comércios, farmácias e escolas, sem entrar, contudo, no mérito da propaganda ideológica. Contudo, como destaca a Comissão Nacional da Verdade (CNV, 2014), a Guerrilha ainda se encontrava em fase embrionária, carecendo tanto preparação, como da adesão dos camponeses.

E em 1972, quando os primeiros enfrentamentos com as forças armadas tiveram início, a situação local era de 69 guerrilheiros cobrindo uma região de cerca de 6.500km², em disparidade aos 5 mil homens empregados na Operação Papagaio.

A Operação Papagaio se tratou da primeira ação do Exército na região com o objetivo de erradicar a Guerrilha. No primeiro momento, os militares buscaram desmoralizá-los, e visando o apoio da população local, implementaram as Ações Cívico-Sociais (ACISO), visando apoio com serviços de bem estar social. Posteriormente, o foco se voltou para a destruição dos pontos de apoio da Guerrilha, tal como montar vigílias em pontos estratégicos, como margens de rios, estradas e fazendas.

Essas ofensivas resultaram na prisão de oito guerrilheiros e na morte de dez, como reporta dados do Ministério do Exército. Relatos orais indicam ainda a presença de torturas e execuções extrajudiciais. Contudo, o resultado ainda era insatisfatório na visão das Forças Armadas. Em parte, por conta da desconfiança da população local, que apesar de supridas temporariamente pelas ACISO, com sua iminente retirada, naturalmente as problemáticas regionais que incitavam a insatisfação governamental e o apoio aos guerrilheiros emergiria. E posteriormente pela dificuldade de obtenção de informações pelos militares, também em virtude do apoio populacional local à guerrilha.

Desse modo em 1973, deu-se início a Operação Sucuri, uma ação de levantamento de informações promovida pelas Forças Armadas. Baseando na experiência anterior, o Centro de Inteligência do Exército (CIE) achou pertinente adotar outra estratégia, simulou uma retirada, infiltrou agentes na região e fez parcerias com a Polícia Militar local, enquanto mapeava os esconderijos e as relações dos guerrilheiros.

E em outubro de 1973, o Exército brasileiro enfim pôs em prática a Operação Marajoara. Usando as informações da Operação Sucuri, promoveu uma operação de caça e extermínio da Guerrilha. E assim o fizeram, sob uma política de “limpeza da área” e “aniquilação total em curto prazo”, empregando meios arbitrários e desproporcionais

como, por exemplo, helicópteros do Exército metralhando áreas próximas às residências civis.

A operação perdurou até 1974 e resultou em um saldo de mais de duzentos camponeses presos sob a acusação de colaboração com a Guerrilha, na morte de 56 guerrilheiros e desaparecimento de seus corpos, e conseqüentemente o fim da Guerrilha do Araguaia.

2.2. VÍTIMAS COLATERAIS

Camponeses. É importante citar que as violações de direitos humanos não se limitaram aos combatentes do conflito. Desde a descoberta da guerrilha na região do Araguaia, em 1972, os camponeses também foram alvo dos agentes do Estado brasileiro.

O objetivo dos militares na região era criar condições contrárias a Guerrilha. Inicialmente com pequenas melhorias na condição de vida da população local, visavam, em seguida, ampliar a rede local para identificar, localizar e eliminar os guerrilheiros.

Contudo, por conta do trabalho de massa da Guerrilha, tais medidas se mostravam limitadas. Como ressalta o relatório do CIE, de 1972 (*Apud. CNV, 2014*), apesar de 90% dos camponeses promover apoios circunstanciais aos guerrilheiros, o apoio ideológico (objetivo da Guerrilha), ainda era nulo entre a população nesse período. O regime militar, todavia, não se conformou, e partir de 1973, a população local também passou a ser presa sob a acusação de compor uma rede de apoio da guerrilha.

Não apenas o encarceramento e a tortura eram práticas recorrentes entre a população local, a privação da terra, somados em muitos casos com a queimada de suas plantações e expulsões sumárias, também consistiam entre o programa de ação das Forças Armadas. Sob a alegação de que guerrilheiros poderiam fazer uso das terras dos camponeses.

Povos indígenas. Povos e comunidades indígenas passaram pelo mesmo tratamento dos camponeses: privação de liberdade, tortura e estupros. O primeiro contato dos militares foi com o povo Aikewara, que sob ameaça de armas de fogo e sem elucidação prévia, foram mantidos prisioneiros em sua própria terra, enquanto os homens da tribo serviam de mateiros, guiando os militares na região.

Na aldeia, com o objetivo de evitar que a guerrilha se aproveitasse dos recursos e os utilizassem como ponto de apoio, os militares queimaram as plantações, enquanto impediam os nativos de caçar, coletar, pescar e trabalhar na terra, condicionando essa população para além da tortura, à fome e à miséria.

Militares no Araguaia. O aparelho repressivo do Estado foi utilizado, também, contra seus próprios agentes¹. Foi aplicada também uma série de trabalhos psicológicos para convencer esses soldados de que os atos de tortura que estavam sendo submetidos, na verdade se tratava de uma espécie de preparo para o que passaria caso fossem capturados pelas forças revolucionárias. O uso da tortura seguia uma metodologia e contava com a presença de especialistas, o que contraria a ideia de que ela não passava de episódios isolados.

3. A DENÚNCIA NA CASO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 07 de agosto 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) recebeu as primeiras petições do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e do *Human Rights Watch/Americas*, relativas às acusações de violações de direitos humanos promovidas pelo Estado brasileiro aos guerrilheiros do Araguaia.

Um dos elementos que influíram na decisão da CIDH de submissão do caso foi a de colocar a Lei de Anistia a par da jurisprudência internacional. Promulgada durante a o regime militar, a Lei nº 6.683/79 (BRASIL, 1979), visava resguardar agentes do Estado, como os próprios militares, concedendo anistia aos que durante os anos de 1961 a 1972 cometeram crimes políticos.

Após investigações, a CIDH concluiu que: o Estado brasileiro torturou, deteve arbitrariamente e promoveu desaparecimentos forçados de membros do PCdoB e camponeses da região; usou da Lei Anistia impedir as investigações penais e da execução extrajudicial de Maria Lucia Petit da Silva²; que não apenas foi ineficaz ao prover o

¹ Obras como o documentário áudio visual “Soldados do Araguaia” (2018), de Belisario Franca, e os documentos oficiais da Comissão Nacional da Verdade, relatam como a formação dos soldados era marcada pelo uso sistemático da tortura, em muitos casos semelhantes à utilizadas aos capturados.

² Maria Lúcia Petit da Silva morreu em 1972, ela integra a lista dos 136 desaparecidos políticos da Lei nº 9.140/1995, seu nome consta no Anexo I, que traz especificamente os desaparecidos em virtude das operações contra a Guerrilha do Araguaia.

acesso à informação aos familiares das vítimas, como promoveu medidas legislativas e administrativas para restringir esse direito; e por fim que, os fatos substanciados afetaram a integridade pessoal dos familiares das vítimas.

Diante dos fatos, a CIDH recomendou ao Brasil que garantisse que a Lei de Anistia não mais atuaria no sentido de impedir investigações penais em casos de violações de direitos humanos, iniciando assim a investigação e responsabilização dos autores na justiça comum. Aos familiares das vítimas foram solicitadas reparações como tratamentos médicos, atos simbólicos do Estado brasileiro e a realização do sepultamento das vítimas desaparecidas. Não somente, a CIDH solicitou do Estado brasileiro publicidade dos documentos referentes às operações militares envolvendo a Guerrilha do Araguaia, que promovesse um curso de direitos humanos para as Forças Armadas e a tipificação da conduta do desaparecimento forçado.

Exaurido o prazo oferecido ao Brasil para a implantação das recomendações, em 25 de março de 2009, sete anos após admitir o caso, a CIDH solicita à Corte, em razão da inércia estatal, que determinasse a responsabilidade internacional do Brasil, submetendo-o à sua jurisdição. Em 24 de novembro de 2010 a Corte decidiu pela condenação do Estado brasileiro pelos eventos decorrentes da Guerrilha do Araguaia.

4. REPARAÇÕES E SUA IMPLEMENTAÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO

A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura que ao identificar violação de um direito resguardado por ela, a Corte deve garantir ao prejudicado o seu direito, tal como condenar o ofensor a realizar medidas de reparação. Desse modo, pela sua jurisdição contenciosa, havendo algum Estado incidindo responsabilidade internacional por violação da Convenção Americana ou de qualquer outro tratado aplicável ao Sistema Interamericano de proteção de Direitos Humanos, a Corte está legitimada para condená-lo.

4.1. OBRIGAÇÕES DE REPARAÇÃO REFERENTES À RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

Investigação dos fatos. A primeira determinação da Corte refere-se à obrigação do Estado brasileiro em investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis - compreendendo que o Brasil deveria iniciar as investigações, agora ciente das

peculiaridades desse fato, e determinar os autores dos desaparecimentos forçados. Destaca ainda que por se tratarem de graves violações de direitos humanos de caráter continuado, estas não poderiam ser atravancadas pela Lei de Anistia em benefício dos autores, e nem pelos demais dispositivos do direito interno, como: a prescrição, a irretroatividade da lei penal, a coisa julgada e o *bis in idem*.

A Corte ressaltou durante o processo que o Estado deveria garantir também: garantias de segurança aos familiares das vítimas, aos operadores de justiça e às testemunhas dos fatos; impedir que as autoridades responsáveis obstruam as investigações; e que o processo corra na Justiça comum, e não no foro militar, quando os suspeitos envolvidos tenham sido funcionários militares.

Apesar das ações apontadas nos Relatórios de Cumprimento da Sentença apresentado pelo Brasil (BRASIL, 2011; BRASIL, 2015), passados quase 10 anos de sua condenação, o Estado brasileiro ainda não promoveu a devida investigação e julgamento dos fatos do caso Gomes Lund. E apesar das denúncias do Ministério Público Federal, o executivo não deu prosseguimento com seus esforços em revogar a Lei de Anistia¹, aderindo o entendimento do STF. Ao passo que o próprio STF, não voltou a se pronunciar sobre o tema.

Paradeiro das vítimas. A Corte determinou que o Estado brasileiro deveria de imediato buscar, localizar e identificar o paradeiro das vítimas. Por se tratar de uma espera de mais de 30 anos, havendo restos mortais, estes devem ser entregues às famílias para que possam sepultá-los de acordo com suas crenças, sem qualquer tipo de custo.

Na própria sentença houve o reconhecimento de ações previamente adotadas pelo Brasil, que foram ampliadas após a condenação. Conforme os últimos dados informados, foram localizados os restos mortais de 27 vítimas, contudo o processo de análise genética de parte deles ainda está em desenvolvimento (TORELLY, 2020). A Corte apesar de avaliar positivamente as iniciativas, determinou por sua pendência.

¹ Matéria do jornal 'Estado', de 31 de março de 2014, intitulada "Dilma diz que não quer revisão da Lei de Anistia". Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,dilma-diz-que-nao-quer-revisao-da-lei-de-anistia,1147521>. Acesso em 06 de maio de 2020.

4.2. MEDIDAS DE REABILITAÇÃO

Suporte assistencial. A Corte condenou o Estado brasileiro à medida de reabilitação, abarcando a atenção médica, psicológica ou psiquiátrica, aos familiares das vítimas que assim desejarem. O cumprimento dessa obrigação perpassa por uma análise do seu método de implantação, o Brasil, no momento da contestação, apresentou que o país possui um Sistema Único de Saúde (SUS), que por sua vez conta com o acesso integral, universal e gratuito aos serviços de saúde.

A Corte em sua Supervisão de Cumprimento de Sentença (CORTE, 2014) destacou a diferença entre a prestação de um serviço social à população e a obrigação de executar uma reparação. E decidiu que as ações sequer foram suficientes para garantir às vítimas o tratamento adequado, declarando, desta maneira, como uma reparação ainda pendente.

4.3. MEDIDAS DE SATISFAÇÃO

As medidas de satisfação solicitadas pela CIDH compreendiam: a publicação da sentença; a promoção de ato público reconhecendo a responsabilidade internacional do Estado; e o estabelecimento do Dia dos desaparecidos políticos no Brasil e memorial.

Publicação de sentença. A publicação da sentença surge no sentido de dar ampla divulgação ao fato. Apesar de exceder, em seis meses, o prazo estipulado pela Corte, em 15 de junho de 2011 o Brasil cumpriu a disposição ao publicar a sentença no Diário Oficial da União, no jornal O Globo¹, no sítio eletrônico da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), e por fim, na forma de livro eletrônico pela SDH/PR no site Centro de Documentação Virtual.

Responsabilidade estatal. O ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado foi uma exigência da Corte uma vez que, apesar reconhecer que o país a promoveu em âmbito interno, não o fez internacionalmente. Por conta da divergência entre os familiares das vítimas não concordaram na realização sem que as medidas de investigação e condenação dos responsáveis. A Corte declarou como uma

¹ O resumo da sentença foi publicado no jornal "O Globo", do dia 15 de junho de 2011, página 16. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/consulta-ao-acervo/?navegacaoPorData=201020110615>. Acesso em: 24 de maio de 2021.

reparação pendente, apesar de avaliar positivamente a iniciativa do Estado brasileiro em tentar promovê-la.

Dia dos desaparecidos políticos no Brasil e memorial. O estabelecimento de um “dia do desaparecido político” foi uma reparação exigida pela CIDH, que a Corte, todavia, não julgou como necessária, tendo em vista que dia 30 de agosto se comemorar o Dia Internacional do Desaparecido Político, já celebrado pelo Brasil.

4.4. GARANTIAS DE NÃO REPETIÇÃO

As garantias de não repetição abrangem uma gama de ações que o Estado deve se comprometer. A CIDH apresentou: a promoção de educação em direitos humanos nas Forças Armadas; a tipificação do delito de desaparecimento forçado; a melhoria do acesso aos documentos em poder do Estado; e a criação de uma Comissão da Verdade.

Formação em direitos humanos. A Corte valorou os programas existentes no Brasil, apesar de ressaltar a ausência da sentença deste caso e ademais tratados e jurisprudências quanto ao tema. O Brasil, ao apresentar a estrutura de um curso elaborada pelo Ministério da Defesa, entendeu pelo cumprimento da medida. Todavia, fatos como as Forças Armadas até o presente momento não reconhecem publicamente as violações de direitos humanos decorridas no caso, tal como o apoio [oficial e público] narrativas favoráveis ao golpe militar de 1964¹, levantam o questionamento do cumprimento dessa reparação.

Tipificação do delito de desaparecimento forçado. Ainda foi determinado que o Brasil deveria dar prosseguimento às tramitações legislativas que visassem tipificar o desaparecimento forçado, além da ratificação da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Atualmente, existem dois Projetos de Lei (PL) que tramitam no Congresso Nacional que versam sobre o tema², contudo, em 11 de maio de 2016, através do Decreto nº 8.767, o Brasil promulgou a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.

¹ Em destaque ao depoimento do Gen. Villas Bôas, Comandante do Exército Brasileiro em 2017, ao saudar o Golpe Militar de 1964 e seu primeiro presidente. Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/expresso/noticia/2017/06/comandante-do-exercito-salda-o-primeiro-presidente-da-ditadura-militar.html>. Acesso em: 24 de maio de 2021.

² O PL nº 4.038/2008 ainda está em trâmite, enquanto o PL nº 245/2011 foi arquivado.



Acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado. Quanto ao acesso aos documentos em poder do Estado, a Corte valorou os esforços do Brasil, mas pontuou a necessidade de fortalecer o acesso à informação em seu ordenamento jurídico. Nesse sentido, o Brasil apresentou a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informações Públicas), respaldando elementos como a proibição da restrição de acesso à documentos e informações relativas a violações de direitos humanos perpetradas por agentes públicos. Tal como as alterações de acesso do Arquivo Nacional, que dentre outras, promoveu o lançamento do Projeto Memórias Reveladas. Apesar de tais esforços a Corte ainda os consideraram “parcialmente implementados”.

Criação de uma Comissão da Verdade. Até o momento da denúncia da CIDH, o Estado brasileiro não havia instituído uma Comissão da Verdade propriamente dita. Houveram avanços, mas atendendo aos representantes das vítimas, em 20 de maio de 2010, o poder executivo apresentou ao Congresso Nacional o PL 7.376/2010, com a projeto da criação da Comissão Nacional da Verdade. Apesar de só vir a ser aprovado em 18 de novembro de 2011, sob a Lei nº 12.528, quase 1 (um) ano após a publicação da Sentença, a Corte apreciou a iniciativa do Estado brasileiro, e em razão disso não chegou a exigir tal reparação.

Pagamento de indenizações. Por fim, o último ponto da condenação da Corte foi quanto ao pagamento de indenizações, custas e gastos aos familiares das vítimas e seus representantes. O Relatório de cumprimento de sentença demonstra que os pagamentos foram realizados, apesar entraves burocráticos alegados por alguns.

5. DESDOBRAMENTOS DO CASO

Para além das reparações exigidas pela Corte, é possível visualizar outros desdobramentos. Os efeitos da denúncia e condenação do Brasil refletiram não somente no ordenamento jurídico interno, mas influenciaram fortemente em seu âmbito político-social.

5.1. MOBILIZAÇÃO SOCIAL SOBRE A CAUSA E VISIBILIDADE DA LUTA CONTRA A DITADURA

Passados mais de 40 anos dos eventos da Guerrilha do Araguaia, uma das maiores contribuições que o caso pôde proporcionar foi trazer a memória de volta ao

imaginário coletivo. Fato é que, diferente da maior parte dos países da América Latina que também sofreram com regimes ditatoriais, no Brasil, essa nunca foi uma pauta explorada pelas organizações de direitos humanos, partidos políticos e pela mídia. A anistia em muitos momentos parece ter jogado uma pá de cal no assunto.

Todavia, a dimensão internacional tomada pelo caso elevou a luta das vítimas da ditadura e seus representantes em uma busca por justiça e pela verdade. Um momento emblemático ocorreu quando, em iminência a condenação pela Corte, as eleições presidenciais de 2010 foram marcadas pela vitória de uma ex-guerrilheira perseguida pela Ditadura Militar, Dilma Rousseff. Seu mandato foi marcado por uma série de avanços (e eventuais retrocessos) quanto às revelações das violações ocorridas durante regime militar.

5.2. MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apesar da sentença não ter alterado o entendimento do STF, o Ministério Público Federal (MPF), por sua vez passou a atuar de maneira contrária. A partir de 2011, se iniciaram 190 investigações relativas ao caso Gomes Lund pela procuradoria do MPF, e para além das duas ações criminais que constam no relatório de cumprimento de sentença, outras dez foram iniciadas.

Apesar da pontualidade dessas ações, estas não se esgotaram ali, anos depois quando o Brasil foi condenado pelo assassinato de Vladimir Herzog¹, em 2018, o MPF prosseguiu com as denúncias a ex-agentes da ditadura militar². Demonstrando a importância do caso Gomes Lund para definir os trajetos traçados pelo MPF.

Contudo, apesar do avanço, um problema persiste, essas denúncias, em sua grande maioria são obstaculizadas nos tribunais. O judiciário, ao acompanhar a posição

¹ Vladimir Herzog, foi um jornalista, professor e diretor da TV Cultura. Em 24 de outubro de 1975, foi chamado na sede do Destacamento de Operações de Informações, departamento do Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-Codi) para prestar esclarecimentos sobre suas supostas ligações com o Partido Comunista Brasileiro (PCB). Neste local, sofreu torturas e, no dia seguinte, foi assassinado. A narrativa empregada na época pelos militares foi de que Herzog teria se enforcado, e foi divulgado uma foto do suposto suicídio. Em 1978, a justiça brasileira condenou a União pela prisão ilegal, tortura e morte de Vladimir Herzog, assim como em 1996, a Comissão Especial dos Desaparecidos Políticos reconheceu oficialmente o seu assassinato.

² Como divulgado pelo próprio Ministério Público Federal em manchete "MPF denuncia seis ex-agentes da ditadura pelo assassinato de Vladimir Herzog", de 17 de março de 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-denuncia-seis-ex-agentes-da-ditadura-pelo-assassinato-de-vladimir-herzog>. Acesso em 18 de maio de 2020.

do STF no tema, indefere ou arquiva esses casos, demonstrando que apesar do apoio institucional do MPF, este por si só não é suficiente para o tema.

5.3. IMPLEMENTAÇÃO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

O direito ao acesso à informação foi amplamente debatido e em diversos momentos questionado pela Corte. Um novo marco legal corria paralelamente a discussão do caso, em 2009, o Governo Federal apresentou ao Congresso Nacional o PL nº 5.228, que apresentava avanços no acesso à informação no Brasil. Todavia, após a repercussão do caso na Corte, o Estado brasileiro, em 18 de novembro de 2011, sancionou a Lei nº 12.527, também conhecida como Lei de Acesso à Informação.

Além de estabelecer o rito administrativo para que cidadãos requisitem informações dos órgãos públicos, excluiu a possibilidade de que documentos públicos fossem indefinidamente classificados como sigilosos. Tais modificações foram essenciais para que se ajustasse o modelo interno aos padrões interamericanos, assim como acordado pelo Brasil. Entretanto, na contramão de seu princípio fundador, em 2019, foi regulamentado o Decreto nº 9.690 que ao aumentar o sigilo de dados, obstaculiza o direito à verdade.

5.4. CRIAÇÃO DA COMISSÃO DA VERDADE

A Comissão Nacional da Verdade (CNV) emerge em meio da ampla discussão que o caso tomou na sociedade brasileira. Sua criação para além de uma exigência da CIDH, representou preservação da memória histórica, contribuindo para o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas, garantindo o direito à verdade.

Nesse contexto, atendendo aos pedidos dos familiares das vítimas, em 20 de maio de 2010, o Governo envia ao Congresso Nacional o PL 7376/2010. Em ocasião o então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, disse:

A criação da Comissão Nacional da Verdade assegurará o resgate da memória e da verdade sobre as graves violações de direitos humanos ocorridas no período anteriormente mencionado [1946-1988], contribuindo para o preenchimento das lacunas existentes na história de nosso país em relação a esse período e, ao mesmo tempo, para o fortalecimento dos valores democráticos (CNV, 2014, p. 20).

Sancionada pela Presidenta Dilma Rousseff, em 18 de novembro de 2011, como Lei nº 12.528/2011, a CNV foi instituída em 16 de maio de 2012 e pendurou até 16 de dezembro de 2014, quando nesta data emitiu seu relatório final. O seu relatório final trouxe várias menções aos eventos da Guerrilha do Araguaia, inclusive dedicando o Capítulo 14 a seu teor.

5.5. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 320

Em 15 de maio de 2014, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 320, solicitando o cumprimento das obrigações internacionais do Brasil referentes ao caso Gomes Lund.

A provocação do Congresso Nacional se baseia na alegação que a condenação constitui fato novo, e por conta disso, o STF deveria reexaminar sua posição sobre o tema. Até o presente momento essa ação não entrou em pauta para julgamento, contudo, essa iniciativa demonstra o interesse dos parlamentares para que o caso seja revisto.

5.6. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento de que não se aplica a prescrição às ações de reparação de danos sofridos em razão de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar¹.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso Gomes Lund apresenta um grande valor histórico para a jurisprudência interna e internacional. A decisão da Corte Interamericana em demonstrar que a Lei de Anistia e a confidencialidade dos documentos da época são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, possibilitou o questionamento interno, e em alguns casos, a reversão de várias medidas.

Contudo, analisar as dimensões desse caso é uma tarefa complexa, para além de observar se exigências foram cumpridas e como se deu esse processo, é preciso compreender se tais modificações produziram efeitos concretos na sociedade. O saldo

¹ STJ - AgRg no REsp 1.424.680/SP, Rel. Min. Mauro Cambell Marques, Segunda Turma (julgado em 03/04/2014, DJe 9/4/2014).



final ainda é questionável. Se por um lado, o litígio internacional, somado a extensão que as discussões tomaram, deram forças na luta pela verdade e justiça, por outro, é evidente que Estado brasileiro falhou em empreender as ações mais significativas.

Em suma, o Brasil se contentou em grande medida em promover reparações individuais as vítimas (ou seus familiares), aprimorar o acesso à informação, e contar com órgãos como a Comissão Nacional da Verdade, que ocuparam um papel fundamental no direito à verdade. Contudo, é necessário pontuar que em sua maioria, não tomou medidas atingissem o *status quo*, com tribunais mantendo quase intacto a mesma perspectiva em vigor desde 1979.

A maior parte dos debates parece sempre recair na Lei de Anistia, tema central da discussão, sempre contou com uma dubiedade proposital. O fato de não excluir da anistia os agentes repressores do Estado que praticaram crimes comuns, já que isso seria contrário aos interesses do Regime, ao passo de também nunca trazer expressamente a anistia a eles, uma vez que seria encarada como uma confissão. Esse é um dos fatores que corrobora essa tese.

Mais importante, contudo, é desmistificar a ideia um pacto nacional, decidido entre forças em posições equivalentes e justas. A visão de que a redemocratização foi uma reconciliação amistosa, muitas vezes se sobrepõe à realidade que sugere, em verdade, a “auto-anistia” dos envolvidos.

Destarte, discussões como esta são necessárias para desenvolver a compreensão do papel do Estado brasileiro na garantia dos direitos fundamentais. Assim como o caso Gomes Lund, usado como parâmetro, e a posição do Brasil como litigante internacional, ilustram em grande medida muitos dos desafios à frente, e não menos importante, a forma como o Estado brasileiro trata a questão dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Capítulo 14 - A Guerrilha do Araguaia**. [2014]. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Capitulo%2014.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.683, 28 de agosto de 1979**. Lei de Anistia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 18 de março de 2020.

BRASIL. **Relatório de cumprimento da sentença**. [2011]. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/direito-a-memoria-e-a-verdade/casos-judiciais/relatorio-brasileiro-de-cumprimento-de-sentenca-14-12-2011>. Acesso em 23 de abril de 2020.

BRASIL. **Relatório de cumprimento da sentença**. [2015]. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/526449/RESPOSTA_PEDIDO_BRASIL-CorteIDH-GomesLundeoutros-Relatrio-Cumprimentodesentena-marode2015-FINAL.pdf. Acesso em 21 de maio de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE). **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de outubro de 2014**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf. Acesso em 21 de maio de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE). **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil - Sentença de 24 de novembro de 2010**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 18 de março de 2020.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Lael Pimentel Veloso; RAVNJAK, Leandro Luciano Silva; RODRIGUES, Emilly Pereira. **O Brasil Frente ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. Revista Serviço Social em Perspectiva, v. 4, n. Especial, p. 1-13, 3 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos**. [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 de março de 2020.

TORELLY, Marcelo. Gomes Lund vs. Brasil Cinco anos Depois: Histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. 2 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 525-560.



CAPÍTULO III

SISTEMA CARCERÁRIO E O CINEMA: ANÁLISE DO FILME UM SONHO DE LIBERDADE A PARTIR DO LIVRO VIGIAR E PUNIR DE MICHEL FOUCAULT

DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-3

Maria Eduarda Braga de Carvalho ¹
Gabriel Ribeiro de Lima e Silva Valente ²
Manuela Chagas Manhães ³

¹ Graduando do curso de Direito. Universidade Estácio de Sá– UNESA

² Graduando do curso de Psicologia. Universidade do Estado do Rio de Janeiro– UERJ

³ Pós-Doutorando. Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro– UENF

RESUMO

O sistema carcerário gera grandes debates pelo seu caráter privativo, mas que nem sempre é ressocializador. Com isso, filmografias de todo o mundo retratam as características de seus respectivos sistemas prisionais, dentre eles, o filme Um Sonho de Liberdade se destaca por sua narrativa a partir dos olhos de um prisioneiro. De tal maneira, Michel Foucault traz em seu livro Vigiar e Punir os inconvenientes da prisão. O objetivo do trabalho é analisar a filmografia Um Sonho de Liberdade a partir do livro Vigiar e Punir, refletir sobre o sistema carcerário na modernidade, o cumprimento das penas e a suspensão de direitos. O estudo utilizou-se da metodologia de Análise Fílmica para interpretação, descrição e análise de cenas do filme Um Sonho de Liberdade (1995), dirigido por Frank Darabont, e correlacioná-lo com o livro Vigiar e Punir de Michel Foucault (1975) e pesquisadores da temática. Evidenciou-se que cenas presentes no filme retratam aspectos característicos do sistema prisional e suas problemáticas. Portanto, tais obras se fazem essenciais para reflexões e estudos da realidade abordada, tendo como base a utilização de obras científicas para melhores elucidações e resultados.

Palavras-chave: Sistema Carcerário. Direitos Humanos. Cinema.

1. INTRODUÇÃO

Um filme pode ser uma fonte sócio-histórica, se uma vez analisado como um documento que contém características e peculiaridades da época em que foi feito e da época o mesmo retrata. Segundo Kornis (1992, p.239), “[...] o filme adquiriu de fato o estatuto de fonte preciosa para a compreensão dos comportamentos, das visões de mundo, dos valores, das identidades e das ideologias de uma sociedade ou de um momento histórico [...]”. Então, uma obra de arte, incluindo a cinematográfica, deve ser estudada em toda sua complexidade para melhor avaliação crítica-científica do que ela pode estar querendo abordar, explícita ou implicitamente. Para Bereson (1972), a complexidade de tais análises devem ser feitas até na forma da aceitação do público à obra, o processo de formulação e finalização, os momentos de aclamação e ocultação.

O fato é que o ser humano, por meio de diferentes linguagens, possibilitou a comunicação, a expressão. Isso significa dizer que, em seu processo de criação, a linguagem se torna uma das maneiras do indivíduo se articular com o outro, ou com outros, de estar no mundo. Ela possibilita a compreensão de seu modo de vida, sobrevivência, seus valores, sistemas e todos os atributos significativos dos elementos culturais, sejam materiais ou imateriais.

Assim sendo, desde a pré-história é visualizada a necessidade do ser humano em expressar, por meio da arte, sua realidade. Tem-se como exemplo as artes rupestres, onde os homens da época mostravam, através das pinturas seu cotidiano, seus rituais, sua cultura. Com isso, percebe-se até hoje, nas artes em geral, a retratação do nosso dia a dia, os desastres, as crenças, o laboral, as invenções, os sistemas de governo, a punição, entre tantas outras situações e características que podem vir a serem abordadas. É perceptível, então, que a arte representa o social, porque, por meio dela, temas como questões de gênero, estruturas socioeconômicas, conceitos morais da época, os assuntos que detém visibilidade e os que são oprimidos, são sempre perceptíveis a partir de uma boa análise. E, a partir do que representa, vemos que a linguagem artística é política, principalmente nos dias de hoje, por procurar cada vez mais retratar relações sociais, em detrimento de obras mais voltadas ao padrão belo e seu consumo apenas como mercadoria (RANCIÈRE, 2010).

Desta forma, o espectador ou o receptor da obra de arte, neste caso, audiovisual, se encontra envolvido com a trama assistida, pois é inserido na realidade apresentada no filme durante sua exibição. Segundo Manhães (2016), essa obra resulta em reflexões e traz consigo emoções e questionamentos, pois o seu criador trabalha com os meios e técnicas necessárias para trazer à tona tais provocações. Contudo, estas se destringem e dividem-se nos mais variados gêneros e temáticas dentro do mundo cinematográfico, como os gêneros terror, romance e drama, temas como filmes de super-heróis, de investigações e encarceramentos.

Uma das grandes temáticas mundialmente abordadas em filmes é a prisão. Filmes como “À espera de um milagre” do diretor Frank Darabont, “Carandiru: o filme”, do diretor Héctor Babenco e “Um sonho de liberdade”, também do diretor Frank Darabont reforçam os moldes da punição na Modernidade. As obras trazem ao espectador reflexões acerca do funcionamento do sistema carcerário, sua frieza, o sofrimento por privação de liberdade, a carência de humanismo por parte do sistema prisional e a falta da ressocialização pós-cárcere. Com isso, a filmografia escolhida para análise neste artigo, “Um sonho de liberdade”, se destaca por sua narrativa a partir dos olhos de um prisioneiro, e mostra sensibilidade ao tratar da dignidade da pessoa humana dentro da prisão, tema esse abordado no próprio Artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

“Um sonho de liberdade”, ou originalmente “*The Shawshank Redemption*”, do diretor Frank Darabont, é um filme baseado na novela “*Rita Hayworth and Shawshank Redemption*”, escrita pelo autor Stephen Edwin King. Com o propósito de retratar o cotidiano do personagem principal e seus colegas ao longo de décadas dentro do sistema prisional, *The Shawshank Redemption* muito bem aborda a frieza do sistema de punição vigente ao lidar com os seres humanos ali presentes e julgados; dessa maneira, mostra ao espectador a nova realidade dos então aprisionados: a prisão se torna seu novo universo. Logo, suas vidas são definidas pelas rotinas impostas pelo Estado e sistema penitenciário, como seus horários de acordar, dormir, trabalhar, se alimentar, entre outras tarefas. Por outro lado, o sistema carcerário, que parece seguir apenas protocolos e regras friamente, mostra sua outra face em personagens e situações ao longo da trama. Assim, pautas como corrupção, opressão e a carência de um respaldo

do Estado em garantir alguns Direitos Fundamentais dos encarcerados é bem visível — trazendo possibilidades de reflexões para quem assiste a filmografia.

De tal maneira, o retratado ao longo da filmografia escolhida relaciona-se a diversos aspectos que Michel Foucault traz em seu livro *Vigiar e Punir* (1975), como os inconvenientes da prisão, a coação e privação do corpo e o enraizamento desse tipo de punição na sociedade. Ao adentrar na história das punições, observa-se que antes do século XVIII havia uma espetacularização da punição e o castigo tinha quase sempre um foco: ferir o corpo do castigado. Tal punição era feita de diversos modos, como decepamento em praça pública, utilização de ferramentas como cordas e chicotes, além das fogueiras, também bastante utilizadas. Porém, com o avançar dos séculos, percebe-se que tais métodos vão se extinguindo, e surge no lugar a ideia de punição que existe até hoje.

[...] O penoso avanço da contenção do poder punitivo na forma de direito penal de garantias não se desenvolveu historicamente por maturação e reflexão, mas como resultado do pânico gerado pelos massacres. O direito penal liberal da modernidade como ideologia e conjunto de princípios nasceu do medo e do horror diante dos erros do antigo regime. [...] (ZAFFARONI, 2015, p. 29)

Segundo Foucault (1975), agora o abominável teatro dos castigos fora deixado de lado para que a certeza de punição do homem tomasse lugar no que tange às prisões e seus encarcerados. Contudo, essa punição se torna mais burocrática e regimentada. Assim, a liberdade, que é considerada um Direito Fundamental, se torna um bem que durante enclausuramento é suspenso como medida de castigo. Foucault diz ainda que “[...] castigos como trabalhos forçados [...] nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra [...]” (1975, p. 21). Tal punição — agora também incorpórea do apenado meio à restrição de liberdade — é bem retratada nos diálogos e gestos presentes no filme, que apresentam a angústia de passar uma vida inteira dentro de um sistema prisional e suas vidas se definirem a esta realidade. Também o receio dos castigos frente à coerção dos que regem a unidade e do futuro incerto: como será o processo de ressocialização pós-cárcere, entre outros aspectos.

2. MÉTODOS

A metodologia utilizada é focada na Análise Fílmica, que tem como objetivo desconstruir o texto fílmico em distintos elementos para que se possa extrair e destacar materiais que não se perceberiam isoladamente a olho nu. Para tal finalidade, utiliza-se do ato de descrever características da obra, como cenas e sequências, para interpretação, descrição e análise de cenas a partir de pesquisa documental para melhor abordagem do objeto. (VANOYE; GOLLOT-LÉTÉ, 2002).

Posto isso, a questão norteadora que guiou este estudo foi: “Como as características do Sistema Prisional moderno, a partir de embasamentos teóricos de pesquisadores da área, são evidenciadas em filmografias que abordam a temática.”

Como objetivo específico, busca-se analisar tais aspectos do cárcere nos tempos atuais em filmografia de mesmo assunto, intitulada *Um Sonho de Liberdade*, utilizando a literatura de Michel Foucault, em especial seu livro *Vigiar e Punir*, e pesquisadores da matéria como fundamentação para construção das correlações desenvolvidas.

Por conseguinte, foram escolhidas nove cenas do filme “Um sonho de liberdade” de forma qualitativa após análise minuciosa da filmografia, ou seja, cada cena foi selecionada por sua peculiaridade ao externar especificidades do Sistema Prisional e que tais características fossem correlatas com o que o livro *Vigiar e Punir* de Michel Foucault (1975) explicitava em seu texto.

A partir da escolha das cenas e feita descrição das mesmas no artigo, foram realizadas discussões sobre o que representavam, possíveis reflexões dentro do que Foucault aborda em seu livro e correlações com outros autores que também fazem pesquisas dentro das temáticas sistema carcerário, Direitos Humanos e cinema.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados são apresentados nas respectivas descrições das nove cenas selecionadas do filme “Um sonho de liberdade”. A partir dessa descrição, é feita em seguida as discussões baseadas no livro *Vigiar e Punir* de Michel Foucault (1975) e estudos das temáticas abordadas.

3.1. 1ª CENA: O JULGAMENTO

[Duração de 00:02:05 até 00:06:36] A cena começa com o personagem principal, Andy Dufresne (interpretado por Tim Robbins), sendo interrogado pelo tribunal acerca do acontecimento que posteriormente o levaria à condenação. Dessarte, questionamentos sobre o que poderia ter motivado tal crime foram levantados, como: Andy estava sendo traído por sua esposa e negou seu pedido de divórcio; Andy estava embriagado e com sentimento de raiva; Andy estava na posse de uma arma. Posteriormente às questões abordadas, Dufresne nega que tenha cometido tais assassinatos (de sua esposa e de seu amante), exprimindo no tribunal que, mesmo portando a arma, a jogou em um rio após a sobriedade retomada, e que queria apenas assustá-los. Porém, com tantas provas apontando contra Dufresne (na cena do crime foram encontradas impressões digitais, munição da arma, garrafa de whisky por exemplo), ele se via em uma grave situação para recorrer. Ainda em tribunal, contra ele se diz que o crime não fora passional, pois o revólver usado teve que ser recarregado novamente para ser compatível com os tiros disparados contra as vítimas, classificando-o como um crime ainda mais vil, de uma natureza fria e vingativa. No final, o juiz termina a frase dizendo que, pelo poder a ele concebido pelo Estado do Maine, o sentencia a duas prisões perpétuas: uma para cada uma de suas vítimas.

Na cena abordada anteriormente podem ser visualizadas algumas das características da estrutura contemporânea dos julgamentos. Segundo Foucault (2014), as antigas engrenagens do sistema punitivo antigo — que era encaixado de promover uma espetacularização dos julgamentos — agora se encarrega de punir a partir da suspensão de direitos. Antes castigadores, agora os magistrados atuam apenas como parte do sistema punitivo e sua burocracia. A partir de suas sentenças, não punem mais o corpo em si do julgado, mas o privam, principalmente, de sua liberdade, com a premissa de que, desse modo, haveria uma “cura” e reeducação a partir da pena, de acordo com o crime praticado. Com isso, nessa cena Dufresne se encontra de frente a um frio sistema punitivo com seus impulsos colocados em pauta, invocados para determinação do julgamento final do que ocorrera no crime.

[...] A alma do criminoso não é invocada no tribunal somente para explicar o crime e introduzi-la como um elemento na

atribuição jurídica das responsabilidades; se ela é invocada com tanta ênfase, com tanto cuidado de compreensão e tão grande aplicação “científica”, é para julgá-la, ao mesmo tempo que o crime, e fazê-la participar da punição [...] os juízes [...] começaram a julgar coisa diferente além dos crimes: a “alma” dos criminosos [...] (FOUCAULT, 2014, p. 23)

3.2. 2ª CENA: NEGAÇÃO DA CONDICIONAL

[Duração de 00:06:45 até 00:07:40] OS PSIQUIATRAS NA PRISÃO — O senhor Elis Boyd “Red” Redding (interpretado por Morgan Freeman) é levado nesta cena, dentro do sistema prisional de *Shawshank*, a uma sala reservada para ser feita uma análise de sua conduta dentro do sistema após 20 anos de já cumprimento da pena. Há no espaço diversos profissionais presentes, dando a entender que essas pessoas (provavelmente do ramo da psiquiatria e Direito) irão, posteriormente, decidir o destino dos presos entrevistados acerca de suas permanências na instituição, a partir dos dados que coletaram nas entrevistas. São feitas perguntas como: “já se considera reabilitado?”, e Red diz que aprendeu a sua lição e que mudou como pessoa, não sendo mais um perigo para a sociedade. Logo depois, na cena seguinte é exibido seu pedido de condicional sendo negado em sua ficha da instituição.

Segundo Foucault (2014, p. 23),

[...] O laudo psiquiátrico, mas de maneira mais geral a antropologia criminal e o discurso repisante da criminologia encontram aí uma de suas funções precisas: introduzindo solenemente as infrações no campo dos objetos suscetíveis de um conhecimento científico, dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão, ou possam ser. [...]

A partir do exposto, Foucault (2014) aborda que o juiz, a partir do começo do século XIX, passa a não sentenciar sozinho e outras figuras começam a ser presentes durante todo o processo penal, como os peritos psiquiátricos e magistrados de aplicação de pena. Estes começam também a julgar, a partir do momento em que lhes cabe a responsabilidade de averiguar o merecimento de determinados presos a uma possível

liberdade condicional, por exemplo. Dessa forma, pautados em saberes científicos, o ato de punir ganha técnicas e regramentos. Isso ocorre, principalmente, por uma estatização progressiva da Medicina, que agora não trata apenas as enfermidades, mas busca normatizar uma sociedade (MODERNA; PASSOS, 2011). Portanto, um olhar subjetivo a todo contexto do cárcere deve ser feito para que o trabalho dentro da Psicologia seja focado na real busca por um tratamento mais humanizado e ressocializador aos presos. Com isso, deveriam ser discutidas e repensadas cenas como a que o personagem Red vivenciou, de um frio sistema que julga não o indivíduo em sua complexidade, mas apenas reproduz a dinâmica de poder e o subjugamento daqueles que foram infratores.

3.3. 3ª CENA: A MICROFÍSICA DO PODER

[Duração de 00:12:35 até 00:19:54] MICROFÍSICA DO PODER – A Cena começa mostrando o personagem principal (Andy Dufresne) e os outros novos prisioneiros sendo redirecionados do pátio para o interior do prédio. Todos eles estão algemados e presos por correntes em fila indiana, sendo conduzidos por um guarda prisional. Quando chegam ao destino, são ordenados a se reposicionarem à direita, olhando para frente, pelo guarda e são introduzidos ao capitão da guarda e ao diretor. O diretor, Warden Norton (interpretado por Bob Gunton), então começa a proferir as regras que ali vigoram, como: “[...] proibido blasfemar o nome do Senhor (Deus) em vão [...]” e que “[...] as outras regras descobrirão com o tempo [...]”. Após isso, um novo detento pergunta, com sarcasmo, quando iriam comer e é ameaçado e espancado pelo capitão da guarda, Hadley (interpretado por Clancy Brown). Logo depois, são reconduzidos ao banho, demonstrando como funciona a estrutura de poder e disciplina da instituição ao serem reconduzidos nus às suas celas. A voz de Red, narrando o sofrimento da primeira noite do encarceramento, surge na cena ao dizer que “[...] E quando metem você na cela, e você escuta a porta fechando, é quando descobre que é pra valer, toda uma vida jogada fora em um piscar de olhos e você só tem todo o tempo do mundo para pensar nisso. Quase todo peixe fresco fica louco na primeira noite [...]”. Essa fala proferida por Red é ilustrada pelo acontecimento seguinte: um dos novos detentos, que muito chora em sua cela lamentando a sua prisão, faz com que os outros detentos façam ruídos que chamam a atenção dos guardas. Eles vão à cela do mesmo e o mandam calar a boca;

não obedecendo e continuando a choramingar, é retirado da cela pelos guardas e é espancado até ficar desacordado e, conseqüentemente, vir a óbito.

[...] De fato, são largamente conhecidos os espancamentos, as torturas, os maus-tratos [...] os suplícios que embrutecem e tornam os tutelados das prisões serem desumanizados. [...] Menos conhecidas são as formas sutis de violência, constitutivas mesmo da rede de relações sociais que atravessa sujeitos posicionados de modo diferente na estrutura social da prisão [...] estão profusamente presentes no interior do universo simbólico, compartilhado de forma ambivalente por dirigentes e seus subordinados [...] (CASTRO, 1991, p. 1)

Na cena descrita acima observa-se a dinâmica do poder dentro de um sistema prisional, que muito se relaciona com a Microfísica do Poder trazida por Michel Foucault. A partir de seus estudos, Foucault aborda os micropoderes que advém das diferentes relações sociais, como as relações entre diretor/guardas prisionais e detentos. Para o autor, tais instituições, como quartéis e prisões, seriam espaços disciplinantes e de docilização dos subjugados por esse poder. Tais subjugações teriam objetivos, como transformar esses indivíduos em peças úteis para seus objetivos econômicos (tais objetivos serão melhor abordados na 8ª cena). O filósofo continua falando sobre o poder não possuir apenas um detentor, mas sim está presente nas mais diversas relações sociais, sejam centrais (como o Estado) ou periféricas (como uma instituição carcerária) (DINIZ; OLIVEIRA, 2013). Isto posto, tais instituições se tornam espaços de produção e reprodução de comportamentos entre todos os envolvidos (como exemplo, o diretor carcerário subjugando os guardas prisionais ou os guardas prisionais subjugando os detentos), principalmente de violência, como o espancamento e conseqüente morte do encarcerado no filme Um Sonho de Liberdade (CASTRO, 1991).

3.4. 4ª CENA: ROTINA PRISIONAL

[Duração de 00:32:28 até 00:34:00] A Cena começa com a fala do detento Red contando sobre como a vida na prisão é uma rotina e que até as perseguições e ataques que Dufresne sofria eram parte de sua rotina na prisão. Tal mudança nesse dia a dia só ocorrera dois anos depois, quando foram trabalhar em um telhado quebrado e, por isso,



ganham alguns benefícios (principalmente a oportunidade de estar fora dos limites a eles estabelecidos na prisão).

Na prisão, a vida é feita basicamente de rotina, o que muito se relaciona a um sentimento de tempo perdido vivenciado pelos detentos, uma vez longe do convívio social externo à prisão. Logo, essa ruptura com “o lado de fora” acarreta uma mudança em suas vidas, agora com suas liberdades limitadas, contínua opressão por parte do Estado, modificação nas vidas dos familiares do apenado, a não subjetivação do indivíduo dentro do cárcere por causa da padronização presente nos presídios, entre outros aspectos (GONÇALVES; RIBEIRO; VENTURA, 2015).

Tal logística atual das prisões, para Foucault, se dá pela forma que o sistema vigente entende como ilicitudes: a ameaça ao capital e à propriedade passa a ser a não produtividade. Dessa forma, o sistema carcerário é moldado a partir da visão produtiva, com o controle de tempo e atividades regularizadas e obrigatórias. Por exemplo, os trabalhos dentro da prisão são justamente impostos para amenizar os prejuízos a esse capital, e esse controle da rotina do preso visa à disciplinarização e supressão de condutas consideradas divergentes (PINO, 2020).

3.5. 5ª CENA: PRÁTICAS CORRUPITAS NO SISTEMA PRISIONAL

[Duração de 00:51:31 até 00:54:20] Nesta cena, o diretor Norton chamou Andy em sua sala pois tomou conhecimento de seu trabalho como banqueiro antes de ser sentenciado ao cumprimento de prisão perpétua. Por imaginar tirar proveitos futuros de seus conhecimentos, proveu algumas regalias a Andy, como transferi-lo para um trabalho na biblioteca da prisão com o detento Brooks (interpretado por James Whitmore). Brooks lhe apresenta o local e diz que nunca teve um assistente, e não sabia o porquê de Andy ser mandado para lá — dando a entender ser um favor feito pelo diretor a Andy, que seria cobrado futuramente. Um guarda aparece logo depois, pedindo para fazer-lhe um serviço relacionado a reservas de dinheiro. Andy percebe que, para continuar com seus benefícios concedidos, deveria começar a fazer esses trabalhos para os guardas e funcionários do sistema prisional.

Pode-se analisar, a partir da cena descrita acima, uma prática corrupta pela administração prisional, onde o diretor vê em Andy uma forma de fazer lucros (lucros esses, ilícitos) por causa de seu conhecimento. A corrupção é um fenômeno social

presente em toda a história da humanidade, sendo em algumas mais endêmicas do que em outras; porém, é algo a ser combatido em todas elas, para melhor prosperidade e desenvolvimento (ALENCAR; GICO, 2011).

A partir do exposto e do estudo de Oliveira (2020), como, então, poderia ser almejado o desenvolvimento de um sistema ressocializador, se tais embargos e corrupções barram a funcionalidade do sistema? Indo além das soluções como melhora da educação dentro e fora dos presídios e a oferta de trabalho digno com papel ressocializador, a perspectiva financeira também deve ser melhor administrada. Tais desvios de verbas pelos próprios agentes públicos causam problemas diretos e indiretos no cotidiano dos apenados, como a superlotação, falta de insumos, aumento da violência dentro das unidades, entre outros aspectos. Foucault traz em seus estudos que há uma economia das ilegalidades. Enquanto as classes populares usam da violência para transferência de propriedades, a burguesia faz um verdadeiro jogo com regulamentos e leis para lucrar, ilegalmente, nas margens da legislação (SCHILLING, 2001).

3.6. 6ª CENA: “BROOKS WAS HERE”

[Duração de 01:01:00 até 01:05:20] O detento Brooks é liberado da sua condicional após cinquenta anos preso. A cena mostra Brooks saindo da prisão com um sentimento de não ter mais um rumo em sua vida, pois tudo que conhecia e construiu ficara na prisão onde passou boa parte de sua vida. Idoso e por muito tempo fora da sociedade, já não sabia mais como funcionavam as coisas do lado de fora dos muros da prisão. É então realocado em um albergue e lhe é conferido um emprego de empacotador em um supermercado, o que era para ele muito difícil, por suas mãos doerem e não conseguir fazer com a rapidez necessária. Brooks não conseguiu suportar a mudança tão brusca e repentina de sua realidade, e agora se encontrava sozinho. No final da cena, Brooks escreve com seu canivete na madeira do teto do albergue “*Brooks was here*” (Brooks esteve aqui), marcando sua existência, e comete suicídio.

Foucault (2014) aborda a prisão como meio de controle do proletariado, essa coerção praticada mantém o poder vigente e traz mão de obra e auxílio na própria economia dessas sociedades, a partir do uso e docilização do corpo que está sendo castigado. Contudo, além da execução da pena, a prisão também deveria, a partir de

seus mecanismos, melhor conhecer seus apenados para justamente trabalhar suas ressocializações de forma individualizada.

[...] A prisão, local de execução da pena, é ao mesmo tempo local de observação dos indivíduos punidos. Em dois sentidos. Vigilância, é claro. Mas também conhecimento de cada detento, de seu comportamento, de suas disposições profundas, de sua progressiva melhora; as prisões devem ser concebidas como um local de formação para um saber clínico sobre os condenados [...] (FOUCAULT, 2014, p. 242)

Como Brooks, muitos encarcerados se desabituarão da vida fora dos muros das penitenciárias, e a prisão se torna a realidade social de muitos. Ao se afastarem do convívio social, o sistema prisional pode vir a causar uma incapacidade de lidar com a vida em liberdade após cumprimento da pena, por causas como o preconceito e o estigma durante a reinserção no convívio em instituições ou no trabalho (TEIXEIRA; ROCHA, 2020 *apud* PAULA; MAGALHÃES, 2015).

Brooks é realocado em um albergue e em um trabalho de empacotador, porém suas mãos doíam pelo esforço, uma vez que era bem idoso e provavelmente tinha doenças que atrapalhariam na função para a qual foi designado. Além disso, passara muito tempo longe da sociedade, não tendo agora um vínculo social a quem pudesse recorrer. Tais fatores são comuns de ocorrer, uma vez que há carência no acompanhamento individualizado e integral dos presos durante e pós-cumprimento da pena, visando uma boa ressocialização. Conseqüentemente, casos de adoecimento mental, aumento das chances de envolvimento com drogas, reincidência criminal, depressão e comportamentos suicidas são registrados (SANTOS; BARROS; ANDREOLI, 2020). Segundo Baratta:

[...] A realidade prisional apresenta-se muito distante daquilo que é necessário para fazer cumprir as funções de ressocialização e os estudos dos efeitos da cadeia na vida criminal (atestam o alto índice de reincidência) têm invalidados amplamente a hipótese da ressocialização do delinquente através da prisão [...]. (BARATTA, 2004, p. 1)

3.7. 7ª CENA: A SOLITÁRIA

[Duração de 01:11:05 até 01:13:00] Andy, após passar duas semanas na solitária por descumprimento das regras do sistema prisional, vai ao encontro de seus amigos no refeitório e lhes conta que a música (que apenas imaginava) o ajudou e muito a passar por esses dias. Intrigados com tal fala, os amigos o questionam e Andy diz: “[...] é aqui que faz sentido (a música) para não esquecer [...] que há lugares no mundo que não são feitos de pedra, que existe uma coisa dentro que eles não podem alcançar e nem tocar, é sua [...] Esperança [...]”.

Para Foucault (2014, p. 230), “[...] o isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total [...]”. Desse modo, a arte chega como uma forma de resistência, ao abraçar o subjetivo e acalantar nos momentos de maior solidão. A música, a pintura, o artesanato, entre outras diferentes formas de expressão artística trazem aos apenados uma experiência sensível, onde pode ocorrer uma dissolução da delinquência, uma vez que os auxiliam no extinguir dos ressentimentos e desejos de vingança, construindo novas pontes para se tornarem agentes em transformação (GUIMARAES; MENEGHEL; OLIVEIRA, 2006).

3.8. 8ª CENA: PROGRAMA DE DENTRO PARA FORA

[Duração de 01:18:15 até 01:20:43] O diretor *Norton* da penitenciária *Shawshank* instaurou um programa de “dentro para fora”. Os presos supervisionados trabalhariam em serviços públicos para a comunidade por um custo baixíssimo, com a premissa de que estariam visando reabilitação por colocarem os presos em trabalhos considerados “honestos” — sendo que o próprio diretor se aproveitou do programa para enriquecimento próprio (corrupção, fraudes).

Para Foucault (2014), ocorreu ao longo dos séculos um afrouxamento das severidades utilizadas nas punições. Porém, essa mudança é caracterizada, principalmente, por uma mudança de objetivo: o investimento agora está voltado à utilização econômica dos corpos, e os apenados, por estarem inseridos nesse sistema de sujeições, se tornam força útil para a produtividade. Há agora uma verdadeira economia dos direitos suspensos e essa perda de direitos nunca funcionaria sem complementos punitivos, como a própria reclusão e trabalhos forçados.

A prisão, que é voltada para ir contra naturezas perigosas, acaba fabricando delinquência ao se deparar com casos como do diretor Norton e seu aproveitamento de mão de obra encarcerada para enriquecimento próprio. Os apenados devem, em seus trabalhos, encontrar utilidade no que fazem, para justamente desenvolver a ressocialização; porém, o que muito se vê é o funcionamento a partir de abuso de poderes e conseqüente sentimento de injustiça e atitudes “indomáveis” por parte dos presos (FOUCAULT, 2014).

Apesar de haver durante os séculos uma grande resistência da sociedade em enxergar os presos como também cidadãos, na maioria dos ordenamentos jurídicos atuais há a presença do trabalho prisional como direito e dever do apenado. Essa presença muito auxilia no processo de ressocialização e menor taxa de reincidência no crime, caso esses programas sejam feitos de forma humanizada (CABRAL; SILVA, 2010).

3.9. 9ª CENA: UM SONHO DE LIBERDADE X REINSERÇÃO SOCIAL

[Duração de 01:41:00 até 01:46:00] Os dois amigos (Andy e Red) começam um diálogo sobre arrependimentos, sonhos e frustrações. Andy, mesmo inocente, se culpa pela morte da mulher e seu amante. Após Red confortá-lo, Dufresne conta sobre os seus sonhos caso concretizasse a tão esperada liberdade, que seria se mudar para uma cidade no México e ali recomeçar sua vida, convidando Red a trabalhar com ele quando também fosse solto. Redding diz que “[...] acho que não sobreviveria mais lá fora, passei minha vida aqui, sou um homem institucionalizado como Brooks era [...] lá eu não saberia por onde começar [...]”.

[...] A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos [...] Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não “pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa” [...] (FOUCAULT, 2014, p. 293)

Sentimentos como esperança e o desenvolvimento de atividades para manter ocupados os presos considerados institucionalizados são essenciais para um melhor

cuidado da saúde mental desses apenados. Há considerável número de casos de suicídio entre esses presos — em sua maioria de idade já avançada — e que, muitas vezes, são subnotificados nos sistemas de informações (KEINERT, 2009). O personagem Red, após décadas encarcerado, apresenta esse receio de não conseguir se desinstitucionalizar da prisão — que passou a ser sua realidade, apesar de todas as esperanças de uma vida melhor do lado de fora desses muros, proferidas por Andy. Conclui-se haver a necessidade de políticas públicas que melhor trabalhem a reinserção desses presos na sociedade, de forma que evitem reincidência e melhor encontrem redes de apoio.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidenciada ao longo do trabalho uma estreita relação entre cenas do filme *Um Sonho de Liberdade* e o livro *Vigiar e Punir* de Michel Foucault — seja no ato da punição do encarcerado, no seu cotidiano, em meio ao seu isolamento, na sua sentença, na sua ressocialização, entre outros aspectos. Com isso, ao abordar a história das punições e o próprio ato de punir, é perceptível na filmografia um pouco da sistemática, mais burocrática e regimentada, que faz com que a prisão se torne a nova realidade dos apenados, ao mesmo tempo que coloca em suspensão alguns de seus Direitos. Para Foucault (2014, p. 101), esse exercício de poder funcionava com algumas das seguintes características: “[...] o ‘espírito’ como superfície de inscrição para o poder, com a semiologia por instrumento; a submissão dos corpos pelo controle das ideias; a análise das representações como princípio, numa política dos corpos bem mais eficaz que a anatomia ritual dos suplícios. [...]”.

É também abordado que um filme pode ser uma fonte sócio-histórica, se uma vez analisado como um documento que contém peculiaridades da época que foi feito e da época que o mesmo retrata. Logo, tais obras se fazem essenciais para reflexões sobre o contexto da realidade abordada dentro da prisão, a partir de pesquisadores e estudiosos como Michel Foucault. Visto tais análises, a escolha de Foucault para melhor contextualização das cenas selecionadas foi de grande valia ao desenvolver a abordagem analítica dos principais aspectos que correlacionaram o filme à sua obra *Vigiar e Punir*, além dos outros estudiosos, que também muito auxiliaram na construção dessa ponte.

Portanto, ao analisar filmes que retratam as prisões modernas, como em *Um Sonho de Liberdade*, a ótica cinematográfica permite ao espectador melhor compreender os aspectos característicos do sistema prisional contemporâneo, suas problemáticas, métodos e abordagens. Assim, pautas como corrupção, opressão e a carência de um respaldo do Estado em garantir alguns Direitos Fundamentais dos encarcerados é bem visível e traz possibilidades de reflexões para quem assiste à filmografia.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, C. H. R. de; GICO JR., I. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista Direito GV*, 7(1), 75-98, 2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322011000100005>>. Acesso em: 21 mai. 2021.
- BARATTA, A. Ressocialização ou controle social. São Paulo: BF, 2004. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.
- BERESON, B. *Estética e história*. São Paulo: Perspectiva, 1972.
- CABRAL, L. R.; SILVA, J. L. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena (ufmg.br)*, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://revistadoaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/277>>. Acesso em: 9 abr. 2021.
- CASTRO, M. M. P. *Ciranda do medo. Controle e dominação no cotidiano da prisão*. 1991. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25548/27293>>. Acesso em: 9 abr. 2021.
- DINIZ, F. R. A.; OLIVEIRA, A. A. Foucault: do poder disciplinar ao biopoder. *Scientia*, v. 2, n. 3, 1-217, 2014. Disponível em: <http://www.faculdade.flucianofeijao.com.br/site_novo/scientia/servico/pdfs/VOL2_N3/FRANCISCOROMULOALVESDINIZ.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2021.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014 (trad. Port.; ed. orig.: 1975).
- GONÇALVES, P. T.; RIBEIRO, D. F.; VENTURA, C. A. A. O percurso de vida de ex-presidiários: reflexões sobre prisão e desenvolvimento humano e social. *Revista Perspectivas do Desenvolvimento: um enfoque multidimensional*, v. 3, n. 4, jul.



2015. <Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/231245428.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

GUIMARÃES, C. F.; MENEGHEL, S. N.; OLIVEIRA, C. S. de. Subjetividade e estratégias de resistência na prisão. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 26(4), 632-645, 2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98932006000400010>>. Acesso em: 21 maio 2021.

KEINERT, T. M. M. A esperança é a primeira que morre: institucionalização e suicídios em idosos encarcerados. *BIS. Boletim Do Instituto De Saúde*, (47), 94-96, 2009. Recuperado de: <<https://periodicos.saude.sp.gov.br/index.php/bis/article/view/33836>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

KORNIS, M. A. História e Cinema: um debate metodológico. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1940/1079>>. Acesso em: 3 jan. 2021.

MANHÃES, M. C.; MARTINS A. O.; ESTEVES, J. Uma reflexão sobre a escrita Íntima e as narrativas de ficções do eu em Comer, Rezar e Amar, de Elizabeth Gilbert. *Almanaque Multidisciplinar de Pesquisa da UNIGRANRIO*, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/amp/article/view/3931/2107>>. Acesso em: 4 jan. 2021.

OLIVEIRA, R. L. *Sistema Carcerário e sua Execução Penal*. Goiânia: PUC Minas, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/245>>. Acesso em: 12 maio 2021.

RANCIÈRE, J. Política da arte. *Urdimento — Revista de Estudos em Artes Cênicas*, 2(15), 45-59, 2010. Disponível em: <<https://revistas.udesc.br/index.php/urdimento/article/view/1414573102152010045>>. Acesso em: 3 jan. 2021.

SANTOS, M. M.; BARROS, C. R. S.; ANDREOLI, S. B. Fatores associados à depressão em homens e mulheres presos. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, 22, e190051. Epub September 23, 2019. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1590/1980-549720190051>>. Acesso em: 21 maio 2021.

SCHILLING, F. Corrupção, crime organizado e democracia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 36, 2001.

SILVA, J. V. da; CORGOZINHO, J. P. Atuação do psicólogo, SUAS/CRAS e Psicologia Social Comunitária: possíveis articulações. *Psicologia & Sociedade*, 23(spe), 12-21,



2011. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-71822011000400003>>. Acesso em: 21 maio 2021.

TEIXEIRA, R. R; DA ROCHA, F. N. O ambiente carcerário e a ressocialização do sujeito: desafios e possibilidades. *Revista Mosaico*, v. 11, n. 2, 117-123, 2020. Disponível em: <<http://editora.universidadedevasouras.edu.br/index.php/RM/article/view/2209/1457>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

VANOYE, F.; GOLIOT-LÉTÉ, A. Ensaio sobre a análise fílmica. Tradução: Marina Appenzeller. 2ª ed. Campinas: Papyrus, 2002.

ZAFFARONI, E. R. Direito penal humano ou inumano? *RSTPR*, Asunción, v. 3, n. 6, p. 27-47, Aug. 2015. Disponível em: <http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000600027&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jul. 2021.

CAPÍTULO IV

AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS ENFRENTADAS POR TRANSGÊNEROS CUMPRINDO PENA NO BRASIL

DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-4

Beatriz Ribeiro Lopes Barbon¹

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Colaboradora do Projeto Transgeneridade e Direito ao Nome, de coordenação da Profa. Ma. Márcia Teshima.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo discorrer sobre a situação de pessoas transgênero cumprindo pena em regime fechado no Brasil. Além das inúmeras dificuldades que sofrem diariamente em razão do preconceito, quando encarceradas são submetidas a condições degradantes e têm seus direitos mais básicos negados pelo Estado, mesmo com diversos dispositivos legais garantidores previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. A comunidade trans é extremamente vulnerável socialmente e ainda mais no sistema carcerário brasileiro. Em razão disso, necessitam da visibilidade do Estado, que deve efetivamente garantir os direitos previstos no ordenamento jurídico. Por fim, é apresentada a decisão do STF, proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527, que concedeu o direito de mulheres trans e travestis a cumprirem pena em presídios femininos, um importante avanço para os direitos da população transgênero no país.

Palavras-chave: Transgêneros. Execução penal. Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

A comunidade transgênero ainda é extremamente marginalizada pela sociedade e comumente tem direitos básicos negados. A visão estritamente binária, engendrada em um sistema heterossexual e patriarcal, limita o gênero à sexualidade. Indivíduos transexuais e travestis, que possuem identidade de gênero a qual, segundo os padrões sociais, não são condizentes com seu sexo de nascimento, sofrem com os estigmas sociais que afetam diretamente sua qualidade de vida.

No ano de 1993, a transexualidade foi incluída na Classificação Internacional de Doenças pela Organização Mundial da Saúde (CID-10) como “transtorno mental”. Somente em 2015, deixou de ser designada dessa maneira, sendo agora integrada na categoria de “condições relacionadas à saúde sexual”, e atualmente é classificada como “incongruência de gênero” (CFP, 2019). A despatologização da transexualidade é ainda um longo caminho a ser percorrido, mas a mudança foi de extrema importância para contribuir com a desconstrução da ideia de transexualidade como “doença”. A OMS argumenta que a sua manutenção no rol das CID é melhor para o oferecimento de cuidados à saúde da população transexual (GOVERNO FEDERAL, 2018), que ainda é extremamente deficiente no país. São frequentes os casos de recusa ao atendimento médico de pessoas trans ou o tratamento inadequado, que prejudica diretamente à saúde física e mental de transgêneros. Ante esse desamparo, muitos se submetem a procedimentos cirúrgicos perigosos que oferecem riscos à sua integridade física. Depois da falta de emprego e renda, a saúde é a maior necessidade de pessoas trans (ANTRA, IBTE, 2021).

Infelizmente, a comunidade trans ainda é vista de maneira pejorativa pela sociedade, que exclui essas pessoas em função de sua identidade de gênero. Essa atitude acarreta na marginalização, que traz consequências gigantescas, a ponto de fazer com que maioria não consiga desfrutar de uma vida digna. Grande parte deixa os estudos cedo, pois o preconceito transforma o ambiente escolar em um lugar hostil. Cerca de 82% das mulheres transexuais e travestis abandonam o ensino médio entre os 14 e os 18 anos segundo estudo da ANTRA em parceria com o IBTE (2020, p. 46).

Assim, sem direito à plena educação, as oportunidades no mercado de trabalho formal para transgêneros tornam-se limitadas. Dificilmente conseguem emprego por



causa da discriminação, que pode ser por parte de empregadores, empregados, clientes ou outras pessoas que frequentam o local de trabalho. Ainda, aquelas que conseguem empregos formais muitas vezes não se sentem acolhidas ou confortáveis no ambiente de trabalho. Lamentavelmente, a quantidade de transexuais e travestis no mercado formal de trabalho é baixíssima: apenas 10% (ANTRA; IBTE, 2020).

Portanto, a população trans é sujeita a processos sociais que as colocam em situação de vulnerabilidade desde muito jovens. O abandono familiar é um relato comum entre elas - muitas são expulsas de casa cedo e tem de buscar meios de sobrevivência na rua. Diante dessa falta de acolhimento e respeito, segundo Rondas e Machado (2015), “quando a hostilidade e a rejeição provêm também da família, a travesti é empurrada para a rua, às formas tidas como não convencionais de ganhar a vida, ao tráfico e ao uso de drogas, a situações que lhes acarretam doenças, morte social e física”.

Com essa marginalização promovida por uma sociedade que não acolhe transgêneros nas escolas nem no mercado de trabalho, a maioria encontra na prostituição sua forma de sustento. Junto com esta, vem o tráfico e o uso de drogas. A maior causa de encarceramento de pessoas transgênero no Brasil, segundo dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFH), é por crimes de roubo, furto e tráfico, que somam aproximadamente 88,5% das acusações/condenações (2020, p. 28). Ainda segundo o mesmo estudo, a faixa etária mais expressiva de transexuais e travestis presas é de 18 a 29 anos – mais um indicativo que reitera a vulnerabilidade dessa população e como o sistema prisional é seletivo para esse público (MMFH, 2020).

Os direitos de pessoas transgênero já são ignorados e violados diariamente na sociedade e, quando encarcerados, praticamente se extinguem. Esses indivíduos acabam se tornando invisíveis dentro do sistema penitenciário pelo poder público, que deveria garantir sua saúde e integridade por força de disposição constitucional e infraconstitucional.

2. PRINCÍPIOS E DIREITOS GARANTIDOS AO PRESO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Após a prolação de sentença condenatória transitada em julgado, o Estado adquire o direito de exercer sua pretensão punitiva, isto é, de punir aquele que foi condenado. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 26), execução penal “trata-se da fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal”.

Para executar a pena, o Estado limita ou temporariamente suspende um ou mais direitos do indivíduo, dependendo da pena cominada, para que cumpra com sua função retributiva e preventiva do Direito Penal. A primeira refere-se à retribuição necessária e suficiente do condenado, para reprovação do crime através da pena imposta. Já a prevenção refere-se à ressocialização do preso, prevenindo que reincida na prática criminosa. Nucci (2020, p. 27) aponta ainda, dentro desse caráter, a importância da demonstração da “existência e a força do Direito Penal” aos demais, encarcerados ou não.

Durante a execução da pena, os condenados permanecem sob a tutela do Estado e devem ter seus direitos salvaguardados pelo mesmo. O art. 3º da Lei de Execução Penal garante: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL, 1984). Sua redação é clara: o preso, seja ele provisório ou definitivo, tem todos os direitos dos demais cidadãos mantidos, exceto aqueles privados por força de lei e pela sentença condenatória. No mesmo sentido é a previsão do art. 38 do Código Penal: “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (BRASIL, 1940).

Mas é na Constituição Federal que estão os princípios cruciais do Direito brasileiro, entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, basilar do Estado Democrático de Direito. Esse princípio deve possuir a modalidade de eficácia jurídica mais consistente no ordenamento jurídico, pois refere-se ao mínimo que deve ser garantido a todo ser humano, independentemente de qualquer condição que se encontre. Segundo Flávia Piovesan (2012, p. 284), “a



dignidade humana simboliza um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”.

Nesse sentido, é possível afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma diretriz essencial para os demais direitos fundamentais, individuais e também coletivos. É com base nele que todo o ordenamento jurídico deve ser construído e interpretado, a fim de dar plena eficácia ao texto constitucional.

Para Nucci (apud NUCCI, A., p. 39), o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser visto por duas óticas diferentes: objetiva e subjetiva. A objetiva implica ter o Estado o dever de assegurar a cada um dos indivíduos as condições necessárias de sobrevivência digna, o mínimo existencial. Já na subjetiva o Estado deve garantir a cada indivíduo a sua respeitabilidade, a qual se desdobra em sentimentos inerentes ao ser humano.

A identidade de gênero encaixa-se na ótica subjetiva desse princípio e está diretamente ligada a ele pois, segundo Tereza Rodrigues Vieira (2017, p. 2) trata-se de uma convicção íntima, da percepção que a própria pessoa tem de si. O desrespeito a essa percepção fere diretamente à personalidade, à intimidade e à honra, que são alguns dos pressupostos para a plena dignidade. Assim, transgêneros têm pleno direito de serem tratados e reconhecidos de acordo com o gênero que se identificam. Além de tutelar esses direitos, o Estado tem o dever de garantir condições para que todos possam exercer seus direitos individuais plenamente, inclusive objetivando a inclusão e o exercício da cidadania por transexuais e travestis (VIEIRA, 2017).

Além da dignidade da pessoa humana, o texto constitucional prevê em seu art. 5º e incisos, direitos e garantias individuais, que devem ser assegurados a todos os indivíduos em território nacional. Esses direitos salvaguardam, em suma, à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Os direitos à liberdade e à propriedade, por exemplo, podem ser temporariamente retirados daquele que é condenado criminalmente por sentença transitada em julgado. Além destes, outros direitos também podem ser atingidos dependendo das peculiaridades do caso concreto, mas sempre de maneira fundamentada pelo juiz da causa na sentença. A pena a ser cumprida não pode ser mais gravosa que aquela estabelecida na sentença, mas limitar-se à ela.



Entretanto, os demais direitos não atingidos pela condenação não podem, em hipótese alguma, serem retirados do preso (NUCCI, 2020, p. 45). Além do princípio da dignidade humana, importante citar o princípio da igualdade, que deve prevalecer tanto na aplicação da lei, quanto no tratamento de indivíduos na mesma condição (NUCCI, 2020, p. 107). No caso dos transgêneros, por possuírem demandas diferentes de pessoas cis, como a necessidade de hormonioterapia, devem ter o direito de continuar o processo de transição mesmo quando encarceradas. Outra demanda dessa população é a realocação em alas/celas separadas dos(das) demais detentos(as), por questão de segurança e adequação.

Adentrando nos direitos diretamente ligados aos presos, a Carta Magna apresenta, logo no inciso III do art. 5º, a vedação ao tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1988). O fato de estar preso não deve submeter o indivíduo a condições inferiores de sobrevivência. Não se pode olvidar que o condenado não perde sua condição de ser humano, que como qualquer outro merece respeito e condições mínimas para viver. No inciso XLVII do mesmo artigo, está esculpida a vedação a qualquer pena cruel, degradante ou de caráter perpétuo. Segundo Nucci (2020, p. 26), a execução penal precisa seguir uma linha contrária à de penas que causem sofrimento físico e mental e buscar proporcionar aos condenados um cumprimento de pena digno, que possibilite sua ressocialização.

Mais à frente, o inciso XLIX tutela o respeito à integridade física e moral dos presos, isto é, a Constituição veda qualquer pena que faça uso de violência, seja ela física ou mental. O Estado tem ainda o dever de garantir que sua integridade não será atentada por autoridades ou por outros detentos, pois os presos estão sob sua tutela.

Com base nesses direitos e princípios fundamentais, a Lei de Execução Penal reforça os direitos e garantias concedidos pela Constituição Federal e apresenta deveres aos presos com a finalidade de ressocialização, através de sua reinserção gradual em sociedade. Para que não volte a delinquir, o preso deve trabalhar de forma remunerada (Título II, Capítulo III, LEP) e pode estudar enquanto cumpre pena (Título V, Capítulo I, LEP).

Insta lembrar que o Estado tem o dever de assegurar aos presos condenados e provisórios condições muito além de sua integridade. Outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e higiene, à alimentação adequada, ao trabalho, à



liberdade religiosa e à informação, inclusive o contato com familiares, tem de ser providenciados e garantidos pelo Estado, conforme tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4275, 2017.

Ainda não há obrigações legais específicas sobre o tratamento penal de pessoas LGBTQIA+ no Brasil. Entretanto, existe um importante documento internacional que envolve o assunto: os chamados Princípios de Yogyakarta, elaborados no ano de 2007 por especialistas de todo o mundo visando a proteção de direitos humanos de pessoas LGBTQIA+. Esses princípios são diretrizes internacionais de interpretação de normas de direitos humanos e a aplicação da legislação internacional em relação à orientação sexual e identidade de gênero, e servem como importante referência em decisões judiciais, elaboração de leis e quaisquer outros casos que envolvam direitos de pessoas LGBTQIA+.

Dentre esses princípios, insta destacar o de número nove, que discorre sobre o direito a tratamento humano durante a detenção. Os Estados tem o dever de garantir aos condenados que sejam tratados com respeito e humanidade, inclusive respeitando sua orientação sexual e identidade de gênero (YOGYAKARTA, 2007). Isso inclui a alocação de detentos e detentas ao estabelecimento prisional de acordo com seu gênero, não unicamente de acordo com o sexo biológico, a fim de evitar tratamento incongruente e degradante.

Diante desta breve apresentação de princípios e direitos a serem garantidos aos presos, no tópico seguinte falaremos sobre como a realidade está distante de um cumprimento de pena digno e que possibilite a ressocialização. E, quando se fala na população trans presa, essa realidade é ainda pior em função do preconceito e da sua invisibilidade no sistema carcerário, que é despreparado e precário.

3. O CUMPRIMENTO DE PENA PARA PESSOAS TRANSGÊNERO NO BRASIL: UMA VERDADEIRA NEGATIVA DE DIREITOS

Mesmo com a previsão constitucional de princípios e direitos fundamentais, é sabido que aqueles que se encontram presos no Brasil não conseguem usufruir de direitos básicos nos presídios. A população carcerária brasileira é uma das maiores do mundo, e o volume de pessoas nessa condição não é compatível com os espaços físicos



para abrigá-las. Praticamente todos os presídios se encontram em situação de superlotação, o que gera péssimas condições de saúde e higiene, faltando padrões mínimos de humanidade. Pode-se afirmar que o ambiente dos presídios é praticamente insalubre e a assistência médica é deficiente (MMFDH, 2020).

Essa superlotação dos presídios brasileiros mitiga o direito à individualidade da pena – dentre outros diversos direitos básicos mencionados –, pois acaba por tornar invisível as condições e necessidades de cada preso em seu caminho para a ressocialização. Devido a isso, presos primários e reincidentes convivem nas mesmas celas, todas precárias, sem acesso à saúde, à alimentação adequada e higiene pessoal. Essa realidade contraria o disposto na LEP (artigos 12, 14, 84, §1º) e as garantias constitucionais.

Segundo levantamento realizado pela Saporí Consultoria em Segurança Pública, feito sob encomenda da Associação Voluntários para o Serviço Internacional do Brasil, divulgada pela Agência Brasil, mais da metade dos detentos entrevistados declarou que a quantidade de comida que recebem é insuficiente e 73% deles classificaram as refeições como péssimas ou ruins. Em relação à estrutura das celas, 92% considera o espaço muito pequeno e a temperatura inadequada (94%), além de não ter luz natural (88%). Já os banheiros foram considerados ruins ou péssimos para 85% dos apenados ouvidos (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

A cartilha do Conselho Nacional de Justiça “Tratamento Penal de Pessoas LGBT” exprime bem como a grave situação dos presídios brasileiros tem sido enfrentada:

No Brasil, com a derrota da narrativa da reabilitação, o inchaço da população carcerária e a pouca efetividade das estratégias de enfrentamento às facções criminosas, as prisões têm se limitado a realizar o trabalho de gestão dos conflitos entre os apenados durante a execução da pena. Em linhas gerais, admite-se a impossibilidade de universalidade dos serviços oferecidos pela prisão (acompanhamento psicológico, assistência social, educação e saúde) e foca-se na realização “do que dá para fazer”. (CNJ, 2020)

Nesse cenário caótico, travestis e transexuais, presas provisoriamente ou condenadas, são automaticamente lotadas em presídios masculinos, levando-se em conta exclusivamente seu sexo biológico para tal classificação. Com isso, ao chegarem nos presídios masculinos, com seus cabelos cortados, são obrigadas a usarem roupas



íntimas masculinas e são identificadas apenas pelo nome civil (LIMA; NASCIMENTO, 2014). Essas imposições, dentre diversas outras, submete transgêneros a grande sofrimento, pois tentam encaixá-las de maneira forçada a um sistema despreparado, que não abrange a diversidade e não respeita a identidade de gênero. O encarceramento de mulheres transgênero e travestis em unidades masculinas as condiciona a uma realidade degradante, que além dos graves problemas enfrentados pelos demais presos supramencionados, tem que se submeter a essas humilhações.

A inadequação das prisões brasileiras para a comunidade LGBTQIA+ é notória, em especial para travestis e transexuais, em função da incongruência de gêneros entre elas e os demais presos. Os diversos direitos e garantias fundamentais inerentes a todos os seres humanos e àqueles destinados aos presos ficam apenas no papel, pois a realidade de transgêneros no cárcere é completamente incompatível com o mínimo que lhes deveria ser garantido, tornando-se uma constante negativa de direitos (LIMA; NASCIMENTO, 2014).

Infelizmente, não existe dignidade para mulheres e travestis presas. São submetidas a todo tipo de humilhação em razão de seu gênero, sendo que abusos físicos, psicológicos e sexuais são relatos comuns entre elas (AGUIAR, 2018). Ante todas essas violações de direitos, são obrigadas a dividir cela com outros presos do gênero masculino e com isso sofrem abusos constantes, sendo eles físicos, psicológicos e sexuais. Quando chegam ao presídio, além de terem sua expressão de gênero desrespeitada, são tratadas por outros presos como “mulherzinhas”, sendo ridicularizadas, espancadas e principalmente estupradas. São alvo de violência também de agentes penitenciários e da direção da unidade, que em sua maioria são totalmente despreparados para atender as necessidades dessa população.

Importante mencionar que a respeito da saúde dessas pessoas, segundo Souza e Ferreira (2016), a maioria dos presídios brasileiros permanece sem acesso à hormonioterapia e sem cuidados específicos em relação a questão dos silicones – aplicados principalmente por travestis. Ainda de acordo com os autores, a falta de acesso a esses tratamentos, importantes para desenvolver o corpo feminino “afetam diretamente a autoestima e a autoimagem de transgêneros, além do que, o uso de colchões sob pedras de cimentos e os ataques transfóbicos que sofrem faz com que o



silicone industrial se desloque pelo corpo, provocando agravos à saúde e expressando também um certo tipo de tratamento degradante” (SOUZA; FERREIRA, 2016, p. 6).

Com isso, é possível afirmar que mulheres trans e travestis encarceradas são submetidas diariamente a tratamentos vexatórios e desumanos embora existam direitos que deveriam ser respeitados pelo poder público e pela sociedade (NUCCI, A., 2020). É notória a inadequação nas prisões brasileiras, pois essa população acaba perdendo-se no sistema carcerário. Por serem tratadas como indivíduo do gênero masculino assim como os demais, o levantamento de dados sobre mulheres trans e travestis nos presídios é extremamente difícil, acentuando sua vulnerabilidade e tornando difícil o reconhecimento dessas pessoas no sistema e a luta por seus direitos, como bem menciona o estudo “Não Existe Cadeia Humanizada!”, realizado pela ONG Somos e a ANTRA (2020, p. 6).

Em recente estudo realizado pelo Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, buscou-se elaborar, pela primeira vez, um “documento técnico contendo o diagnóstico nacional do tratamento penal de pessoas LGBT nas prisões do Brasil” (MMDFH, 2020). Esse documento realizou um mapeamento nacional, com visitas in loco e avaliação institucional dos principais estabelecimentos prisionais das cinco regiões brasileiras. Também realizou diagnósticos qualitativos, inclusive com pertinentes orientações ao poder público sobre o tratamento penal desses presos e presas.

Os Estados tem atuado pouco para melhorar a situação da população transgênero presa. Normalmente, o que tem sido feito, em alguns presídios do país, é a separação de presos LGBTQIA+ em uma ala própria. Segundo o levantamento de dados do Ministério (2020, p. 17), das 508 unidades prisionais que responderam à pesquisa, apenas 106 (todas masculinas), possuem espaço reservado a essa população, podendo ser alas ou celas. É um número extremamente baixo, que mostra a falta de atenção do poder público sobre a situação.

Ainda assim, um presídio possuir celas/alas para a custódia de LGBT não garante a anulação das violações de direitos às quais essa população está submetida. Porém, essa prática tem se mostrado, segundo o estudo mencionado (ONG Somos; ANTRA, 2020, p. 19), “uma tendência relativamente eficiente na redução mais imediata dessas vulnerabilidades”. Evidente que a situação ainda se encontra longe do ideal e a

superlotação, a falta de recursos, o despreparo dos agentes e da administração, somado ao preconceito, dificulta muito a melhora do tratamento penal de pessoas LGBTQIA+, principalmente quanto a mulheres trans e travestis, que são as que mais sofrem dentro desse sistema.

Atualmente, o Brasil conta com mais de 750 mil presos, porém com um déficit de mais de 230.000 vagas (SISDEPEN, 2020). Especificamente em relação aos presos LGBTQIA+, o reconhecimento da vulnerabilidade dessa população e a preocupação em atender suas necessidades é muito recente.

Com isso, é possível perceber que mulheres transexuais e travestis sofrem violações de direitos básicos, e o encarceramento acentua sua marginalização e seu sofrimento. Ante essa conjuntura, foi apenas recentemente, através desse levantamento de dados e pela luta de associações e ONGs defensoras de direitos LGBTQIA+, que o poder público começou a olhar para essas pessoas e tomar medidas básicas de enfrentamento à essas violações. No tópico seguinte, será tratado sobre algumas conquistas da população T no que concerne a execução penal no país.

4. DA RESOLUÇÃO CONJUNTA N. 1 DO CNJ À DECISÃO DO STF NA ADPF 527: OS PRIMEIROS PASSOS PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DA POPULAÇÃO TRANS ENCARCERADA

Após anos de violações de direitos e total invisibilidade frente ao poder público, no ano de 2014 foi publicada a Resolução Conjunta nº 1, assinada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT (CNCD/LGBT), determinando novas medidas para presas e presos do grupo LGBTQIA+. Esse documento preocupou-se principalmente quanto à violência e discriminação sofrida por essa população, baseando-se em outros documentos internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica e os Princípios de Yogyakarta. Nessa Resolução, foi determinado o respeito ao nome social, a liberdade de expressão de gênero, permitindo que mulheres trans e travestis utilizassem roupas femininas e tenham o cabelo na altura dos ombros, além de ficarem em alas separadas dos demais presos (CNPCP, 2014). A Resolução já indicava que mulheres transexuais deveriam cumprir pena em estabelecimentos prisionais femininos ao invés de



masculinos e ser dado tratamento isonômico a elas em relação às demais mulheres presas, mas isso não foi colocado em prática por nenhum presídio. As demais determinações foram cumpridas por apenas alguns estabelecimentos.

Entretanto, como aponta SOUZA e FERREIRA (2016, p. 6), “de pronto essa afirmação [tratamento isonômico entre mulheres trans e cis presas] já mostra a distância mais uma vez entre o texto legal e a vida material, uma vez que historicamente no Brasil as travestis e mulheres transexuais têm sido presas em presídios masculinos, nas alas dos homens que cometem crimes sexuais”.

Somente em 2018, com a determinação de transferência de duas travestis presas na Penitenciária de Presidente Prudente (SP) para um presídio feminino por ordem do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 152.491, com base na resolução mencionada, é que o cumprimento de pena por mulheres trans e travestis em estabelecimentos femininos começou a se tornar realidade.

A partir dessa decisão, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 527, em 2019. Na inicial, foi requerido em medida liminar a concessão do direito às mulheres transexuais optarem pelo cumprimento de pena em estabelecimento feminino ou masculino, sendo que neste último em ala separada que lhe garanta a segurança.

No mesmo ano, o Ministro Luís Roberto Barroso deferiu parcialmente a cautelar para determinar que transexuais femininas fossem transferidas para presídios femininos. Porém, em relação às travestis, considerou não estar claro o suficiente qual seria a melhor providência a ser tomada, por isso determinou o prosseguimento da instrução do feito.

Então, em 2020 a ABLGT veio aos autos trazendo documentos importantes e atuais sobre a situação de mulheres trans em cumprimento de pena no país, dentre eles o Relatório do MMFDH, já mencionado neste trabalho. A análise desses documentos demonstra ser mais adequado mulheres transgênero poderem cumprir pena em presídios femininos, caso assim desejem, pela questão de gênero e para minimizar risco de violência e abuso, mais comuns em presídios masculinos sem ala/cela separada.

Assim, a medida cautelar foi aplicada às mulheres transexuais e estendida à travestis, porque também são extremamente vulneráveis no sistema prisional sofrendo violência e abusos semelhantes às mulheres trans. Além disso, elas se identificam com



o gênero feminino, por isso geralmente se sentem mais confortáveis com roupas e acessórios femininos, cabelos compridos e portam-se de acordo com esse gênero, que é visivelmente diferente de pessoas que se identificam com o gênero masculino. Ser proibida ou ser ridicularizada por manifestar sua identidade de gênero é uma ofensa à dignidade da pessoa e causa imenso sofrimento, destruindo a saúde mental e a autoimagem das travestis e mulheres trans submetidas a um tratamento inadequado ao seu gênero (VIEIRA, 2017).

Como bem colocado por Barroso, “é dever dos Estados zelar pela não discriminação em razão da identidade de gênero e orientação sexual, bem como de adotar todas as providências necessárias para assegurar a integridade física e psíquica desses grupos quando encarcerados” (STF, 2021).

Embora garantido o direito de cumprir pena em estabelecimentos femininos, interessante ressaltar um ponto da decisão levado em conta pelo Ministro sobre a manutenção da possibilidade de cumprimento de pena em presídios masculinos, pois algumas mulheres trans ou travestis casam-se ou encontram um parceiro dentro do estabelecimento prisional e com isso conseguem ter um bom convívio e o mínimo de dignidade (STF, 2021). Outras encontram um serviço, muitas vezes considerado “feminino”, que lhes possibilita ter uma renda para comprar produtos de higiene, cigarros, etc, que normalmente são itens trazidos pela família. Entretanto, como já mencionado, a maioria da população T presa não possui nenhum tipo de suporte familiar e muitas vezes sequer recebe visitas.

Portanto, conceder o direito de escolha à travestis e transexuais garante o mínimo de dignidade para essas detentas, de grupo social tão marginalizado e estigmatizado pela sociedade. Independente de qual estabelecimento preferiram cumprir pena, se masculino ou feminino, devem ser alocadas em ala específica, separada dos demais presos ou presas, como garantia de segurança para todos e todas. Além disso, evidente que sua identidade de gênero deve ser respeitada por todos do estabelecimento prisional. Políticas públicas de conscientização e capacitação visando à evolução do tratamento penal da população LGBTQIA+ precisam ser realizadas para que essa evolução seja efetivada e mais direitos sejam realmente garantidos.

A decisão do STF é sem dúvida um marco para os direitos da população transgênero. Indubitavelmente que muito ainda precisa ser feito pelo Estado, mas também

é preciso reconhecer que a própria sociedade tem que acolher esses indivíduos e respeitá-los independente da identidade de gênero. Ainda há muito que melhorar em relação à execução penal de mulheres trans e travestis, como viabilizar o acesso ao tratamento hormonal dentro dos presídios, mas isso ainda se mostra uma realidade distante pela falta de recursos, de organização e a superlotação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Transexuais e travestis ainda sofrem com a marginalização desde muito cedo, algumas não obtendo apoio nem da própria família para sobreviver. Em razão disso, tem dificuldade para estudar e encontrar um emprego formal. Onde elas se encontrem, tem que enfrentar o preconceito e lutar por seus direitos, até os mais básicos, para levarem uma vida digna.

Quando encarceradas, transgêneros tem que enfrentar, além dos conhecidos problemas dos presídios brasileiros, os mais diversos tipos de violência que lhe custam a dignidade e a liberdade de se expressarem como são. Muitas acabam se perdendo dentro do sistema pelo desrespeito ao nome, pelo o acesso precário à saúde, por serem obrigadas a utilizar roupas e cortes de cabelo masculinos, dentre outras imposições abusivas tornam a pena degradante.

O presente artigo pretendeu demonstrar como pessoas transgênero sofrem ainda mais violações de direitos quando encarceradas do que os demais presos. Por isso, a sociedade e principalmente o poder público devem buscar soluções para diminuir esses abusos e garantir os direitos dessa população, dando-lhes dignidade e liberdade de manifestar sua identidade de gênero, inclusive no cárcere.

A decisão do STF que possibilitou às mulheres trans e travestis cumprirem pena em presídios femininos, caso assim o queiram, é um importante passo para esse grupo tão vulnerável no sistema carcerário brasileiro, mas deve ser apenas o começo. Através da educação e da tolerância toda a comunidade deve buscar a inclusão de pessoas trans, para que cada vez menos elas precisem recorrer às ruas como meio de vida, e possam ter oportunidades e tratamento igual à pessoas cis.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Louise. **Transgêneros, os invisíveis do cárcere: a anulação da liberdade e de direitos no RN**. Saiba Mais Agência de Reportagem, 2018. Disponível em: <<https://www.saibamais.jor.br/transgeneros-os-invisiveis-do-carcere-o-cumprimento-de-pena-para-os-trans-no-rn/>>, acesso em 29 abr. 2021.
- BENEVIDES, Bruna; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim (orgs.). **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021.
- BENEVIDES, Bruna (org.). **Não Existe Cadeia Humanizada! Estudo Sobre a População LGBTI+ em Privação de Liberdade**. Brasília: Distrito Drag, 2020.
- BOND, Letycia. Estudo revela precariedade em presídios e agressões contra detentos. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/estudo-revela-precariedade-em-presidios-e-agressoes-contradetentos>>, acesso em 21 abr. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 1984.
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento**. Governo Federal, 2020. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1216>>, acesso em 19 abr. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNPCCP). Resolução Conjunta nº 1, de 15 de abril de 2014. **Estabelece os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil**. Departamento Penitenciário Nacional, Governo Federal. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnccp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>>, acesso em 29 abr. 2021.
- DEPEN. **Relatório Anual de Ações do Governo**. Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/relatorio-de-acoes-do-governo/1.RelatorioanualDepenverao20.04.2020.pdf>>, acesso em 01 mai. 2021.

Depen lança dados do Sisdepen do primeiro semestre de 2020. **Governo Federal**, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-dados-do-sisdepen-do-primeiro-semester-de-2020#:~:text=O%20n%C3%BAmero%20total%20de%20presos,d%C3%A9ficit%20de%20vagas%20tamb%C3%A9m%20caiu>>, acesso em 01 mai. 2021.

LIMA, Heloisa Bezerra; NASCIMENTO, Victor Rodrigues do. **Transgeneridade e Cárcere: Diálogos Sobre Uma Criminologia Transfeminista**. Revista Transgressões – Ciências Criminais em Debate, Rio Grande do Norte, vol. 2, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6444>>, acesso em 25 abr. 2021.

NUCCI, Amanda Ferreira de Souza. **Execução penal e transexualidade**. 2020. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23018#preview-link0>>, acesso em 23 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Execução Penal**. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2020.

OMS retira transexualidade da lista de doenças e distúrbios mentais. **Governo Federal**, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/junho/organizacao-mundial-da-saude-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-e-disturbios-mentais>>, acesso em 03 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Yogyakarta, 2007. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>, acesso em 04 abr. 2021.

RONDAS, Lincoln de Oliveira; MACHADO, Lucília Regina de Souza. **Inserção profissional de travestis no mundo do trabalho: das estratégias pessoais às políticas de inclusão**. Pesquisas e Práticas Psicossociais, Minas Gerais, vol. 10, n. 1., jun. 2015. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-89082015000100016>, acesso em 23 abr. 2021.

STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527**, 2021. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Requerente: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Publicado no DJe de 18 mar. 2021. Brasília, 2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527decisao19mar.pdf>>, acesso em 01 mar. 2021.





SOUZA, Bruna Caldieraro de; FERREIRA, Guilherme Gomes. **Execução Penal e População de Travestis e Mulheres Transexuais: O Caso do Presídio Central de Porto Alegre**. Cadernos de Gênero e Diversidade, Bahia, vol. 2, n. 1, 2016. Disponível em:

<<https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/17629/13014>>, acesso em 20 abr. 2021.

Transexualidade não é transtorno mental, oficializa OMS. **Conselho Federal de Psicologia**, 2019. Disponível em: <

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Direito à Identidade de Gênero, Redesignações Identitárias e o Estatuto da Diversidade Sexual**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2017. Disponível em:

<[72](https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/287.pdf#:~:text=Travestis%2C%20transexuais%2C%20transg%C3%AAneros%20e%20intersexuais,morfol%C3%B3gico%20%C3%A0%20identidade%20de%20g%C3%AAnero>, acesso em 19 abr. 2021.</p></div><div data-bbox=)

CAPÍTULO V

DESINFORMAÇÃO E AÇÕES CONFLITANTES DA POLÍTICA CARCERÁRIA BRASILEIRA EM FUNÇÃO DA PANDEMIA

DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-5

Henrique Alexander Keske ¹
Claudine Freire Rodembusch ²

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS. Graduado em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Advogado.

² Doutora em Direito pela Universidade de Burgos-Espanha. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Pós-Graduada em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Advogada, Professora do Curso de Direito da Faculdade Estácio do RS e Bolsista do Programa Pesquisa Produtividade da Estácio.

RESUMO

No presente artigo, o objeto da pesquisa se volta a evidenciar as ações conflitantes da política carcerária brasileira, no que diz respeito ao enfrentamento da pandemia, gerando desinformação e a disseminação do contágio, como forma a mais de agressão, sofrida pela população de apenados, que vem se somar às contumazes violações aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, em presídios marcados ainda por insalubridade completa e superlotação exacerbada. A metodologia empregada parte da análise das dissonâncias entre as decisões dos órgãos do Estado, bem como de agentes públicos nas esferas Federal e Estadual envolvidos, diretamente, com a execução da política carcerária. Enquanto objetivo de pesquisa se trata das medidas protetivas empregadas aos apenados mantidos em reclusão, bem como da soltura de presos para se evitar que o perigo do contágio venha a causar rebeliões nas casas de detenção. Como resultado parcial, se mostra que o contágio veio deixar a descoberto as péssimas condições a que é submetida a população carcerária brasileira, para realizar o enfrentamento adequado dessa terrível mazela social, de cunho estrutural e histórico, do sistema prisional. Por fim, destaca-se o dado estatístico alarmante do aumento de homicídios sofridos por apenados libertados, pelo fato de se tornarem, eles próprios, vítimas de assassinatos, pelas disputas intestinas entre os grupos organizados do submundo do crime, como tráfico de drogas, pelo controle dos pontos de distribuição, o que demonstra que, no regime de reclusão, se mantinham protegidos, pelo Estado.

Palavras-chave: política carcerária brasileira; pandemia; conflitos dos órgãos do Estado; desinformação; agressões aos direitos humanos.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No caso em comento, ou seja, da política carcerária brasileira, em função da pandemia, a visão da realidade, ou dos fatos, eles mesmos, se torna comprometida por outro fator impactante, porque diz respeito a dissonâncias de ações entre os agentes públicos federativos, dado que a União, representada pelo Governo Federal passou a conflitar com medidas tomadas por Estados e Municípios, o que motivou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e decidida pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que:

Não compete ao Poder Executivo Federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais e no âmbito de seus territórios, adotaram ou venham a adotar importantes medidas restritivas que são reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS) e vários estudos técnicos científicos¹.

Ademais, em que pese três substituições de titulares do Ministério da Saúde que, como órgão central do Estado Brasileiro, vinha coordenando as ações de enfrentamento da pandemia, bem como promovendo as mais confiáveis informações acerca da disseminação do vírus; em dado momento, o terceiro Ministro, nomeado interinamente, passou a restringir o acesso a dados sobre a pandemia de Covid-19, retirando do ar o portal no qual o Ministério divulgava o número de mortos e contaminados. Além disso, quando retoma o fornecimento de informações, eis que este passou a apresentar apenas informações sobre os casos “novos”, ou seja, registrados no próprio dia. Desapareceram os números consolidados e o histórico da doença desde seu começo. Nesse sentido, deixaram de ser publicados, por data de notificação e por semana epidemiológica, tanto a curva de casos novos, quanto os casos acumulados, bem como os óbitos somados. Em resposta a essa decisão, estrutura-se um consórcio

¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal / 2020. ADPF 672. Ministro assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Portal STF Notícias. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075&ori>

de veículos de mídia que, juntos, decidiram formar uma parceria e trabalhar de forma colaborativa para buscar as informações necessárias nos 26 Estados da Federação e no Distrito Federal¹.

Tais circunstâncias, então, acabaram por produzir uma escolha metodológica, para dar conta do problema de pesquisa, no sentido de tratar da desinformação e de ações conflitantes da política carcerária brasileira, buscando as fontes oficiais, ou seja, dos órgãos que se manifestaram através de instrumentos normativos e/ou judiciais, bem como de informações fornecidas pelo consórcio de mídias, haja vista que muitos dos envolvidos nessas questões, desde integrantes do Poder Judiciário, como integrantes do Ministério Público, bem como de membros do Poder Executivo, acabaram por se manifestar através desses veículos de mídia.

2. AÇÕES CONFLITANTES DOS ÓRGÃOS DO ESTADO

Por conta de tais dissonâncias, então, cabe destacar que quanto aos dados específicos acerca da população carcerária vitimada pelo contágio do coronavírus, eis que se enfrenta uma barreira de silêncio ainda maior, pois mesmo os órgãos públicos encarregados da coleta das informações acabam por não mencionar a forma com que os dados foram coletados, nem os veículos de mídia os divulgam; e isso, da mesma forma, dificulta dessa maneira, as análises levadas a efeito. Nesse sentido, se observa um claro conflito entre a proteção da saúde e, logo, da vida dos apenados, com os temores e urgências das questões ligadas à segurança pública, notadamente quando, em função do não cumprimento das medidas protetivas recomendadas, se opta pela soltura dos presos. Ademais, muitas das recomendações ou, mesmo, das disposições normativas, podem não ter se efetivado, ou ainda, não se tornado efetivas de forma a cumprir com as finalidades protetivas, haja vista o quadro crônico, estrutural e histórico de descalabro experienciado pelo sistema carcerário brasileiro, notadamente caracterizado por superlotação e instalações insalubres.

O ponto de partida, então, para se tratar das ações tomadas pelo Estado Brasileiro para o enfrentamento da disseminação do covid-19 no sistema carcerário, diz

¹ Portal G1 / 2020. *Veículos de comunicação formam parceria para dar transparência a dados de Covid-19*. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/08/veiculos-de-comunicacao-formam-parceria-para-dar-transparencia-a-dados-de-covid-19.ghtml>

respeito à Recomendação nº 62, de 17.03.2020, exarada pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça, contendo instruções a serem seguidas por Tribunais e Magistrados, para adotarem medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Assim, no que impacta os objetivos perseguidos pelo presente artigo, convém, entre as inúmeras considerações ali apresentadas, apresentar a que refere aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos e liberdades fundamentais, focados, agora, em direção aos apenados, incluindo-se, também, os menores infratores, bem como a base constitucional e legal que esse instrumento orientador visa atender¹.

Já em 18.03.20, é publicada no Diário Oficial da União, a Portaria Interministerial nº 7, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do sistema prisional. Agora, sim, se estabelecem procedimentos normativos e dotados de obrigatoriedade, na competência própria do Poder Executivo, apesar de estabelecer ressalvas de atuação, em função de planos de contingências dos locais de situação e das circunstâncias específicas das casas prisionais. Pode-se considerar que tais medidas se revestiriam do caráter de complementares das orientações exaradas pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, embora a ressalva aos planos de contingência, em ambos os casos, possa, a princípio, respeitar as disparidades das situações das casas prisionais dispersas pelos vários entes federativos, mas pode, entretanto, abrir espaços para que tais medidas não fossem, efetivamente, cumpridas, ou não fossem satisfatoriamente cumpridas, em função de alegada escassez estrutural de condições para serem implantadas. Previamente, a Portaria diz que as determinações ali contidas estão de acordo com as orientações da Organização Mundial de Saúde, expedidas em 30.01.2020. Eis um resumo de tais disposições:

1. Sistema de saúde penitenciária deve identificar os sintomas e casos suspeitos, entre os já custodiados e entre os ingressantes nas casas prisionais;

¹ Brasil. Conselho Nacional de Justiça / 2020. *Resolução nº 62, de 17/03/20*. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>

2. Para tanto, estabelece grupos de risco, como idosos, pessoas com doenças crônicas, grávidas ou puérperas;
3. Depois de identificados, devem ser colocados em isolamento, se possível, guardadas as condições das casas prisionais; e através de outros procedimentos, quando não possível, além de seguir os protocolos de saúde, como higienização e uso de máscaras;
4. Tais medidas devem ser aplicadas para quaisquer pessoas que objetivem ingressar no estabelecimento prisional, como visitantes, advogados, servidores, voluntários, profissionais de saúde, terceirizados e outros colaboradores;
5. Encaminhamento dos casos confirmados aos serviços externos de saúde, de acordo com a gravidade do problema, sendo obrigatória sua notificação;
6. Redução ou suspensão de visitantes, de quaisquer naturezas¹.

Não se pode atestar, entretanto, se tais medidas puderam ser implementadas, ou não, e o ritmo em que puderam se efetivar, embora se deva destacar uma série de denúncias, publicadas por veículos de mídia, no sentido do avanço do covid-19, tanto entre os apenados, quanto entre os agentes carcerários e demais funcionários das casas prisionais, de forma que o aumento da contaminação vem a tornar ainda mais dramática a situação de todos os envolvidos nesse sistema, que já sofre com superlotação e instalações insalubres. Nesse sentido é a matéria assinada pelo jornalista investigativo Eduardo Gonçalves que, em publicação datada de 29.05.20, traz os números da quantificação do problema de acordo com o CNJ e do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, no que diz respeito à situação dos custodiados e, ainda da Federação Nacional Sindical dos Servidores Penitenciários, em relação aos servidores do sistema penitenciário; bem como relata a situação aflitiva de certas unidades prisionais, com constantes tumultos e o controle que, em determinadas alas, as próprias facções

¹ Brasil. Governo Federal / 2020. *Portaria interministerial nº 7, de 18 de março de 2020*. Diário Oficial das União. (53-B, Seção 1 – Extra, p. 1) <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-7-de-18-de-marco-de-2020-248641861>

vem exercendo, como forma de se opor ao contágio, em função da falta de medidas efetivas, por parte do Estado¹.

A seu turno, em matéria assinada por Marília Mundim, da Agência CNJ de Notícias, são publicadas informações relevantes acerca do avanço do covid-19 em caso de privação de liberdade, ao fornecer dados de levantamento das ocorrências no sistema prisional, por meio de seu monitoramento, como uma iniciativa do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), sendo o único em escala nacional que traz dados sobre contaminações e óbitos de servidores e dados sobre o sistema socioeducativo. Entretanto, além dessa informação de ser o único monitoramento em nível nacional, consta que esses dados foram levantados pelos Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (GMF) de Tribunais de Justiça. Nesta edição, subiu de oito para 17 o número de estados que detalharam dados sobre recursos disponíveis para o enfrentamento à pandemia em privação de liberdade, bem como no caso do sistema socioeducativo, há informações sobre 20 estados². De qualquer forma, não se dispõe de um levantamento de abrangência completa do problema.

Dessa forma, isto vem a confirmar a falta de uma orientação decisiva, por parte da União, ou, mais precisamente ainda, do Governo Federal, haja vista que, nunca é demais, então, ressaltar, que a decisão do Supremo Tribunal Federal, antes referida, foi provocada, justamente, porque os demais entes federados não estavam de acordo com as precárias medidas que, até então, haviam sido tomadas por iniciativa do Governo Federal que, se caracterizara, inclusive, por uma postura negacionista das reais dimensões do próprio contágio e de suas consequências. Justifica-se a desconfiança, nesse sentido, em função do histórico enfrentado pelo sistema prisional que apresenta sérios precedentes quanto ao descumprimento de oferta de instalações adequadas, de

¹ Gonçalves, E. / 2020. *Covid-19 avança entre presos e agentes e espalha tensão nos presídios*. Veja. <https://veja.abril.com.br/brasil/covid-19-avanca-entre-presos-e-agentes-e-espalha-tensao-nos-presidios/>

² Brasil. Conselho Nacional de Justiça / 2020. *Contaminações por Covid-19 no sistema prisional ultrapassam 10 mil casos*. Agência CNJ de Notícias. <https://www.cnj.jus.br/contaminacoes-por-covid-19-no-sistema-prisional-ultrapassam-10-mil-casos/>



forma que, agora, de uma hora para outra, não se veria em condições de, efetivamente, cumprir com tais medidas sanitárias.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto à situação prisional do país, a seu turno, o Presidente da Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, Paulo Paim, assim se posicionou:

O Brasil tem hoje 770 mil presos "depositados" em ambientes superlotados e insalubres, incompatíveis com a quarentena, o que resulta num "canteiro fértil para a propagação do coronavírus". É desumano manter servidores e presidiários confinados em um local sem nenhuma segurança, "só aguardando a hora da contaminação em massa"¹.

Outro dos aspectos do problema em comento e que corrobora com os objetivos perseguidos no presente artigo, diz respeito à medida adotada pelo sistema carcerário, no sentido da soltura dos presos, uma vez que as medidas sanitárias não foram aplicadas de forma adequada, nem puderam minimizar os efeitos do contágio. Nesse sentido, se posiciona Humberto Trezzi, que, como jornalista investigativo do Grupo RBS de Comunicações, através do Jornal Zero Hora, finaliza sua matéria acerca da disparidade de números, quanto à soltura de presos, fornecidos pelo CNJ e informados pelo Ministério Público, afirmando que não havia conseguido obter um número mais preciso, por parte da Administração Penitenciária, pois o levantamento não havia sido concluído. Por sua vez, tais solturas obtiveram a concordância do Ministério Público, não ocorrendo, portanto, de forma indiscriminada. Já o Ministério Público se embasou na liberação maciça de presos após o advento da pandemia, mesmo que não tenham citado expressamente a recomendação do CNJ².

Ao se pronunciar sobre a questão da soltura dos apenados, Ranolfo Vieira Júnior, como Secretário de Segurança Pública/RS, traz outro dado alarmante acerca dessa circunstância, ao declarar que:

¹ Brasil. Conselho Nacional de Justiça / 2020. *Contaminações por Covid-19 no sistema prisional ultrapassam 10 mil casos*. Agência CNJ de Notícias. <https://www.cnj.jus.br/contaminacoes-por-covid-19-no-sistema-prisional-ultrapassam-10-mil-casos/>

² Trezzi, H. / 2020. *Justiça e MP exibem números diferentes de soltura de presos*. GZH. <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2020/03/justica-e-mp-exibem-numeros-diferentes-de-soltura-de-presos-ck8fzl7wb001o01o58ab9lb76.html>



As mortes de presos soltos têm relação com as disputas do "submundo do crime". Isso aponta para um outro dado, também objetivo, que esses indivíduos estão mais protegidos do ponto de vista de serem vítimas de homicídio dentro do sistema penitenciário do que na rua. A saída dos criminosos muitas vezes, mobiliza rivalidades entre grupos, abre disputas na hierarquia dos bandos e desencadeia ataques encomendados para acerto de contas¹.

Eis, portanto, alguns questionamentos acerca da trágica situação dos apenados do sistema prisional brasileiro, em função da pandemia, dado que, uma vez custodiados, permanecem expostos ao contágio e, uma vez soltos, têm que enfrentar o esgotamento dos serviços gerais de saúde e a violência do crime organizado. Tais situações, então, nos levam a refletir sobre o pior dos cenários a se abater sobre os apenados do sistema prisional, a quem se devem assegurar os mesmos direitos humanos fundamentais e a mesma intrínseca dignidade da pessoa humana, como valores máximos insculpidos no ordenamento. Isto se torna ainda pior quando os agentes públicos, como órgãos do Estado, em diversos níveis, passam a divergir quanto às medidas a tomar nos casos que se apresentam em tais circunstâncias desafiadoras.

4. REFERÊNCIAS

- Brasil. Conselho Nacional de Justiça / 2020. *Resolução nº 62, de 17/03/20*. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça / 2020. *Contaminações por Covid-19 no sistema prisional ultrapassam 10 mil casos*. Agência CNJ de Notícias. <https://www.cnj.jus.br/contaminacoes-por-covid-19-no-sistema-prisional-ultrapassam-10-mil-casos/>
- Brasil. Governo Federal / 2020. *Portaria interministerial nº 7, de 18 de março de 2020*. Diário Oficial das União. (53-B, Seção 1 – Extra, p. 1) <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-7-de-18-de-marco-de-2020-248641861>

¹ Vieira Jr., R. In Vasconcellos, H. / 2020. *RS: 13,9% das vítimas de homicídios em abril eram presos soltos por covid*. Portal Uol. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/05/14/rs-139-dos-assassinatos-de-abril-foram-de-presos-soltos-por-coronavirus.htm>



Brasil. Supremo Tribunal Federal / 2020. *ADPF 672. Ministro assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia.* Rel. Min. Alexandre de Moraes. Portal STF Notícias. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075&ori>

Gonçalves, E. / 2020. *Covid-19 avança entre presos e agentes e espalha tensão nos presídios.* Veja. <https://veja.abril.com.br/brasil/covid-19-avanca-entre-presos-e-agentes-e-espalha-tensao-nos-presidios/>

Portal G1 / 2020. *Veículos de comunicação formam parceria para dar transparência a dados de Covid-19.* <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/08/veiculos-de-comunicacao-formam-parceria-para-dar-transparencia-a-dados-de-covid-19.ghtml>

Trezzi, H. / 2020. *Justiça e MP exibem números diferentes de soltura de presos.* GZH. <https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2020/03/justica-e-mp-exibem-numeros-diferentes-de-soltura-de-presos-ck8fzl7wb001o01o58ab9lb76.html>

Vasconcellos, H. / 2020. *RS: 13,9% das vítimas de homicídios em abril eram presos soltos por covid.* Portal Uol. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/05/14/rs-139-dos-assassinatos-de-abril-foram-de-presos-soltos-por-coronavirus.htm>

CAPÍTULO VI

ANÁLISE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE IR E VIR NA PANDEMIA DA *CORONAVIRUS DISEASE-19*

DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-6

José Genival de Souza Júnior ¹

¹ Especialista em Direito Constitucional. Faculdade Orígenes Lessa-SP

RESUMO

A pandemia causada pela *Coronavirus Disease 19* (COVID-19) obrigou o governo a aplicar medidas drásticas, como isolamento social, quarentena e barreiras sanitárias. Contudo, tais ações, sobretudo a de isolamento social e a quarentena, disciplinadas no Brasil pela Lei nº 13.979/2020, interferem diretamente no Direito Constitucional de ir e vir. Diante disso, o presente trabalho tem por objetivo investigar se as medidas adotadas para o enfrentamento da COVID-19 ferem esse direito constitucional. Para tanto, adotou-se como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica e documental, e em relação ao método, o hipotético-dedutivo. Constatou-se que as medidas adotadas pelo poder público, para contenção da pandemia, não ofendem o direito constitucional de ir e vir, porquanto não há direito que seja absoluto, podendo ser relativizado em casos excepcionais, que exijam tal medida. Ademais, os princípios, preceitos, garantias e regras constitucionais devem conviver harmonicamente entre si, sem prevalência de nenhum sobre os demais, de modo que o direito de ir e vir deve compartilhar da mesma proteção conferida a inviolabilidade do direito à vida e a saúde, pois todos gozam da mesma importância jurídica.

Palavras-chave: Coronavírus, Direito Constitucional, Distanciamento Social.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, o mundo enfrenta uma pandemia, decorrente de um vírus que, segundo Garcia e Duarte (2020, p. 1) “foi detectada em Wuhan, China, em dezembro de 2019”, e rapidamente se espalhou para o mundo todo. O vírus em questão, que ficou conhecido como Coronavírus, conforme Belasco e Fonseca (2020, p. 1), trata-se de “RNA vírus envelopados, comumente encontrados em humanos, outros mamíferos e aves, capazes de causar doenças respiratórias, entéricas, hepáticas e neurológicas”, e teria infectado os seres humanos após o consumo de iguarias chinesas, como o morcego e o pagolim. Até onde se sabe, é transmitido através do contato com a saliva ou secreções humanas contaminadas, propagadas pela tosse, espirro e contato com superfícies eivadas com o COVID-19.

A vertiginosa propagação do Coronavírus forçou os governos do mundo todo a envidar esforços a fim de contê-lo, pois, conforme Garcia e Duarte (2020, p. 1) “com o crescimento no número de casos, óbitos e países afetados, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o evento constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)”. Após essa declaração, foram adotadas medidas drásticas como isolamento social e barreiras sanitárias, para reprimir o seu avanço.

No cenário nacional, já foram contabilizados quase 5 milhões de casos, incluindo os confirmados e os óbitos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). Diante desse quadro periclitante, a Organização Mundial da Saúde vem orientando os países, no sentido de manter o isolamento social e a quarentena, medidas disciplinadas no Brasil pela a Lei nº 13.979/2020.

As referidas medidas, no entanto, interferem diretamente no direito fundamental de ir e vir, também denominado de liberdade de locomoção, conforme Art. 5º, XV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o qual preconiza, “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988).

Neste sentido, buscou-se responder a seguinte indagação: as medidas adotadas para o enfrentamento da pandemia uma ofensa ao direito constitucional de ir e vir? Assim, este impasse, o presente estudo pretende investigar se as medidas adotadas para



o enfrentamento do COVID-19 representam uma afronta ao direito constitucional de ir e vir.

A escolha do tema se justifica em razão da importância que os direitos fundamentais representam para qualquer ordem jurídica, como garantia individual contra o arbítrio, e como limitação do poder estatal sobre os indivíduos, pois, conforme José Afonso da Silva (2014, p.98) tais direitos “são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”. Neste sentido, torna-se imprescindível esclarecer se as normas voltadas ao combate da COVID-19 ferem o direito constitucional de ir e vir, pois qualquer contumélia a esse direito seria, em última análise, um atentado à Carta Magna.

No que concerne a metodologia, adotou-se uma abordagem de natureza qualitativa, na qual é possível compreender os eventos ora analisados, bem como relacionar suas variáveis. A presente investigação pode ser classificada como exploratória, cujo propósito consiste em explicar as reais características dos tópicos estudados (GIL, 2008).

Já em relação ao procedimento metodológico, adotar-se-á a pesquisa bibliográfica e documental, pois a aquisição dos resultados se fará embasado em materiais publicados não só em livros, artigos, revistas, e periódicos, mas também nos textos de jurídicos. Por fim, será utilizado, no que tange ao método, o hipotético-dedutivo, através do qual será possível examinar as hipóteses inicialmente formuladas, confirmando as verdadeiras e descartando as falsas (GERHARDT; SILVEIRA, 2009).

Com vistas a proporcionar a correta compreensão desta discussão, o presente trabalho será dividido em três seções. A primeira abordará as noções propedêuticas ao Direito Constitucional de ir e vir, sua evolução e tratamento legal. Posteriormente, são discutidas as questões pertinentes a pandemia do COVID-19, no que concerne seu surgimento e suas propriedades terminológicas. Por fim, enfrentar-se-á a situação do direito de ir vir durante a pandemia, seus reflexos e consequências sociojurídicas.

2. REVISÃO DA LITERATURA

2.1. DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE IR E VIR

O direito de ir e vir, também conhecido como Liberdade de Locomoção ou Liberdade de Circulação, por Silva (2014), encontra-se devidamente preconizado no Art. 5^a, XV, da Constituição Federal de 1988: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988).

Como direito fundamental de primeira dimensão, que segundo Alexandre de Moraes (2017, p. 44) “são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta”, do qual goza todos os indivíduos, pode ser entendido como a faculdade outorgada constitucionalmente pelo ordenamento jurídico ao cidadão, para que ele possa locomover-se livremente dentro do território nacional em tempos de paz, sem sofrer nenhuma perturbação ao seu direito de ir, vir, ficar ou ainda permanecer em quaisquer lugares do território nacional, com ou sem seus bens. Nesse sentido, certa e lúcida é a preleção de que:

A liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer, sem necessidade de autorização. Significa que podem todos locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção, dizia Sampaio Dória no regime da constituição de 1946. Temos aí a noção essencial de liberdade de locomoção: poder que todos têm de coordenar e dirigir suas vidas e de dispor dos seu tempo, como bem lhes parecer em princípio, cumprindo-lhes, entretanto, respeitar as medidas impostas pela lei, no interesse comum e abster-se de atos lesivos dos direitos de outrem. (SILVA, 2014, p. 240)

Historicamente, a liberdade de locomoção como direito fundamental foi positivada pela primeira vez na Magna Carta de 1215, assinada na Inglaterra pelo rei João Sem Terra, em estrita obediência aos barões da respectiva região (COMPARATO, 1999). A partir desse momento, surgiu, ainda que de forma bastante incipiente, o que

conhecemos hoje como direito de ir e vir, o qual sofreu diversas modificações ao longo do tempo, até alcançar o seu estágio atual.

Posteriormente, o supramencionado direito difundiu-se pela maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, sobretudo, após a forte influência que sofreu de dois movimentos históricos fundamentais, quais sejam: a Revolução francesa e o Iluminismo (TOSI, 2004). Já em 1948, foi alçado ao patamar de Direito Humano Universal, quando passou a figurar na Declaração Universal dos Direitos Humanos, respectivamente em seu Art. 13, que reza, *ipsis litteris*: “1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

No Brasil, o direito de ir e vir sempre esteve presente, com maior ou menor intensidade, desde a primeira Carta Constitucional, outorgada por Dom Pedro I em 25 de março de 1824. No entanto, foi com a constituição de 1934 que a liberdade de locomoção encontrou previsão expressa. Já em 1937, com o advento do Estado Novo, o direito de ir e vir sofreu um enorme retrocesso, pois, foi decretado o estado de guerra, no qual a liberdade de locomoção deixou de vigorar (BRASIL, 2016).

Com o ocaso do Estado Novo e a paulatina redemocratização do país, surgiu a quinta constituição brasileira, promulgada em 1946, garantindo o direito de ir e vir em sua plenitude. Contudo, em 1964, durante o regime militar, a liberdade de locomoção restou novamente prejudicada, uma vez que a constituição de 1967, junto com o Ato Institucional Número 5 (AI 5), esvaziou esse direito do ordenamento jurídico pátrio, estabelecendo a ilegalidade das reuniões sem consentimento prévio do estado e decretando os toques de recolher por todo o país (SILVA, 2014). Assim, de acordo com o próprio AI 5:

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: [...] IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado, § 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados (BRASIL, 1968).



De acordo com Araújo, Silva e Santos (2013), após a derrocada do Regime Militar, sobretudo no que concerne as liberdades individuais, foi criada, depois de um intenso clamor popular emanado do movimento Diretas Já, uma assembleia nacional constituinte com o desiderato de promulgar uma nova constituição, condizente com os novos valores sociais, pois, conforme Silva (2014, p. 85):

No início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.

E assim aconteceu, em 1988 surgia a atual Constituição, que adotou um viés claramente democrático e inclusivo, de total respeito aos direitos e liberdades individuais. É conveniente salientar que o direito de ir e vir são uma garantia fundamental, cuja legitimidade ativa é atribuída a todos os cidadãos brasileiros, sem distinção, inclusive aos estrangeiros residentes no país. Assim, para Moraes (2017, p. 116) “a destinação constitucional do direito à livre locomoção abrange tanto os brasileiros quanto os estrangeiros, sejam ou não residentes no território nacional”. Portanto, qualquer ofensa injustificada ou limitação arbitrária dessa garantia constitui uma grave afronta a própria Carta Magna.

Cabe consignar ainda que nenhum direito fundamental é absoluto, de modo que não é diferente com a liberdade de locomoção, a qual pode ser relativizada e até tolhida em diversas situações previstas na própria constituição. A primeira hipótese que autoriza a privação do direito de ir e vir é a decretação do Estado de Sítio por parte do poder executivo, o qual, conforme o Art. 139, incisos I e IV da Constituição Federal, pode proceder no sentido de forçar a “obrigação de permanência em localidade determinada”, bem como “a suspensão da liberdade de reunião”. Assim, é inevitável a conclusão de que o direito de ir e vir só pode ser exercitado livremente em tempos de paz, consoante a inteligência do próprio Art. 5º, XV da CF/88 (BRASIL, 1988).

A segunda situação que confere ao Estado o poder de relativizar o direito de ir e vir é a que decorre de decisão judicial, mediante a qual o poder judiciário pode, obedecido o devido processo legal e o Art. 93, IX da CF/88, privar o indivíduo de sua



liberdade de locomoção, restringindo sua circulação ao âmbito de unidades prisionais (BRASIL, 1988). Por fim, é importante ressaltar que o direito à liberdade de locomoção é garantido apenas para os espaços públicos, podendo ser restringido livremente aos espaços privados, segundo o critério do proprietário, que não pode sofrer nenhum atentado ao seu direito de propriedade ou ao seu imóvel.

No caso de ameaça à liberdade de locomoção, o instrumento hábil a defendê-la é o *Habeas Corpus*, que se trata de uma ação judicial cujo escopo precípuo consiste em defender a liberdade de locomoção contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública. O *Habeas Corpus* figura entre os denominados “remédios constitucionais”, e encontra guarida na própria Constituição, que em seu Art. 5º, XVIII, preconiza: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988). Ainda sobre esta espécie de remédio constitucional, vale ressaltar:

O *habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar. (MORAIS, 2017, p. 115)

Mediante os argumentos apresentados, compreende-se que o direito de ir e vir é um direito fundamental que decorre da própria natureza humana e, conforme a lição de Ferreira Filho (2012, p. 226) “é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais [...] sendo aquela cuja perda mais ostensiva aparece, foi talvez de todas as liberdades a mais cedo defendida”. Este direito passou por uma longa evolução histórica e jurídica desde o seu surgimento, devendo ser respeitado em sua plenitude, pois qualquer ofensa injustificada a ele é, em última análise, uma contumélia irremissível ao próprio arcabouço constitucional.

Portanto, o direito de ir e vir, durante a pandemia, pode sofrer, potencialmente, uma violação, fruto das medidas sanitárias adotadas para sua contenção. Cumpre, pois, para um correto entendimento e interpretação dessa questão, discorrer acerca do Coronavírus, com ênfase à sua origem e evolução.

2.2. A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID – 19)

Desde os tempos mais remotos, a humanidade é assolada por diversas enfermidades, algumas das quais se disseminam de uma forma rápida e descontrolada, culminando na morte de um número considerável de pessoas. Segundo Belasco e Fonseca (2020) “doenças infecciosas emergentes e reemergentes são constantes desafios para a saúde pública mundial”.

Dentre essas enfermidades, destacam-se as pandemias, entendidas pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ, 2020) como “[...] a disseminação mundial de uma nova doença”. Esse termo entra em uso quando uma **epidemia** que afeta uma região se espalha pelos continentes, ocasionando uma transmissão efetiva a partir do contato físico entre as pessoas.

As pandemias se tornaram cada vez mais recorrentes, em razão da globalização e da facilidade no transporte tanto de cargas quanto de pessoas ao redor do mundo (CATAIA, 2020). Historicamente, um dos casos mais conhecidos foi a Peste Negra, que surgiu durante a Idade Média, por volta do ano de 1348, e aniquilou uma grande parte da população europeia.

Outra pandemia com alto grau de mortalidade foi a gripe espanhola, que entre os anos de 1918 e 1920 acometeu cerca de um quarto da população da época, estimada mais ou menos em 50 milhões de pessoas. Recentemente, foram ainda registradas duas importantes pandemias, a gripe aviária e a gripe suína (SANTOS *et al.*, 2020).

Atualmente, o mundo enfrenta uma nova pandemia, denominada Coronavírus, ou simplesmente COVID-19, a qual vem causando temor e transtornos socioeconômicos em todo globo terrestre. Conforme Garcia e Duarte (2020, p. 1) “a COVID-19 foi detectada em Wuhan, China, em dezembro de 2019”, mais precisamente no mercado de frutos do mar e animais silvestres desta cidade.

Após está fatídica descoberta, o Coronavírus vem se espalhando por todos os continentes, forçando os governos a envidar esforços a fim de contê-lo, utilizando, inclusive, medidas drásticas como isolamento social e barreiras sanitárias, para conter o seu avanço.

Por ora, conjetura-se que o Coronavírus apresenta como hospedeiro determinadas espécies de morcegos, bem como o pagolim, que são animais consumidos

como iguarias na China. Essa doença, apresenta uma taxa de transmissibilidade considerável, e, acontece pelas vias respiratórias ou mucosas (BELASCO; FONSECA, 2020).

Estima-se que desde o seu surgimento, a COVID-19 já soma quase 30 milhões de pessoas contaminadas em todo mundo, incluídos os óbitos e os casos recuperados. No Brasil, já contabilizava, até o dia 14/09/2020, 4.345.610 casos. Esse número preocupa tanto a população quanto as autoridades públicas, principalmente porque não há até a presente data, nenhuma vacina ou tratamento específico para combater a pandemia (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Neste diapasão, recomenda-se a utilização de máscaras e álcool em gel, bem como abster-se de aglomerações e manter o isolamento social, relativizando-o apenas quando estritamente necessário, e sempre com a utilização regular dos Equipamentos de Proteção Individual supramencionados.

No presente momento, é seguro concluir que o cenário mundial é de temor e incerteza quanto ao futuro, e, a cada dia aumenta a expectativa pela descoberta de um tratamento definitivo para o COVID-19. Porém, a solução mais sensata consiste em seguir todas as orientações e normas sanitárias, inclusive as de isolamento social, com a finalidade de evitar o colapso do sistema de saúde e o perecimento da população.

2.3. O DIREITO DE IR E VIR DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

A pandemia do Coronavírus trouxe consigo um temor generalizado de contágio, culminando na decretação de uma série de medidas para evitar sua proliferação, dentre as quais se destaca a Lei nº 13.979/2020, que passou a disciplinar o isolamento social, a quarentena e a restrição na liberdade individual de transitar livremente pelas vias públicas, parques, praças e academias (BRASIL, 2020).

Neste sentido, e sabendo que a Constituição Federal assegura a liberdade de locomoção como direito fundamental, no seu Art. 5, XV, cabe questionar se essas medidas de contenção da pandemia representam uma afronta ao direito de ir e vir, uma vez que restringem a liberdade individual de livre locomoção.

A resposta não é pacífica nem unânime, havendo dissonâncias quanto a essa celeuma. De um lado figuram aqueles que defendem a constitucionalidade da medida, alegando que ao mesmo tempo em que a CF/88 garante o direito de ir e vir, também assegura o direito à vida e a saúde, de modo que essas medidas de limitação da



liberdade seriam adequadas, necessárias e proporcionais para o enfrentamento da grave situação que se instalou após a deflagração do COVID-19 (SCHOLTZE, 2020).

Do outro lado, em sentido diametralmente oposto, está a parcela que propugna serem flagrantemente inconstitucionais essas medidas, porquanto limita um direito fundamental de suma importância, qual seja: o direito de ir e vir, e que isso só poderia ser feito durante a decretação do Estado de Sítio, previsto no Art. 137 da CF/1988, no qual a liberdade de locomoção e de reunião pode ser relativizada (BRASIL, 1988; SCHOLTZE, 2020).

Ambas as correntes de pensamento devem ser consideradas. A primeira, que advoga serem plenamente constitucionais as diretivas adotadas para contenção da pandemia, como o isolamento social e as barreiras sanitárias, o faz embasado na ideia de que nenhum direito fundamental é absoluto, e neste caso, o direito de ir e vir também não seriam. Este entendimento encontra-se perfeitamente alinhado a teoria dos direitos fundamentais, pois, realmente, nenhum direito é absoluto, podendo ser relativizado em várias situações, sem, no entanto, deixar de existir. Nesse sentido, destaca Costa (2020, s. p.):

Como todo direito fundamental, o direito de locomoção não é absoluto e a própria Constituição Federal em outros artigos prevê a limitação desse Poder como, por exemplo, na esfera cível e penal. Na esfera penal, temos no mesmo art. 5º, LXI, o flagrante delito e na esfera tributária o artigo 150, V, da CF que limita o tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais e intermunicipais. Há ainda, os artigos 137, 138 e 139 da CF, que permite durante a decretação do Estado de Sítio a medida de obrigação de permanência em localidade determinada, por exemplo.

Logo, entende-se que a própria Constituição Federal de 1988, ao assegurar vários direitos no caput do Art. 5º, estabelece a ressalva de que a lei poderá estabelecer limitações e formas de exercício desses mesmos direitos. Da mesma maneira, a lei autoriza limitações ao direito de ir e vir, conforme é possível inferir da inteligência do artigo XV da CF/88, que preconiza: “XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988).

Outro argumento usado pela corrente que defende a legalidade das medidas sanitárias adotadas durante a pandemia do Coronavírus é que a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que resguarda o direito de ir e vir, também o faz com o direito à vida, devendo os dois, portanto, conviverem harmonicamente.

O caput do Art. 5º reza: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988). Por conseguinte, percebe-se que ambos, tanto o direito de ir e vir quanto o direito à vida é direitos fundamentais, que devem ser assegurados com a mesma intensidade. Além de garantir o direito à vida, também é resguardo o direito à saúde, conforme o 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 (BRASIL, 1988).

Neste caso, o direito à saúde deve ser interpretado sob duas dimensões: uma como direito subjetivo de todos, e outra como dever do Estado. Dessa forma, infere-se que o direito de ir e vir deve conviver com diversos outros direitos e princípios constitucionais, os quais guardam a mesma escala de valoração normativa que ele.

A propósito, nestes casos, onde se encontram presentes potenciais conflitos entre direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e à liberdade de locomoção, a jurisprudência nacional vem aplicando a regra da proporcionalidade. De acordo com essa teoria, sempre que houver um conflito entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais, deve-se proceder a uma ponderação entre eles, na qual deverão ser observados determinados requisitos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008).

Para o caso em análise, consiste em analisar se as medidas sanitárias adotadas para a contenção da pandemia são adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. A medida orientada pela Organização Mundial da Saúde correspondente a quarentena e ao isolamento social, por ter um caráter segregativo entre pessoas, e,



assim, reduzir o risco de proliferação da doença, cumpre necessariamente o primeiro requisito da regra da proporcionalidade, qual seja, o da adequação.

No mesmo sentido, verifica-se que não há nenhuma outra medida eficaz e menos invasiva que possa ser utilizada como sucedâneo da quarentena e do isolamento social, o que torna essas medidas extremamente necessárias, fazendo-as assim, cumprir o segundo requisito da regra supramencionada, o que diz respeito a necessidade.

Por fim, cabe indagar se tais medidas são proporcionais em sentido estrito, ou seja, se não há excessos na sua aplicação, que suscitem uma insuportabilidade na harmonia com outros princípios ou direitos fundamentais. Ao encontro desta discussão, Nobre e Aguiar (2020) relatam que as medidas não ocasionaram a suspensão dos serviços essenciais, estão sob controle jurídico e foram instituídas mediante subsídio científico, atendendo ao requisito de proporcionalidade.

De encontro aos argumentos apresentados, situa-se a corrente que defende a inconstitucionalidade das providências tomadas para restrição do avanço da pandemia. Os séquitos dessa forma de pensamento propugnam sua posição com supedâneo no Art. 137 e seguintes da Constituição Federal de 1988, que admitem a limitação da liberdade de locomoção, apenas e tão somente, durante a decretação do Estado de Sítio pelo chefe do poder Executivo Federal (BRASIL, 1988).

O Estado de Sítio, nesse sentido, assim como o Estado de Defesa, é uma medida excepcional, adotada pelo Estado, que fica autorizado a utilizar seu poder repressivo para restaurar a ordem em momentos de anormalidade constitucional, havendo, inclusive, a plena possibilidade de limitação de direitos e garantias fundamentais, a exemplo do direito de ir e vir, em lugar e tempo específicos, sempre com o fito de reestabelecer o *status quo ante*, e a normalidade constitucional. Assim é a inteligência do supramencionado artigo 137, que preconiza:

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (BRASIL, 1988).

Em conjunto com essa previsão legal, vem o artigo 139, que afirma:

Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; [...] IV - suspensão da liberdade de reunião (BRASIL, 1988).

Portanto, são esses os dispositivos legais que embasam o entendimento daqueles que defendem serem inconstitucionais as medidas adotadas para a contenção da pandemia do Coronavírus, por não estarem elas previstas explicitamente em nenhum mandamento constitucional.

3. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou avaliar se há uma contumélia ao direito de ir e vir, decorrente da utilização de medidas que limitam a locomoção dos indivíduos durante a pandemia do COVID-19. Em termos específicos, buscou-se tanto analisar a garantia fundamental de ir e vir sob a perspectiva do direito constitucional, quanto proceder a uma investigação no que concerne o conceito de pandemia e suas respectivas nuances.

Em relação à hipótese conjecturada inicialmente, após devidamente testada durante o desenvolvimento da pesquisa, restou-se, ao final, confirmada. Assim, é seguro concluir que as medidas adotadas pelo poder público para são consistentes e não ofendem o direito constitucional, assegurado no Art.5º, XV da CF1988. Porquanto, não há direito que seja absoluto, podendo ser relativizados, em casos excepcionais que exijam tal medida, a exemplo de uma pandemia.

Ademais, os princípios, preceitos, garantias e regras constitucionais devem conviver harmonicamente entre si, sem prevalência de nenhum sobre os demais, de modo que o direito de ir e vir deve compartilhar da mesma proteção conferida a inviolabilidade do direito à vida e a saúde, pois todos gozam da mesma importância jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAUJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel; SANTOS, Desirree. **Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho**. 1Ed. Rio de Janeiro: Ponteio, 2013.
- BELASCO, Angélica Gonçalves Silva; FONSECA, Cassiane Dezoti da. **Coronavirus 2020. Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 73, n. 2, 2020.
- BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm> Acesso em: 22 nov. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.
- BRASIL. **Memória da Administração Pública Brasileira**. 2016. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/305-constituicao-de-1824>>. Acesso em: 21 set. 2020.
- CATAIA, Márcio. Civilização na encruzilhada: globalização perversa, desigualdades socioespaciais e pandemia. **Revista Tamoios**, v. 16, n. 1, 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA, Marília F. Diniz. **A restrição do direito de locomoção frente à pandemia do Covid-19**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81946/a-restricao-do-direito-de-locomocao-frente-a-pandemia-do-covid-19>>. Acesso em: 21 set. 2020.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **O que é uma pandemia**. 2020. Disponível em: <<https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia#:~:text=Segundo%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%2C%20pandemia%20%C3%A9,sustentada%20de%20pessoa%20para%20pessoa.>>>. Acesso em: 21 set. 2020.
- GARCIA, Leila Posenato; DUARTE, Elisete. Intervenções não farmacológicas para o enfrentamento à epidemia da COVID-19 no Brasil. **Epidemiologia e serviços de saúde**, vol. 29, n. 2, 2020.
- GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Plageder, 2009.

- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel Coronavírus**. 2020. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 21 set. 2020.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2017.
- NOBRE, Emily Solon Marquinho; AGUIAR, Simone Coêlho. Lei nº 13.979/2020 e o regime emergencial da dispensa de licitação do coronavírus. **Revista Controle-Doutrina e Artigos**, v. 18, n. 2, p. 77-108, 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. disponível em: <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.
- SANTOS, Vivianni Marques Leite; SANTOS JÚNIOR, José Edilson; HULLER, Keylha Santana; CARDOZO, Júlia Maciela Oliveira de Tassis Frasson. Estudo da Correlação entre os Indicadores a partir de Estudos Prospectivos do Coronavírus, H1N1, H5N1, H2N2, H3N2 e Zika. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 576, 2020.
- SCHOLTZE, Sandra Barbosados Santos. Direitos e deveres do Estado e da população devido a pandemia do coronavírus. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, v. 5, p. e24558-e24558, 2020.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos: história, teoria e prática**. João Pessoa: Editora UFPB, 2004.

CAPÍTULO VII

ANÁLISE INSTITUCIONAL COMPARADA DAS ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-7

Érica Rios de Carvalho ¹

¹ Mestra e Doutora em Políticas Sociais e Cidadania (Universidade Católica do Salvador- UCSal). Especialista em Direito Privado (CEJUS). Advogada, Professora de Direito e Pesquisadora da UCSal e da Estácio. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Conflitos, Estados e Direitos Humanos (NP CEDH). Membro da Comissão de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB) e da International Law Association (ILA).

RESUMO

Esta pesquisa parte da seguinte pergunta: como se comparam institucionalmente as alternativas à judicialização das políticas públicas de saúde? Tendo como objetivo geral realizar esse comparativo, os objetivos específicos traçados são descrever os processos alternativos dentro das instituições não judiciais e compará-los com o processo de judicialização em relação a políticas públicas de saúde. Como procedimentos metodológicos, adota-se revisão bibliográfica sistemática e análise de documentos, em abordagem qualitativa. Os resultados indicam que o processo adjudicatório apresenta prós e contras enquanto instituição a fazer escolhas sobre direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, em demandas individuais. As demais instituições também são imperfeitas. Assim, parece necessário ajustar sua atuação coordenada, a depender do caso, respeitando limitações mutuamente impostas, em prol de efetivar-se o direito à saúde para a população da forma mais equânime possível.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Políticas públicas de saúde. Análise institucional comparada. Direito à saúde.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As políticas públicas de saúde são estabelecidas pelo Poder Executivo, em obediência ao quanto determinado pelo Poder Legislativo em sede constitucional e infraconstitucional. Entretanto, em muitos recortes, as atuais políticas públicas de saúde são insuficientes para atender satisfatoriamente a toda a população brasileira.

Nos termos do artigo 196 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), a saúde é direito de todos e dever do Estado, caracterizando-se, assim, como um direito fundamental social ou prestacional, sendo um dos elementos marcantes da transição do constitucionalismo liberal para o social. A existência de direitos a prestação na carta constitucional permite que a população exija do Estado o seu provimento através de uma atuação positiva, e, uma vez frustrado tal pleito, que busque solução através do Poder Judiciário.

Outrossim, cumpre refletir, em uma análise institucional comparada, como proposta por Neil Komesar (1981), se o Poder Judiciário seria a melhor escolha dentre as três possíveis para responder a tais demandas sociais. Além do Judiciário, pode-se discutir esse tipo de questão no processo de trocas (ocorrido no mercado) e no processo político (em sede dos Poderes Executivo e Legislativo).

Dentro desse contexto, é relevante o desenvolvimento da pesquisa pela necessidade de se explorar o fenômeno da ineficiência das políticas públicas que deveriam promover a satisfação do direito humano à saúde, estabelecendo as características, pontos frágeis e limites (se existentes) para a atuação do Poder Judiciário na correção de tais falhas. Discute-se, em última instância, se tal atuação representa um meio de resolver as lacunas deixadas pelos demais Poderes ou se outra coisa, como por exemplo mais um sintoma de ineficiências estatais, ofendendo, em última instância, a isonomia entre os cidadãos, prejudicando a integralidade do Sistema Único de Saúde (SUS) e transformando-o em mais um mecanismo perpetuador das desigualdades sociais.

Assim, este trabalho tem como escopo não apresentar a solução ideal para a problemática da inefetividade das políticas públicas concernentes ao direito à saúde, mas sim analisar quais as alternativas existentes no cenário atual à sua judicialização. Não se pode somente criticar a atuação do Poder Judiciário no controle de atos

administrativos que instrumentalizam políticas públicas de saúde. É preciso também analisar que outras instituições poderiam fazer escolhas sobre tal direito. Aí impõe-se a questão: quem tem legitimidade para fazê-las?

As três principais instituições candidatas a esta tarefa, no Estado Democrático de Direito e em uma economia capitalista, são o mercado (através do processo de trocas), o Executivo/Legislativo (através do processo político) e o Judiciário (através do processo adjudicatório). Elas serão analisadas no artigo ora proposto, através de revisão bibliográfica sistemática e análise documental (legislação aplicável), via abordagem metodológica qualitativa.

2. DESENVOLVIMENTO E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Independentemente da regulação do SUS e do seu funcionamento no Brasil, a realidade continua a gerar insatisfação nos cidadãos, pois muitos não têm seu direito à saúde atendido pelo Estado na medida em que julgariam adequada. Correm às portas do Poder Judiciário para tentar fazer valer seus direitos fundamentais, em pleno exercício de seus direitos de petição e de acesso à justiça (BRASIL, 1988).

Entretanto, nem toda a população sequer tem conhecimento sobre quais são seus direitos. Em verdade, a pesquisa realizada por Terrazas (2010) comprova que o perfil daqueles cidadãos beneficiados por medicamentos através da judicialização é de classe média. Quer dizer que a parcela mais pobre, mais vulnerabilizada da sociedade, sequer alcança o Poder Judiciário.

Em geral, os cidadãos com menos recursos financeiros conhecem menos os seus direitos e, portanto, têm mais dificuldades em reconhecer a dimensão jurídica de um determinado conflito que os envolve. Destaca-se o fato de que, não raro, a distância geográfica entre a moradia/trabalho e os tribunais, defensorias ou escritórios de advogados é grande. Além disso, têm também maiores níveis de desconfiança ou resignação (VERBA, 1996).

A judicialização da justiça distributiva questiona o Judiciário quanto à sua capacidade e eficiência, fazendo delas depender a sua legitimidade enquanto Poder. Assim, o acesso à justiça via direitos precisa ser entendido amplamente, segundo Avritzer, Marona e Gomes (2014), em duas dimensões.



Em uma primeira dimensão, como a garantia de efetividade dos direitos, o que depende da informação acerca dos direitos, de uma socialização que permita o recurso a uma instância ou entidade à qual se reconheça legitimidade para dirimir eventual litígio, e da efetiva reparação da injustiça ou desigualdade proveniente da violação do direito. Em uma segunda dimensão, entretanto, o pleno acesso à justiça pela via dos direitos indica a possibilidade de participação na conformação do próprio direito. Trata-se, nesse caso, de perceber que o reconhecimento de identidades (individuais e coletivas) implica a própria criação de novas categorias de direito que passam, então, a ser reconhecidas pelo Judiciário. (AVRITZER, MARONA e GOMES, 2014, p. 17)

Se o direito à saúde for entendido nessas dimensões, é fácil observar a fragilidade do sistema, na medida em que boa parte da população sequer tem informações sobre tal direito, ou muito menos sobre seu direito de acesso à justiça e ao Judiciário. Suas chances de participação e conformação do próprio direito ficam, conseqüentemente, comprometidas – para não dizer impossibilitadas.

Para que seja garantido pleno acesso à justiça pela via dos direitos, não basta sua previsão constitucional como direito fundamental de todos, independentemente de gênero, etnia, classe social ou grupo de origem. É preciso haver também uma reforma institucional que viabilize a efetivação de todos os direitos fundamentais (em especial os sociais, como a saúde). Há que se considerar que, na realidade, um conjunto de extensão variável de condicionantes de ordens socioeconômicas ou identitárias fundam estruturas de exclusão e desigualdade social, a impactarem na efetiva igualdade de acesso à justiça pela via dos direitos. (AVRITZER *et al*, 2014, p. 21)

Afinal, se no contexto da redemocratização já se positivaram amplamente os direitos fundamentais, mesmo os sociais, não se trata mais de uma luta pela sua consagração, e sim pelo seu real reconhecimento e distribuição. São justamente os frequentes desrespeitos às previsões legais desses direitos, pela insuficiência do acesso a eles, que emergem conflitos a desaguar no sistema judicial.

O acesso à saúde deveria ser, como manda a Constituição de 1988, para todos, independentemente de condições financeiras. Porém o fato de a efetivação desse direito se dar de forma individualizada e diferenciada, especialmente através da judicialização, é um problema que compromete todo o SUS, porque os recursos são

deslocados para beneficiar pessoas que já possuem melhores condições socioeconômicas. (TERRAZAS, 2010)

Ora, se tais recursos deveriam ser para todos, atendendo principalmente aos mais necessitados (mais pobres), deslocá-los para grupos seletos que geram custos mais elevados, mesmo sendo já privilegiados, causa uma inegável injustiça. A diferenciação em benefício dos já privilegiados por melhores condições socioeconômicas e de maiores possibilidades de participação no processo político representa verdadeira ofensa à lógica universalista e igualitária do Sistema.

Assim, as pessoas com melhores condições socioeconômicas, com maior acesso à informação e, portanto, com maiores possibilidades de acesso à Justiça, frequentemente não usuárias do Sistema Único de Saúde, são as principais beneficiadas por essa intervenção do Poder Judiciário na política pública de assistência farmacêutica (fornecimento de medicamentos). A judicialização dos direitos sociais pelo menos nesse caso, ao contrário do que se afirma, não seria um meio de democratização do acesso às políticas públicas, de dar voz aos desconsiderados no processo político de decisão, de garantir a proteção de seus direitos fundamentais - a voz institucional dos pobres. Na verdade, ela serve aos interesses de grupos incluídos e bem representados no processo democrático, que utilizam o Judiciário como mais um *locus* onde conseguem impor seus interesses e vê-los concretizados, em detrimento daqueles a quem supostamente o Judiciário deveria dar mais visibilidade e proteção. (TERRAZAS, 2010, p. 111)

Vale frisar que a decisão mais paradigmática do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas foi proferida na Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45-9/2004¹, em decisão monocrática prolatada pelo Ministro Celso de Mello. Analisando a posição contida nela. Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 17) resume que:

[...] são necessários alguns requisitos para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da

¹ Decisão integral disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf Acesso em 11 jan. 2021.



pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Em franco desrespeito a essa lógica reconhecida pelo STF, decisões judiciais se acumulam aos milhões determinando prestações positivas de saúde por parte do Estado. Ora, se uma política pública é razoável (e, portanto, adequada), ela propicia que o maior número possível de pessoas seja atendido com os mesmos recursos. Na contramão da razoabilidade, da ética e do próprio conceito de política pública¹, diversas sentenças em processos individuais vêm determinando que o Estado pague tratamentos de elevado custo, até mesmo em outros países, ou forneça medicamentos caríssimos e/ou experimentais, que por vezes sequer foram liberados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) no Brasil. Nesse tipo de caso, não se observa uma tentativa do Poder Judiciário de corrigir uma omissão por parte dos demais Poderes, ou de corrigir uma política pública equivocada. (GRINOVER, 2010) Trata-se, em verdade, de interferência abusiva do Judiciário na competência dos outros Poderes, o que onera o erário e prejudica, em última instância, toda a coletividade.

Há um detalhe que passa despercebido por quase todos os autores que se debruçam sobre o tema em tela, mas para o qual chama atenção Grinover (2010): as sentenças que impõem a prestação positiva do Estado via de regra preveem sanções para o seu descumprimento, sendo a mais praticada delas a aplicação de multa diária (astreinte). E, como observa Ferraresi (2008, p. 27):

Não se pode esquecer o fato de que a multa diária recairá, diretamente, no patrimônio público, bem de todos. E que, por isso, os efeitos de uma multa aplicada ao setor particular e ao setor público podem ser completamente diversos.

Significa que a astreinte aplicada ao Estado por descumprimento da decisão judicial, via de regra, onera ainda mais o erário. Isso, naturalmente, prejudica toda a coletividade, na medida em que se trata de dinheiro que pertence a toda a sociedade. Considerando-se que a maioria dos processos envolvendo direito à saúde são individuais, e que haja aplicação de multa diária em apenas alguns deles, ainda assim é

¹ Aqui entendida como prestação estatal planejada com antecedência, pensando no máximo atendimento possível à população do país, a fim de efetivar um ou mais direitos humanos.





injustificável o impacto suportado por todos os cidadãos, em prol de um punhado que ajuizou ações e que se beneficiarão sozinhos. Mais uma vez, resta ofendida a isonomia entre os cidadãos.

O presente estudo não visa apresentar a solução ideal para a problemática da inefetividade das políticas públicas concernentes a direitos fundamentais, como é o caso da saúde. Porém, é essencial analisar quais as alternativas existentes no cenário atual à sua judicialização. Nesse sentido, não se pode somente criticar a atuação do Poder Judiciário no controle de atos administrativos que instrumentalizam políticas públicas de saúde. É preciso também analisar que outras instituições poderiam fazer escolhas sobre tais direitos fundamentais. Aí são impostas as seguintes questões: quem fará tais escolhas? Quem tem legitimidade para fazê-las?

As três principais instituições candidatas a esta tarefa, no Estado Democrático de Direito e em uma economia capitalista, são o mercado (através do processo de trocas), o Executivo/Legislativo (através do processo político) e o Judiciário (através do processo adjudicatório). Por serem as três instituições imperfeitas, Badin (2013) defende que a escolha deve ser feita pelo juiz casuisticamente, ponderando as limitações de cada uma.

Para adentrar na análise institucional comparada, proposta por Komesar (1981), primeiro faz-se necessário observar o que se define por “interesse público” ou “fins socialmente relevantes” a serem perseguidos pelo Estado, noção que passa, inicialmente, pelo princípio da eficiência dos atos administrativos.

A eficiência é a justificativa para a existência da Administração Pública enquanto instituição organizadora. Não faz sentido que exista se não for para bem administrar a coisa pública. “O dever de bem administrar decorre do princípio republicano, segundo o qual quem administra gere o que pertence à sociedade, a *res publica*.” (FAZZIO JÚNIOR, 2003, p. 23)

Nesse diapasão:

A persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. (MORAES, 2000, p. 232)

O interesse público deve sempre ser perseguido pela Administração Pública, por imperativo da lógica republicana e democrática, e, mais diretamente, por determinação legal, a exemplo das Leis de Responsabilidade Fiscal¹ e de Improbidade Administrativa². Mas o que é interesse público? Trata-se de conceito abstrato, indeterminado, plurissignificativo, que, por tal natureza, sempre causou dissenso entre a doutrina e a jurisprudência nas tentativas de concretizá-lo em casos reais.

Os doutrinadores de Direito Administrativo costumam diferenciar interesse público primário de interesse público secundário, graças à influência do direito italiano (MELLO, 2007). O interesse público primário se resumiria aos fins que cabe ao Estado promover: justiça, segurança e bem-estar social. O interesse público secundário seria o da pessoa jurídica de direito público, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas (BARROSO, 2005). Os dois não podem ser confundidos, e a Administração não pode alegar estar atendendo ao primário quando, em verdade, está meramente defendendo seus próprios interesses enquanto instituição, sob pena de desvirtuar sua atuação proba.

Ao longo dos séculos, os mais diversos autores tentaram conceituar o interesse público. Rousseau usou o termo “vontade geral”:

Só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento de sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou. O que existe de comum nesses vários interesses forma o liame social e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada. (ROUSSEAU, 1973, p. 49)

Entretanto, o que seria essa vontade geral, o que seria esse interesse público no caso concreto? Como identificar, em um determinado ato administrativo, a presença do interesse público e o atendimento a um “fim socialmente relevante”? Freitas (2004, p. 34-35) aduz que “O princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das

¹ Lei Complementar nº 101/2000. (BRASIL, 2000)

² Lei nº 8.429/1992. (BRASIL, 1992)





ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais.”

Observa-se o mergulho em conceitos abertos, como o de interesse público e o de dignidade da pessoa humana, cujo significado no caso concreto dependerá muito do intérprete.

No modelo clássico de separação de poderes, o foro institucionalizado no qual essas discordâncias fundamentais deveriam ser sistematicamente exploradas, mapeadas e sintetizadas era o processo político (Executivo e Legislativo). Todavia, a positivação dos direitos econômicos e sociais ao longo do século XX, que caracteriza a emergência do Estado do Bem Estar Social, rompeu com o monopólio do *processo político* como foro institucionalizado de participação e vocalização do interesse público. (BADIN, 2013, p. 14)

Na passagem do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social, ocorreu uma mudança de paradigma entre um direito meramente retributivo e um direito distributivo. Lopes (2002) ressalta que, no Estado Liberal, a intervenção do Poder Judiciário tinha um caráter reparador nos casos de disrupção da ordem, enquanto no Estado do Bem-Estar Social ela tem a missão de instrumentalizar a efetivação de uma justiça distributiva, promovendo a reequalização da distribuição de renda, riqueza e oportunidades.

Dessa busca por uma justiça redistributiva emerge a necessidade de adoção de algum critério para melhor delimitar o que seja um ato administrativo que atende ao interesse público. Nesse sentido, apresenta-se o “critério do ótimo” de Pareto (1996) com conotação ética, ao afirmar que se uma determinada distribuição de recursos ou direitos pode melhorar a situação de todos, ela é necessariamente superior a outras distribuições. (BADIN, 2013). - No entanto, vale frisar que em uma estrutura ou modelo econômico podem coexistir diversos ótimos de Pareto. Um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável. Por exemplo, a concentração de renda ou recursos num único agente pode ser ótima no sentido de Pareto, segundo Sen (1993), desde que essa divisão de alguma forma melhore a situação de todos.



Tendo como base o critério de Pareto, Badin (2013) faz uma análise institucional comparada por meio do "modelo centrado na participação", proposto por Komesar (1981). Esse modelo insere-se nas tradições da *Public Choice* e da Nova Economia Institucional, vertendo de três diferentes teorias que se debruçam sobre cada uma das instituições comparadas: (i) Teoria Política dos Grupos de Interesse, que diz respeito à atuação dos Poderes Executivo/Legislativo; (ii) Teoria dos Custos de Transação (COASE, 1960), que se refere à atuação do mercado; e (iii) Teoria da Revisão Judicial (ELY, 2002), que, naturalmente, trata sobre a atuação do Poder Judiciário.

A análise comparada leva sempre em consideração a imperfeição de todas as instituições acima, sobretudo no que tange à sua permeabilidade à participação de grupos de interesse. Isso porque, segundo a "teoria da captura" ou "teoria da escolha pública" (STIGLER, 1971), após entenderem as regras do jogo, tais grupos passam a exercer forte influência sobre os processos de tomada de decisão da instituição, enviesando sua atuação. A teoria de Stigler gerou um pessimismo em relação aos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente entre os anos 1960 e 1980. Nesse período, aumentou o ativismo judicial em relação aos atos administrativos, justamente na intenção de obrigar esses Poderes a serem mais receptivos aos interesses sociais, minorando a influência corruptora dos grupos de interesse específicos.

De acordo com esse pessimismo ainda mais generalizado a respeito do funcionamento das instituições democráticas, nenhum corpo político pode ser considerado capaz de atingir resultados segundo o interesse público. [...] Assim, a Teoria da "Public Choice" sugere que o interesse público estará melhor atendido quanto mais se transferir o poder de decisão para longe das instituições políticas (Executivo e Legislativo). Os candidatos preferenciais para receber tal autoridade seriam o mercado e os tribunais. (MERRIL, 1997, p. 961)

Dentro dessa perspectiva de crítica ao processo político como uma opção na tomada de decisões sobre as políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais, ressalta-se o ceticismo em relação à sua transparência e objetividade em nome do interesse público primário. Porém Komesar (1994) estende esse ceticismo para o mercado e o Poder Judiciário, vendo todos como incapazes de atuar sem sofrer distorções através da atuação de grupos de interesses. Paradoxalmente, propõe uma

atuação simultânea das três instituições, a fim de alcançar o ideal de justiça social redistributiva e isonômica.

2.1. O PROCESSO POLÍTICO

Primeiramente, observem-se os prós e contras do processo político¹ como instituição prevalente na tomada de decisões sobre direitos fundamentais e suas políticas públicas. Sob o ponto de vista da participação, tem-se que o resultado das discussões e decisões nessa instância dependem, sobretudo, de quem participa desse processo (*rule-making*). Naturalmente, aqueles indivíduos ou grupos que tiverem condições de participar ativamente do processo de discussão e decisão terão mais chances de ter suas opiniões ouvidas e seus interesses levados em consideração.

Porém o custo para essa participação é alto, uma vez que o processo decisório se dá, no que se refere às normas gerais sobre o direito à saúde, no Congresso Nacional, com sede em Brasília-DF. Ora, há um custo das viagens, hospedagem, alimentação e demais necessidades para estar presente em todas as sessões do Congresso que tratem sobre o tema – sessões essas que ocorrem em semanas e até meses diferentes, podendo se prolongar por anos. Até acompanhar essa agenda de sessões envolve um custo, que pode variar desde verificações da programação *online* nos sítios da Câmara e do Senado, ligações e *emails* para funcionários destas Casas, até contratação de lobbistas profissionais e pagamento de propinas para maior acesso e permeabilidade². Badin (2013) resume que, portanto, existem custos de participação decorrentes de informação, acesso e organização.

Ora, os indivíduos buscarão participar do processo político somente se o cálculo do custo/benefício lhes for favorável. A tentativa de influenciar o resultado institucional, no caso do processo político, normalmente tem elevado custo e baixo benefício, já que as benesses são pulverizadas por toda a sociedade, quase imperceptíveis em nível individual. Assim, dificilmente o benefício esperado compensa os custos da participação. “Benefícios individuais baixos e altos custos (de informação, de coordenação ou de ação

¹ Processo político aqui entendido como atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, por serem as instituições democráticas tradicionalmente competentes para elaborar e pôr em prática políticas públicas.

² A prática do lobby não é regulamentada no Brasil, além de ser ilegal o oferecimento de qualquer vantagem a servidores públicos (de cargos eletivos ou não) para obter favorecimento de qualquer interesse, conforme o artigo 333 do Código Penal.

política) desencorajam a atuação de grupos majoritários, ainda que o somatório dos benefícios seja superior à inação.” (BADIN, 2013, p. 131)

Daí decorre que somente grupos minoritários, com bastante poder econômico e conhecimento técnico sobre a matéria, terão condições de participar desse processo. Tais grupos normalmente são compostos por grandes empresas ou conglomerados econômicos que, além dos recursos financeiros e dados técnicos, possuem relacionamentos próximos com as autoridades que integram os Poderes Executivo e Legislativo – justamente as que estão tentando influenciar.

Komesar (1994) se debruça sobre o jogo de forças entre as influências da maioria e da minoria, ressaltando que um resultado político equilibrado depende de uma maioria atuante. Não é o que ocorre no processo político brasileiro, como visto.

Embora a maioria tenha superioridade numérica, a minoria influencia através da distribuição desigual da cidadania e do acesso direitos fundamentais na sociedade (vivemos, então, numa democracia oligárquica?). Komesar (1994, p. 78) ressalva que “não há como saber em que ponto as chances de predomínio da minoria prevalecem sobre as de predomínio da maioria. Mas podemos facilmente traçar um *continuum* de possibilidades em termos das determinantes da participação institucional.”¹

Porém “Para o escopo da análise institucional comparada, pouco importa a frequência ou severidade de uma distorção causada pelas influências majoritária ou minoritária, mas sim o quanto que uma determinada distorção pode ser corrigida por outra instituição” (BADIN, 2013, p. 134). Komesar (1994) esclarece que distorções em favor da maioria são comumente melhor discutidas pelo controle judicial do que aquelas em favor da minoria. Isso porque o prejuízo de uma minoria significa que ela terá maior interesse em participar do processo decisório, haja vista que o benefício individual será alto, compensando o custo para participação.

Assim, nota-se a permeabilidade enviesada do processo político, tendendo sempre a favorecer minorias detentoras de poder econômico, acesso próximo à instituição e conhecimento técnico.

¹ Livre tradução da autora para: “There is no way to know at what point the chances of majority dominance become less than minority dominance. But we can easily trace out the *continuum* of possibilities in terms of the determinants of institutional participation” (KOMESAR, 1994, p. 78).

2.2. O PROCESSO DE TROCAS (MERCADO)

O Estado e o Mercado são dois pólos do mesmo momento histórico, relacionando-se de forma indissociável. No caso brasileiro, ambos convivem em uma economia capitalista, de forte cunho neoliberal. São premissas institucionais e constitucionalmente protegidas desse mercado a livre iniciativa, a garantia da propriedade privada e as normas de contratos e obrigações.

Komesar (1994, p. 99) lembra que “Assim como ocorre com o processo político, a extensão com que o mercado produz eficiência, equidade, justiça ou qualquer outro objetivo é amplamente determinada pelo padrão de participação.”¹

No modelo clássico, o mercado funciona conforme a lógica liberal da “mão invisível” que regularia as trocas de forma ideal, de forma que promoveriam o máximo de bem-estar possível para a sociedade. A autorregulação do mercado alocaria os bens e serviços para quem lhes atribuísse maior valor, supostamente alcançando uma justiça social. Os desequilíbrios e desigualdades observados na prática são chamados comumente de “falhas de mercado”, dentro desse modelo perfeito e ideal.

Coase (1960) associa as falhas de mercado a quatro possíveis determinantes: (i) informação incompleta, (ii) externalidades, (iii) concorrência imperfeita ou (iv) custos de transação.

A informação incompleta é muito comum na prática, pois os agentes atuantes nas trocas normalmente não têm conhecimento sobre todos os aspectos da transação, detalhes técnicos do produto, minúcias econômicas para entender os valores em tela e visão de todas as possibilidades de troca, para saber qual seria de fato a melhor. Assim, eles não dispõem de informação suficiente para tomar as decisões ótimas em relação à maximização do seu bem-estar.

Já as externalidades dizem respeito à visão do coletivo. Quais os impactos daquela troca na sociedade como um todo? Pessoas alheias àquela transação podem sofrer prejuízos que normalmente não são levados em conta pelos agentes do mercado.

A concorrência, por sua vez, é imperfeita quando surgem monopólios, oligopólios e outras distorções.

¹ Livre tradução da autora para: “As with the political process, the extent to which the Market process produces efficiency, justness, fairness, or any other goal is largely determined by pattern of participation” (KOMESAR, 1994, p. 99).



Por fim, os custos de transação, segundo Pondé (1993, p. 3):

[...] podem ser entendidos como o dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com sua finalidade econômica.

Os custos de transação ficam muito elevados diante da racionalidade limitada dos agentes do mercado. Entende-se que são racionalmente limitados porque não têm condições de conhecer todas as variáveis e fatores em jogo no presente e no futuro, e que condicionariam suas escolhas. Também sobem face à assimetria de informação entre os agentes de uma transação específica, quando um detém mais conhecimentos do que o outro, o que enviesa a decisão final daquela relação.

As falhas de mercado são fatores que impõem limitações à capacidade do mercado, enquanto instituição, de promover a alocação ótima dos recursos, atendendo da melhor forma possível ao *interesse público*.

O Teorema de Coase (1960) afirma que quando os custos de transação ou negociação forem nulos, os direitos de propriedade serão transferidos aos agentes que atribuam maior valor a eles. Quer dizer que, independentemente da alocação de propriedade original, feita pelo Direito, o próprio mercado os redistribuirá da maneira mais eficiente possível, naturalmente, em um processo de autocomposição. Daí que o custo de informação se torne o fator mais relevante no processo de decisão, sendo a principal variável a ser analisada no mercado, conforme o modelo centrado na participação. É ela quem vai determinar o comportamento institucional do mercado.

A regulação é vista como uma solução para as falhas de mercado. Nesse diapasão, Posner (1992) as considera justificativa suficiente para a intervenção estatal através de políticas públicas. Komesar (1994) e Badin (2013) nem sempre concordam com essa proposta, já que partem de uma análise institucional comparada e frisam que as limitações de uma instituição podem também ser as das demais, sendo necessário verificar, caso a caso, qual delas é a mais adequada para alcançar uma decisão mais próxima do real interesse público - o que vai depender do objetivo social que se tenha em vista.

Por conta das falhas de mercado acima descritas, em especial as relativas à dificuldade de acesso à informação completa sobre cada negócio e à visão do coletivo, pode-se dizer que também no mercado a participação de grupos de interesse envia as decisões. Isso porque deterá mais informação quem tiver mais poder econômico e potencial de lucro com as trocas em questão. Participará mais do processo decisório quem obtiver maior compensação (lucro/benefício). E, geralmente, quem conjuga essas características são minorias, são os mesmos grupos econômicos, empresários e indústrias que já detêm a hegemonia no país.

Desta maneira, fornecedores ricos e que mantêm um relacionamento próximo com as agências reguladoras de seus respectivos setores têm larga vantagem no processo de trocas em relação aos consumidores. Pela mesma lógica do benefício pulverizado e quase imperceptível a cada consumidor individual, ele não compensa o custo de participação, de informação sobre cada troca. Até porque, cada consumidor realiza milhares de trocas no seu cotidiano, não sendo viável, na prática, que desenvolva interesse em participar ativa e influentemente em cada uma delas. Como consequência dessa ausência de participação dos consumidores, as minorias representadas por grandes fornecedores se perpetuam no domínio do poder na relação do mercado.

Na presença de altos interesses, o mercado costuma funcionar melhor do que o Poder Judiciário.

Às vezes as partes evitam controvérsias que poderiam resultar em litígio buscando lidar com seus problemas por meio de complexos contratos que detalham as contingências e estabelecem respostas. Mais frequentemente, partes com altos interesses e riscos, que mantêm relacionamento contínuo, procuram resolver desentendimentos imprevistos por meio de negociações informais ou mecanismos informais de governança, sem sequer pensar em litígio judicial. (KOMESAR, 1994, p. 130)¹

"A realidade analítica reside na comparação institucional: custo baixo em relação a quê e custo alto em relação a quê alternativa" (KOMESAR, 1994, p. 112). Assim,

¹ Livre tradução da autora para: "Sometimes parties avoid controversies that might result in litigation by working out their problems through complex contracts that detail contingencies and set out specific responses. More commonly, high stake parties who have continuing relationships work out any unforeseen differences through informal negotiation or informal governance mechanisms, without any thought of litigation." (KOMESAR, 1994, p. 130)



também o mercado apresenta problemas enquanto instituição que se proponha a tomar decisões quanto a direitos fundamentais.

2.3. O PROCESSO ADJUDICATÓRIO

Os custos de acesso ao Poder Judiciário são mais altos do que às demais instituições sob análise. Isso se dá por diversos fatores, elencados por Badin (2013): (i) formalidade ; (ii) restrição de oferta de serviços judiciais (trata-se de uma instituição menor, com menos recursos e dificuldades de se expandir rapidamente para atender às novas demandas); (iii) participação mediada por advogados (que trazem mais custos, diretos e indiretos); (iv) restrições legais quanto à habilitação para estar em juízo e tomar parte nos processos (é preciso preencher as condições da ação¹, tanto nas individuais quanto nas coletivas – nesse sentido, o interesse de agir jurídico², e não econômico constitui grande limitação); (v) riscos de ônus de sucumbência; (vi) custas e honorários; e (vii) morosidade (associada à insuficiência de servidores e da própria estrutura em relação ao volume sempre crescente de processos no Brasil, ao despreparo dos servidores existentes, etc.)

Entretanto, o Judiciário goza das garantias de independência e imparcialidade³, tornando-se, comparativamente, a instituição menos permeável à influência e à participação de grupos de interesses diversos. Por essa razão, acabam se encarecendo também os custos de informação para esta instituição tomar suas decisões.

Sob uma ótica social, Komesar (1994) aduz que o fato de os juízes serem mais isolados das pressões de diversos grupos de interesses, resguardados pelas

¹ Segundo os artigos 17 e 485, VI do Código de Processo Civil atualmente vigente, as condições da ação são o interesse de agir e legitimidade do pedido. Sem preenchê-las, a petição inicial será indeferida pelo juízo por sem resolução do mérito.

² Haverá interesse de agir (também chamado interesse processual) quando a parte tiver a necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida (interesse-necessidade) e, outrossim, quando tal tutela jurisdicional puder lhe trazer alguma utilidade do ponto de vista prático (interesse-utilidade), redundando a falta do aludido interesse processual (seja por ausência do interesse-necessidade e/ou do interesse-utilidade) no indeferimento da petição inicial e na extinção do processo, sem resolução do mérito, em razão de carência da ação.

³ A independência do Poder Judiciário decorre do artigo 2º da Constituição da República de 1988: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. As garantias dos magistrados são literalmente dispostas no artigo 95 da Carta Magna: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do Art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Por sua vez, o artigo 99 assegura ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira.





formalidades processuais, constitui uma importante vantagem quando se compara o Judiciário com as demais instituições. Significa que sua independência proporciona decisões não afetadas pelas distorções que as outras instituições sofrem devido à influência e pressão dos grupos de interesses.

Por outro lado, esse mesmo isolamento tem também um aspecto negativo, que é o distanciamento dos juízes de determinadas realidades e questões sociais, dificultando que tomem conhecimento deles devido ao elevado custo de acesso ao Judiciário por parte da população.

Veríssimo (2006) analisa esse quadro paradoxal, reconhecendo a legitimidade que o Judiciário possui dentro do sistema de freios e contrapesos¹ e seu papel como canal de representação de interesses de minorias em relação a políticas públicas; bem como reconhecendo a instituição como "formuladora errática de políticas públicas" e "péssima alocadora de recursos". Isso devido a seu distanciamento da realidade social, desconhecimento acerca dos detalhes técnicos que foram levados em conta quando da formulação de determinada política pública. O Judiciário tem extrema dificuldade em vislumbrar o cenário em ampla escala, em considerar não somente os indivíduos diretamente envolvidos naquele processo adjudicatório específico, mas toda a coletividade que pode ser direta ou indiretamente afetada pela decisão naquele caso concreto (o juiz "olha a árvore, e não a floresta"). A própria formalidade legal que determina a adstrição do juízo ao caso em tela, suas provas e argumentos, o impede de ter essa visão mais ampla.

Ora, se o juiz é necessariamente limitado a uma visão parcial, incompleta da política pública discutida em cada processo, como pode tomar decisões para indivíduos isolados, caso a caso, concedendo-lhes ou negando-lhes determinada tutela (em um verdadeiro jogo de "tudo ou nada"), sem afetar todo o sistema e toda a coletividade? Por mais que ele não tenha condições ou instrumentos para conhecer toda a complexidade da política e da realidade social a ela subjacente, suas decisões casuísticas inevitavelmente afetarão o quadro geral.

¹ Apesar da independência dos poderes (artigo 2º), a Constituição Federal, visando, principalmente, evitar a concentração de poder e o desrespeito aos direitos constitucionais, criou mecanismo de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do estado democrático de direito. Esse sistema de interferência recíproca é chamado de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). (PADILHA, 2012, p. 415)



Como argumento de defesa para não fornecer determinado tratamento ou medicamento, o Estado¹ costuma alegar a teoria da reserva do possível. Significa dizer que reconhece o direito do requerente, mas não possui recursos disponíveis para atendê-lo naquele momento e/ou daquela maneira.

A teoria da reserva do possível não se propõe simplesmente a contrapor, de um lado, a previsão orçamentária do Estado, e de outro, a vida ou a saúde do indivíduo. A forma como estão sendo realocados recursos para o atendimento individualizado de um só paciente afeta diretamente a não prestação dos mesmos direitos (ou seja, vida e saúde) à coletividade. (CORDEIRO, 2008, p. 02)

Mesmo no processo coletivo, a visão do juiz permanece limitada, haja vista o elevado custo para os indivíduos interessados se habilitarem no processo, podendo nele atuar (produzir provas e argumentos), e a morosidade inerente a qualquer processo dessa natureza no Brasil. Quanto maior o número de partes, mais lentamente andará a causa, além de maiores os seus custos.

Além disso, a natureza dialética, contraditória, bipolar do processo (acusação *versus* defesa) impede que sejam representados, em cada causa, interesses variados relacionados ao assunto em discussão. Isso contribui para a limitação da visão e da capacidade do Judiciário de solucionar as demandas de forma a promover o verdadeiro interesse público.

Em termos de conhecimento técnico, as agências reguladoras o possuem de forma especializada, enquanto os juízes são generalistas, leigos em matérias mais complexas e distantes de sua área de formação (como é o caso da saúde). Poder-se-ia defender, nesse aspecto, a atuação das agências. Porém o próprio desconhecimento técnico apriorístico dos juízes os defende de maiores influências e pressões de grupos de interesse minoritários, aumentando sua independência.

Nesse sentido, a criação de varas especializadas em saúde, por exemplo, por um lado diminuiria o déficit cognitivo acerca da matéria, em relação às agências reguladoras. Mas, por outro, reduziria a vantagem do Judiciário sobre elas, que é justamente a sua independência e distanciamento das mencionadas influências e

¹ Aqui entendido *lato sensu*, ou seja, incluindo União, Estados, Distrito Federal e Municípios, já que todos são solidariamente responsáveis pela gestão da saúde no Brasil.

pressões externas. "Este equilíbrio entre informação e imparcialidade é um dos assuntos mais difíceis na escolha institucional" (KOMESAR, 1994, p. 142).

O aspecto da morosidade e falta de estrutura suficiente para atender ao crescente número de demandas versando sobre direito à saúde também limita a efetividade da atuação judicial como instituição a decidir sobre a matéria.

Nos últimos anos, seja em razão das reconhecidas falhas do amplo sistema de saúde pública brasileira, seja em razão da conscientização social de acesso às vias judiciais, estruturou-se um crescente movimento de judicialização das políticas públicas de saúde. Dados da Coordenação de Medicamentos e Correlatos do Ministério da Saúde (COMEC/MS), demonstram que entre o ano de 2005 e o mês de junho de 2008, houve uma evolução de quase 300% no número de ações judiciais que compelem a União a financiar medicamentos mediante a aquisição direta dos insumos¹, com valores unitários que variam de menos de dois até quase um milhão de reais, excluindo-se os custos de publicação no Diário Oficial e do envio postal dos insumos para a residência do autor. (CORDEIRO, 2008, p. 01)

Em ampla pesquisa empírica sobre os beneficiados por decisões judiciais para obter o fornecimento de medicamentos pelo SUS, no Estado de São Paulo, Terrazas (2008) verificou, por exemplo, que 60,63% dos entrevistados nessa condição possuem plano de saúde ou podem pagar por serviços particulares de saúde. Diante dos dados colhidos, a autora concluiu, em sua dissertação de Mestrado, que:

As pessoas com melhores condições socioeconômicas, com maior acesso à informação e, portanto, com maiores possibilidades de acesso à justiça, frequentemente não usuárias do SUS, são as principais beneficiadas por essa intervenção do Poder Judiciário na política de assistência farmacêutica (fornecimento de medicamentos). A judicialização dos direitos sociais, pelo menos nesse caso, ao contrário do que se afirma, não seria um meio de democratização do acesso às políticas públicas, de dar voz aos desconsiderados no processo político de decisão, de garantir a proteção dos seus direitos fundamentais – a voz institucional dos pobres. Na verdade, ela serve aos interesses de grupos já incluídos e bem representados no processo democrático, que utilizam o Judiciário como mais um

¹ Esse quantitativo não inclui os processos judiciais nos quais a União foi condenada a efetuar o cumprimento da decisão mediante depósito judicial do valor dos insumos e/ou tratamento médico. (CORDEIRO, 2008)

lócus onde conseguem impor seus interesses e vê-los concretizados, em detrimentos daqueles a quem supostamente o Judiciário deveria dar mais visibilidade e proteção. (TERRAZAS, 2008, p. 45)

Outra pesquisa empírica que demonstra o mesmo quadro foi a de Duran-Ferreira (2004), envolvendo os beneficiados de tratamento de DST/AIDS através de decisões judiciais. Os estudos revelaram que a política pública de distribuição de antirretrovirais para os portadores de AIDS assegura a cerca de 115 mil soropositivos, que representavam 0,06% da população brasileira à época, usufruir de 1,6% do orçamento dedicado à saúde na União. Significa dizer que este grupo minoritário recebe 27 vezes mais recursos do que receberia se esses fossem alocados igualmente, dentro do desenho original da referida política.

Avritzer, Marona e Gomes (2014) aduzem que os custos econômicos de acesso ao Poder Judiciário incidem desigualmente entre os cidadãos. Questões como preparos, custas judiciais, honorários de advogados e outros profissionais (peritos, contadores, engenheiros, etc.), deslocamento e custos de oportunidade com valor econômico, para além dos resultantes da morosidade, tornam a justiça proporcionalmente mais cara para causas de menor valor. “Isso afeta, especialmente, aquela parcela da população, indivíduos, grupos ou coletividades historicamente oprimidas/excluídas, que geralmente mobiliza causas de pequeno valor.” (AVRITZER, MARONA e GOMES, 2014, p. 19)

É nesse sentido que o ativismo judicial quixotesco acaba distorcendo a lógica das políticas públicas, determinando uma atuação do Executivo muitas vezes contrária à almejada originalmente e, por consequência, contrária ao interesse público. Através da judicialização das políticas de saúde, observa-se a desproporção na alocação de recursos públicos, beneficiando uma minoria dentro de um sistema de recursos sempre escassos. E, pior ainda, essa minoria já é beneficiada em outros aspectos da vida civil, pois já possui maior renda, maior escolaridade, maior acesso a bens e serviços em geral - seja através do setor público (processo político), seja pelo próprio mercado.

A atuação do Poder Judiciário, portanto, continua a reproduzir o fenômeno da concentração de gastos públicos em camadas sociais de maior renda. Esse efeito não é



desejado pelos juízes quando, casuisticamente, tomam as decisões nesse âmbito, porém são inegáveis a sua ocorrência e o seu impacto no coletivo.

Destaca-se o Documento Técnico número 319 do Banco Mundial¹, emitido em 1996, tratando sobre a reforma do Judiciário nos países da América Latina e Caribe. O viés das recomendações do Banco Mundial é claramente o de tornar o Judiciário um fomentador do comércio, investimentos e financiamentos. Embora fale em buscar um sistema justo e eficiente, o texto deixa claras suas intenções neoliberais, ou seja, de proteção da propriedade e da liberdade de quem é proprietário.

A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso a justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado. (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 10)

O Documento 319/1996 utiliza o termo “desenvolvimento” no lugar de “crescimento” econômico, como se fossem sinônimos. Não o são e a confusão é proposital.

No referido Documento, o Banco Mundial recomenda ampliação da independência e da autonomia do Judiciário, bem como do acesso à justiça, reconhecendo que o custo para isso é elevado e proibitivo para grande número de pessoas.

O acesso à justiça depende do adequado funcionamento do sistema jurídico como um todo, mas alguns fatores específicos incluem os obstáculos psicológicos, acesso a informação e barreiras físicas, para que os indivíduos possam ter acesso aos serviços jurídicos, abrangendo, os gastos com as demandas e as instalações, bem como as diferenças de linguagem que podem ser encontradas entre populações indígenas, por exemplo. Os programas de assistência jurídica e defensorias públicas e formas alternativas de resolução de conflitos também podem auxiliar na promoção do acesso à justiça. Os programas de defensoria pública e assessoria jurídica devem ser

¹ Disponível em <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>> Acesso em 21 abr. 2021.



disponibilizados para prover assistência legal e orientação para aqueles que não tem condições de arcar com estes custos para propor uma ação ou se defender em juízo. (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 13)

O Documento 319/1996 também reconheceu o despreparo dos juízes e operadores do Direito, abordando a precariedade do ensino e da pesquisa na área jurídica. Considera que o Judiciário tem como função organizar a sociedade e resolver os conflitos sociais, denotando uma visão limitada, que não considera como papel dessa instituição promover também a justiça social *lato sensu*, através de decisões que gerem a redistribuição dos recursos, diminuindo as iniquidades da sua concentração nas mãos de poucos.

O objetivo das reformas recomendadas pelo Banco Mundial é tornar o Judiciário mais eficiente para decidir sobre questões financeiras, especialmente diante do que o Documento 319/1996 chama de “demandas das novas relações comerciais” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 18). O foco das reformas no Judiciário ali articuladas é atender aos interesses do mercado, do capital. Isso é dito inúmeras vezes no Documento, não deixando margem para dúvida. Como, por exemplo, quando afirma que “Os governos devem ser capazes de efetivar a aplicação das regras do jogo que foi criado; o judiciário, pode proporcionar este serviço garantindo direitos individuais e direitos sobre a propriedade.” (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 18)

O Documento fala muito de indivíduos, proprietários e empresários, mas nada sobre o coletivo ou sobre os direitos sociais.

[...] o desenvolvimento econômico não pode seguir em frente sem uma efetiva definição, interpretação e garantia dos direitos de propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade na resolução de conflitos, ampliando o acesso à justiça e promovendo o desenvolvimento do setor privado. (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 19)

A respeito do acesso à justiça, o Documento 319/1996 chega a conclusões semelhantes às anteriormente mencionadas neste capítulo:

O acesso à justiça pode ser avaliado através de diversos fatores como: tempo de julgamento, custos diretos e indiretos das

partes com a litigância (despesas com requerimentos, custas processuais, cauções, honorários advocatícios, perdas salariais com o tempo despendido, etc.), acesso físico as Cortes e a capacidade dos potenciais usuários, de ter acesso a informação e possibilidade de acompanhamento das fases processuais. Em outras palavras, os sistemas jurídicos podem apresentar barreiras psicológicas, informacionais e físicas aos indivíduos que necessitam desses serviços. Existem diversas soluções para superar ou diminuir determinadas barreiras econômicas à justiça, incluindo a redução dos custos da litigância, programas de assistência jurídica e a criação de formas alternativas de resolução de conflitos, menos onerosas. (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 38)

Ou seja, o Banco Mundial reconheceu que os custos de acesso ao Judiciário limitam o exercício de tal direito, especialmente para as populações de baixa renda. (BANCO MUNDIAL, 1996, p. 42). Recomendou reformas estruturais no sistema judiciário, defensorias públicas, advocacia e mesmo a introdução de soluções alternativas a conflitos (como por exemplo a mediação e a arbitragem).

Atendendo a boa parte das recomendações do Banco Mundial, o Brasil aprovou a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como “Emenda da Reforma do Judiciário”¹. A ênfase na agilidade e nas mudanças estruturais respondeu bem ao Documento 319/1996, evidenciando a submissão do Judiciário brasileiro ao capital. A prática das soluções alternativas de conflito, entretanto, não chegou à área da saúde, e os custos de acesso ao Judiciário continuaram elevados.

O perfil do Judiciário continuou sendo para atender a demandas individuais, instrumentalizado para proteger os direitos à propriedade. Os direitos sociais, de natureza bem diferente dos de liberdade, continuam sendo matéria de difícil abordagem para o Judiciário brasileiro.

Comprovando essa dificuldade, na Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7, no julgamento de suspensão da tutela 91/AL-Alagoas², a Ministra Ellen Grace distinguiu "direito à saúde" e "direito ao remédio", entendendo que o artigo 196 da Constituição

¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em 21 abr. 2021.

² Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=43&dataPublicacaoDj=05/03/2007&incidente=2466232&codCapitulo=6&numMateria=21&codMateria=7>>. Acesso em: 07 abr. 2021.



não autoriza o atendimento prioritário de situações individualizadas, como o fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo que estão fora das listas do SUS, sob pena de inviabilizar o próprio sistema, prejudicando a coletividade.

Nas palavras da Ministra:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. (Min. Ellen Gracie, Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7)

Ademais, decisões judiciais não raro deixam de delimitar claramente as obrigações de cada ente federativo condenado ao fornecimento de um medicamento ou tratamento. Ao manter a obrigação solidária, há probabilidade de cumprimento por mais de um dos entes (duplicação ou triplicação do prejuízo ao erário), ou descumprimento por todos eles, à espera de que outro cumpra.

Outra questão à qual deve o juiz atentar é se consta dos autos solicitação do referido medicamento ou tratamento por médico do SUS, atestando a necessidade daquele objeto específico, de maneira exclusiva como opção para o paciente, não havendo no sistema nenhum similar. Isso evita que pacientes que sequer são usuários do SUS gerem um ônus a mais para o Estado, perpetuando a desigualdade de direitos e acesso à saúde no país, com a obtenção de mais um privilégio por um cidadão que já pertence a uma classe mais favorecida, em detrimento daqueles mais vulneráveis. Além disso, afasta a possibilidade de o juiz conceder a tutela para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos não autorizados pelos órgãos técnicos estatais como seguros, eficazes, eficientes, efetivos e equitativos; bem como daqueles "redundantes" no sistema – quer dizer, que possuem similares já fornecidos pelo sistema, e que atendem aos requisitos anteriormente elencados.



Conforme reiterada jurisprudência do STJ e do STF, o juiz deve analisar também, no caso concreto, a situação de hipossuficiência do paciente, como justificativa, perante a sociedade, para a entrega de uma prestação extraordinária e individualizada, às custas do erário. Não é que seja preciso ser hipossuficiente para ter acesso ao SUS, já que o direito à saúde é universal, como garante o artigo 196 da Constituição, não podendo ser vinculado a determinada situação socioeconômica. Porém o fornecimento, pelo SUS, de medicamento ou tratamento que não é normalmente disponibilizado para todos, precisa ser eticamente justificável perante a coletividade.

Ferraz (2009) aduz que a insistência do Poder Judiciário brasileiro em entender e interpretar o direito à saúde como um direito individual a atendimento ilimitado, isolando-o do contexto da escassez dos recursos, que é uma realidade no país, sacrifica os princípios da universalidade e da equidade, constitucionalmente garantidos. Em decorrência disso, resta invertida a lógica do SUS e prejudicada a realização de seus objetivos. Assim, a judicialização das políticas de saúde presta-se a perpetuar iniquidades que, nessa área, já são significativas no Brasil.

Critica-se, ainda, o alto grau de discricionariedade apresentado pelos juízes nas decisões acerca de atos administrativos dos Poderes Executivo e Legislativo.

A "teoria do xamanismo judicial", proposta por Tomas (2006) evidencia que quando decisões judiciais anulam ou alteram lei ou ato administrativo, alegando que não obedecem aos princípios constitucionais, não atendem ao "interesse público" ou desrespeitam o real "espírito da lei", o que está acontecendo, na verdade, é uma mascarada imposição da vontade pessoal do juiz ou de uma classe à qual pertence (classe esta já privilegiada, tanto economicamente quanto por deter o conhecimento jurídico). Essa vontade, então, sobrepuja aquela expressa pelo Poder Legislativo – o que, em última instância, significa um atropelo à intenção dos legítimos representantes eleitos.

"Numa democracia, todo exercício de poder pede um controle democrático. Portanto, todo o problema passa a ser a maneira pela qual essa escolha é feita e como podemos controlá-la democraticamente." (RODRIGUEZ, PÜSCHEL e MACHADO, 2006, p. 15)

Nesse sentido, em 1984, a Suprema Corte estadunidense decidiu, no famoso processo *Chevron USA vs. Natural Resources Defense Council*, que eram os órgãos



públicos, e não as cortes, as instituições preferenciais para solução de conflitos entre políticas públicas face à aplicação de leis. O argumento principal era o maior conhecimento e especialização dos órgãos públicos nas áreas de sua atuação, tornando-os mais aptos a tomarem decisões com máxima eficácia, eficiência e efetividade, melhor completando eventuais lacunas ou preenchendo conceitos abstratos contidos na lei. A Suprema Corte fixou, então, que caso não houvesse nenhuma determinação particular do Congresso acerca da aplicação da lei em questão, a interpretação do órgão público competente para sua execução seria vinculante perante as cortes. A ideia é que, sendo esse o cenário, a interpretação do órgão se encontraria perfeitamente "dentro dos limites das interpretações possíveis da lei", não cabendo ao Poder Judiciário revisita-la.

Alexy (2011), em sua clássica teoria que divide normas em regras e princípios e traz a regra da proporcionalidade e a técnica de sopesamento destes últimos, defende que não há uma única resposta correta ou "legítima" na interpretação do texto constitucional. Um princípio não se sobrepõe ao outro, de forma hierárquica ou anulatória, quando da correta utilização dessas técnicas. Pelo contrário, um fica restringido em relação ao outro, em determinado caso concreto, sem perder sua validade, cedendo somente em uma lógica comparativa do máximo possível de realização ótima de ambos. O autor revela, portanto, grande deferência ao sopesamento realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo. Porém suas ideias são amplamente utilizadas de forma distorcida no Brasil, como a justificar a discricionariedade abusiva do Poder Judiciário face às escolhas dos outros Poderes. (MARMELSTEIN, 2008)

Esse uso inadequado e abusivo da teoria dos princípios é raramente apontado pela doutrina brasileira, apesar de provocar uma deficiência democrática relevante. Os princípios são largamente utilizados de forma retórica, a construir argumentos que pareçam racionais, "embasando" decisões que suplantam a vontade do legislador e do administrador, em prol da vontade do juiz.

Conclui-se, portanto, que o processo adjudicatório apresenta prós e contras enquanto instituição a fazer escolhas sobre direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, em demandas individuais. Mais estudos se fazem necessários comparando o uso de processo judicial coletivo, na busca pelo direito à saúde, enquanto direito humano da segunda dimensão (direito social), com os três processos aqui referidos.



As demais instituições (mercado e Legislativo/Executivo) também são imperfeitas para solucionar demandas relativas ao direito à saúde. Komesar (1994) propõe uma atuação simultânea das três instituições, a fim de alcançar o ideal de justiça social redistributiva, isonômica e integral. Seguindo essa linha, mas com uma ressalva crítica acerca do processo de trocas, parece necessário ajustar a atuação coordenada dos processos, a depender do caso, respeitando limitações mutuamente impostas.

Nesse sentido, se o Poder Legislativo já houver criado a norma e o Executivo já houver regulamentado e executado tal norma através de uma política pública que atenda aos princípios constitucionais da Administração Pública¹, o processo político já terá dado conta da alocação de recursos em saúde, não cabendo interferência do mercado ou do Judiciário. Outrossim, se inexistir a norma ou se a sua execução estiver desobedecendo aos princípios constitucionais que visam a equidade na alocação de recursos em saúde, pode haver benefício em uma decisão judicial suprimindo, ainda que temporariamente, a atuação do Legislativo; ou corrigindo a do Executivo. O mercado, por sua vez, parece ter espaço diminuto nesse tipo de decisão, vez que o direito humano à saúde, pela sua natureza e delineamento no ordenamento jurídico brasileiro, não deveria ser mercantilizado, expondo pessoas às exclusões de acesso que derivam necessariamente de um sistema econômico marcado pela desigualdade.²

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, a análise institucional comparou os processos político (Poderes Executivo e Legislativo), de trocas (mercado) e adjudicatório (processo judicial individualizado), discutindo os prós e contras de cada um para as decisões acerca da alocação de recursos dentro das políticas públicas de saúde.

Nessa perspectiva de crítica aos três processos na tomada de decisões sobre as políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais, ressaltou-se o ceticismo em

¹ Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, segundo o artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988).

² Este trabalho contém trechos da pesquisa conduzida pela autora em seu mestrado, em cuja dissertação podem ser encontrados mais dados e outros aspectos da análise acerca do tema: CARVALHO, É.R. **A judicialização das políticas públicas de saúde: interlocução entre os princípios da integralidade e isonomia**. Dissertação de Mestrado. Salvador, BA: Universidade Católica do Salvador (UCSal). Programa de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania, 2015, 144f. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/123456730/175> Acesso em 13 jun. 2021.

relação à sua transparência e objetividade em nome do interesse público primário. Todos são incapazes de atuar sem sofrer distorções através da atuação de grupos de interesses ou das próprias limitações estruturais dos órgãos que as operam.

Atendendo aos objetivos traçados, foram descritos os processos alternativos à judicialização dentro do mercado e dos Poderes Legislativo e Executivo, comparando-os com a atuação do Poder Judiciário acerca de políticas públicas de saúde. Através dos procedimentos metodológicos de revisão bibliográfica sistemática e análise de documentos, em abordagem qualitativa, respondeu-se à pergunta de pesquisa: como se comparam institucionalmente as alternativas à judicialização das políticas públicas de saúde?

Observou-se que as instituições alternativas (mercado e Legislativo/Executivo) também são imperfeitas para solucionar demandas relativas ao direito à saúde. A solução de Komesar (1994), envolvendo a atuação simultânea das três instituições, a fim de alcançar o ideal de justiça social redistributiva, isonômica e integral, foi desenvolvida ao final deste artigo, apesar de uma ressalva crítica acerca do processo de trocas. Destarte, parece necessário ajustar a atuação coordenada dos processos político, adjudicatório e de trocas, a depender do caso, respeitando limitações mutuamente impostas.

Há que se considerar que o direito à saúde, como direito humano constitucional e infraconstitucionalmente protegido, impõe-se como um dos mais demandados pela sociedade, uma vez que a ausência de saúde implica em deterioração de todos os demais aspectos da vida, podendo levar mesmo à sua perda. A negação de sua efetividade é rápida e brutalmente sentida pelos indivíduos, com impactos que reverberam pela sua comunidade e, por vezes, por toda a coletividade – embora nem sempre esse reverberar seja percebido com facilidade. Assim é que, à medida em que a desigualdade socioeconômica cresce e que o Estado aplica insuficientes recursos na saúde pública, a tendência à judicialização das políticas nessa área aumenta.

Contudo, o que se observou neste trabalho foi a inadequação do Poder Judiciário para resolver com justiça todas as demandas referentes às políticas públicas de saúde, ainda mais por recebê-las sempre como ações individuais, e não como processos coletivos. Afinal, sendo um direito social, e não um direito individual, a compreensão e

efetivação do direito à saúde através de judicializações individuais é, no mínimo, limitada.

Já havendo legislação pátria suficiente para delimitar a separação de Poderes e sua atuação harmônica, inclusive no âmbito da saúde pública, a proposta de Komesar (1994) de uma simultaneidade entre os processos político e adjudicatório, sequer demandaria inovações no ordenamento jurídico para se fazer possível. Bastaria, para isso, que a classe dos magistrados cumprisse com mais rigor as previsões já existentes, respeitando o poder discricionário do Executivo dentro da adequada execução de políticas públicas e da sua construção dentro do quanto legislado.

Isso não significaria uma renúncia ao dever de decidir do magistrado, também imposta por lei no Brasil. Mas sim uma aplicação devida da separação e harmonia dos Poderes, em que o Judiciário pudesse, a depender do caso concreto, convocar outras partes para ampliar o escopo de um processo originalmente individual para um coletivo, por exemplo; ou apenas avaliar com mais pormenor os argumentos do Poder Executivo e, se este estiver aplicando corretamente as leis e princípios em sua política pública, indeferir pedidos individuais que demandassem mudança nessa aplicação. Afinal, o que pode parecer uma aplicação injusta para um indivíduo pode, em verdade, ser uma alocação justa dos limitados recursos em saúde pela política, visando beneficiar a coletividade da forma mais eficiente possível.

Concluiu-se, portanto, que os três processos apresentam falhas, não sendo nenhum isoladamente ideal para as questões de alocação de recursos nessas políticas. O processo adjudicatório apresenta prós e contras enquanto instituição a fazer escolhas sobre direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, em demandas individuais. Reconhecido que mais estudos se fazem necessários, comparando o uso de processo judicial coletivo, na busca pelo direito à saúde, enquanto direito humano da segunda dimensão (direito social), com os três processos aqui referidos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AVRITZER, L.; MARONA, M. e GOMES, L. (orgs.). **Cartografia da Justiça no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.



- BADIN, A. S. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANCO MUNDIAL. **Documento Técnico número 319. O setor judiciário na América Latina e no Caribe**: elementos para reforma. Washington DC, 1996. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf> Acesso em 21 abr. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio à obra "interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público"**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105/2015. Brasília: Senado Federal, 2015.
- COASE, R. The Problem of Social Costs. **Journal of Law and Economics**, out. 1960.
- CORDEIRO, M.L.X. **Bioética: temas persistentes e emergentes. Judicialização da Saúde: desafios emergentes e persistentes**. 2008. Disponível em: http://portal.cjf.jus.br/cjf/banco-de-conteudos-1/bioetica-temas-persistentes-e-emergentes/at_download/upload Acesso em 07 abr. 2021.
- ELY, J. H. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- FAZZIO JÚNIOR, W. **Fundamentos de Direito Administrativo**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERRARESI, E. **Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.
- FERRAZ, O.L.M.; VIEIRA, F.S.. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf Acesso em 11 mai. 2021.
- FREITAS, J. **O Conteúdo dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRINOVER, A.P.. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964/1969> Acesso em 02 abr. 2021.
- KOMESAR, N. K. In search of a general approach to legal analysis: a comparative institutional alternative. Michigan: **Michigan Law Review**, vol. 79, 1981.
- LOPES, J.R.L. **O Direito na História (Lições Introdutórias)**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.



- MARMELSTEIN, G. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>> Acesso em 16 mar. 2021.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MERRIL, Thomas. **Institutional Choice and Political Faith**. *Law and Social Inquiry*, v. 22, n. 4, 1997.
- MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000.
- PADILHA, R. **Direito Constitucional Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PARETO, V. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- POSNER, R.A. **Economics Analysis of Law**. New York: Little & Brown, 1992.
- RODRIGUEZ, J.R.; PÜSCHEL, F.P.; e MACHADO, M.R. de A. **O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia**. 3º Congresso Latino Americano de Ciência Política. Campinas: ALACIP – Associação Latino Americana de Ciência Política, 2006.
- ROUSSEAU, J.J. **Do Contrato Social**. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Victor Civitas, v. XXIV, 1973.
- SEN, A. **Markets and freedom: Achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms**. *New York: Oxford Economic Papers* 45 (4), 1993, p. 519–541.
- STIGLER, G.J. **The Theory of Economic Regulation**. *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, 1971.
- TERRAZAS, F.V.. **O Poder Judiciário como Voz Institucional dos Pobres: o Caso das Demandas Judiciais de Medicamentos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- TOMAS, S. **Le Rituel Chamanique de la Cour Européenne de Justice**. Paris: Universidade de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006.
- VERBA, S. **Voice and equality: civic voluntarism in American Politics**. Cambridge University Press, 1996.
- VERÍSSIMO, M.P. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2006.



CAPÍTULO VIII

A POSSIBILIDADE DA EUTANÁSIA NO BRASIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

DOI: 10.51859/AMPLLA.DID733.1121-8

Jonas Vieira Cruz de Oliveira ¹

Rafael Figueiredo Ferraz ²

¹ Graduando do curso de Direito. Universidade Salvador - UNIFACS

² Graduando do curso de Direito. Universidade Salvador - UNIFACS

RESUMO

O presente artigo parte do questionamento acerca de que maneira os princípios e direitos fundamentais se relacionam com a prática da eutanásia, objetivando uma análise descritiva da legislação nacional e internacional pertinente ao tema, buscando analisar incisivamente se a referida prática tem um tratamento adequado perante a jurisprudência brasileira. Deste modo, trata-se de pesquisa qualitativa, utilizando técnicas de revisão bibliográfica e análise de conteúdo. Assim, identificou-se uma predominância jurisprudencial em torno da vedação da eutanásia, o que, todavia, não corresponde necessariamente a uma interpretação consubstanciada na carta magna

Palavras-chave: Eutanásia. Morte digna. Direitos fundamentais. Autonomia.

1. INTRODUÇÃO

A morte, para a visão científica e médica, é basicamente o fim da vida e, conseqüentemente, a impossibilidade de retornar a ela. Dessa forma, a morte resulta a cessação total e irreversível de suas funções vitais, considerando como morte encefálica.¹ Sendo esse resultado inerente a todos os seres humanos, independentemente do tipo de morte que venha ocorrer. Entretanto, existem controvérsias a respeito desse conceito, uma vez que não seria caracterizado nos casos de bebês que nascem sem o cérebro.

O termo eutanásia tem origem grega: *eu* e *thanatos* que traduz no sentido de morte serena, sem sofrimento.² De forma resumida, consiste no ato de retirar a vida de uma pessoa que está em uma situação de sofrimento, em que a morte é inevitável. Assim, entende-se ser o objetivo da eutanásia, a libertação do sofrimento do indivíduo através de uma morte rápida e sem dor. No Brasil, a eutanásia é considerada crime, configurada como homicídio. Porém, é bastante questionável e polêmica, havendo entendimentos diferentes em diversos países.

Ao debater sobre eutanásia, deve-se analisar além do conceito meramente técnico, adentrando a uma perspectiva ontológica e filosófica do tema, como também, deve-se analisar o ponto de vista bioético, jurídico, cultural e religioso. Doravante, é indispensável a análise dos entendimentos firmados noutros países, para uma observação e comparação de dados.

O presente artigo pretende investigar a controvérsia entre a relação dos direitos fundamentais e a morte digna. Assim, trata-se de pesquisa qualitativa que utiliza técnicas de revisão bibliográfica e análise de conteúdo, visando debater os fundamentos que regulamentam a eutanásia e buscando refletir se há possibilidade de sua efetivação, mediante a interação entre os princípios e direitos fundamentais, em uma questão direcionada à morte digna.

¹ Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2173/2017, de 15 de dezembro de 2017. Dispõe sobre os critérios do diagnóstico de morte encefálica. Diário Oficial da União 2017; 15 dez.

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 847, 1ª coluna.



2. TRATAMENTO LEGAL DA EUTANÁSIA NO BRASIL

Há de se observar o tratamento dos tribunais brasileiros destinado ao ato da eutanásia, e sucessivamente, como a evolução da bioética e dos tratamentos médicos pode avaliar uma mudança que reforçou e deu as bases jurídicas para a licitude de procedimentos referentes à eutanásia, em contraposição à vertente que tendia ao emprego obrigatório de todos os meios disponíveis para salvar a vida do enfermo, também conhecida como obstinação terapêutica.

Nesta feita, o ordenamento jurídico pátrio não dispõe de tipificação específica referente à prática da eutanásia, de forma que o tema se encontra disciplinado de acordo com o Código Penal em vigor, fazendo da prática alusão a tipificação do homicídio privilegiado, de acordo com o motivo de relevante valor moral¹, exemplificado também na exposição de motivos do presente código. Ademais, cabe afirmar que a referida prática também pode ser considerada como homicídio qualificado (privilegiado), se as qualificadoras envolvidas forem de natureza objetiva.

Partindo para análise mais aprofundada dos argumentos que justificariam o entendimento adotado, é possível observar dois entendimentos, o primeiro baseado na figura da carta magna brasileira, que em seu artigo 5º, caput, garante a inviolabilidade do direito à vida. Nesse sentido, é entendimento majoritário a impossibilidade de retirar a vida de outrem. Logo, percebe-se a base da proibição da eutanásia no cenário brasileiro.

Nesse sentido, a inviolabilidade do direito à vida entra em conflito com outros direitos fundamentais, partindo de uma visão sacralizada da vida, de forma que é argumentado que a sua intangibilidade estaria assegurada contra qualquer violação, inclusive de seu titular ou a seu pedido, o que todavia não deve assim ser compreendido enquanto direito absoluto, como será explicitado em tópico próprio.

O segundo entendimento trata-se de vertente minoritária, porém muito aplicada no cenário prático, tratando-se da obstinação terapêutica. Deste modo, é possível

¹ DODGE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia: aspectos jurídicos. Bioética, Brasília: **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299#:~:text=No%20Direito%20brasileiro%20a%20eutanc%3%A1sia,ou%20mesmo%20implorado%20pela%20medida.>. Acesso em: 21 de junho de 2021.



afirmar que a definição e aplicação da sua terminologia não tem consenso dogmático, frisando que tal discussão se pauta essencialmente nos limites de aplicação de medidas terapêuticas de acordo com a necessidade e desejo do paciente contra um possível excesso e até mesmo agressão noutros casos, como pode ser exemplificado na fala de Diniz:

“[...] Essa fronteira entre o necessário e o excesso nem sempre é consensual, pois o que há por trás dessa ambiguidade são também diferentes concepções sobre o sentido da existência humana. Há casos de pessoas que, mesmo diante de situações irreversíveis e letais, desejam fazer uso de todos os recursos terapêuticos disponíveis para se manterem vivas. Outras pessoas definiram limites claros à medicalização de seu corpo, estabelecendo parâmetros que nem sempre podem estar de acordo com o que os profissionais de saúde considerariam como a conduta médica adequada ou recomendada. [...]”¹

Assim, é possível aduzir que o fenômeno em discussão passou por uma mudança de paradigma, de acordo com o processo de valorização das escolhas individuais, frisando que, nesse diapasão, tal vertente minoritária demonstra um espectro relativo às escolhas individuais de cada sujeito, de modo que isto reflete uma mudança vertical na constituição e na consciência social do ser humano ao longo do tempo, passando de uma visão mais sacralizada e religiosa da vida para uma visão de maior protagonismo do ser humano e de suas decisões. A esse respeito, Pessini afirma:

“O processo da secularização levou a uma dessacralização da vida. A formulação da inviolabilidade alude a uma visão sacral, em que a vida é vista como propriedade de Deus e o homem como seu mero administrador. Esta tese encerra um conceito tacanho de Deus e uma visão mesquinha e desconfiada do homem. É necessário superar a visão do ser humano como mero administrador e entendê-lo como protagonista da vida.”²

¹ DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, V. 22, pág. 1741-1742, ago. 2006

² PESSINI, Léo. Distanásia: Até quando investir sem agredir? **Bioética** v.4, n. 1, P.5, 2009. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394>. Acesso em: 05 de set. de 2021.

3. TRATAMENTO LEGAL NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

O panorama internacional que abrange a prática da eutanásia ainda se encontra envolto de diversas controvérsias que dificultam o debate legislativo, apesar de uma maior repercussão nos últimos anos diante do tema. Partindo desse pressuposto, é notável que a maioria dos países ocidentais adota a vedação legal contra a referida prática, com destaque para os Estados Unidos, em que a maioria dos seus estados não permitem o ato da eutanásia. Em contraposição, há países que adotam entendimento diverso, alguns em torno de um amplo debate público legislativo, o caso mais notório da Holanda, enquanto outros despenalizaram sua prática na via judicial, a exemplo do caso colombiano.

Nessa perspectiva, dentre os países europeus que regulamentaram a matéria, podemos citar a título exemplificativo: Espanha, Holanda, Bélgica e Luxemburgo. É de ressaltar a regulamentação da Holanda, um dos países mais liberais do mundo, no que diz respeito às possibilidades de abreviar a vida. Nesse sentido, a Holanda, em 2001, aprovou a lei que regulamenta a prática da eutanásia, que tomou por base fatores jurisprudenciais já estabelecidos em seu tribunal superior, que já havia afirmado determinadas condições nas quais a eutanásia não é uma prática punível, e conseqüentemente, a referida lei acabou por regulamentar a eutanásia ativa.

De modo geral, fica claro que a motivação que rege a referida lei tem foco no princípio da autonomia da vontade, princípio este fundamental no regimento do estado democrático de direito¹ explicitando uma motivação que, desde os 30 anos anteriores, já era posta em prática por vias jurisprudenciais. Assim, a lei tratou de estabelecer critérios claros, notadamente no sentido de que deve ser praticada por médico, enquanto a decisão do paciente terminal acometido de doença incurável ou sem perspectiva de melhora deve ser livre e voluntária, além da consulta com um médico independente.

Mantendo-se no cenário europeu, sabe-se que seus países adotam uma postura menos rígida, apresentando sanções atenuadas, a exemplo encontra-se a Itália, país no qual a prática da eutanásia é proibida, porém em debates constantes. Neste país, a

¹ RIVAS, Nicolás García. Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente. Estudios en Derecho y Gobierno, Bogotá, V 1(1), p. 52, 05 de set. de 2021.





referida prática suscitou diversas provocações e debates públicos nos últimos anos após os casos de Eluana Englaro e Fabiano Antoniani, tratando principalmente sobre o direito à vida, defendido fervorosamente na interpretação da igreja católica, que possui força marcante no cenário local. A igreja argumenta no sentido de que não se pode adotar interpretação de que é permitido a retirada da vida de outrem, mesmo do paciente terminal, em virtude de seus dogmas. Em sentido oposto, argumentam seus defensores na busca de sua autonomia decisória e preservação de sua dignidade, tentando um entendimento que propicie a realização de seu desejo. Deste modo, a família de Eluana Englaro conseguiu uma decisão judicial que permitiu a retirada do suporte que a mantinha viva, porém Fabiano Antoniani não conseguiu autorização para a prática da eutanásia e recorreu a uma clínica de morte assistida na Suíça. Assim, ainda prevalece no cenário italiano a argumentação defendida pela igreja católica, porém, o país apresenta um movimento em defesa da eutanásia que está em ascensão e, dessa forma, pode provocar mudanças na legislação local.

Continuamente, no que diz respeito aos países da América que firmaram entendimento favorável à prática da eutanásia, tem-se: Canadá, Colômbia e alguns estados dos Estados Unidos. Dentre esses, destaca-se a Colômbia por ser o único país da América Latina a regulamentar a eutanásia, através da resolução 12.116/2015. Entretanto, apesar de tal regulamentação ter sido recente, encontra-se legal o ato da eutanásia em crianças, ficando excluídos apenas os menores de 6 anos, enquanto os de 6 a 12 anos, somente em casos excepcionais. Doravante, percebe-se uma mudança no que se diz respeito ao entendimento jurídico colombiano, o qual passou a perceber uma necessidade de relativização de direitos, no caso em questão, do direito à vida, que não assume caráter absoluto, sendo esse fator crucial para a legalização da eutanásia no país.

Em sentido oposto, a maioria dos estados dos Estados Unidos não permite qualquer forma de eutanásia ou morte assistida, principalmente em estados com presença mais marcante do pensamento religioso cristão, que prega em seus dogmas que a retirada da vida de outrem ou do suporte vital seria um atentado contra a sacralidade da vida, e por consequência contra Deus. Continuamente, nenhum estado americano legalizou a eutanásia de modo oficial, mas alguns autorizaram a morte assistida, modalidade diversa que consiste na atribuição de que o médico não atua

diretamente na finalização da vida do paciente terminal, atuando de modo prescritorial para que o próprio paciente dê fim a sua vida. Este procedimento foi regulamentado nos estados do Oregon, Washington, Montana, Vermont e Califórnia¹ após debates legislativos, em que prevaleceu o argumento acerca do direito de escolha dos pacientes que se encontravam naquela situação terminal.

Diante desse panorama global, nota-se que há um avanço no debate internacional em prol da regulamentação da eutanásia, de modo que é possível avistar um horizonte contendo novos valores de atuação moral e social que devem fomentar novas práticas socioculturais atinentes às sociedades contemporâneas baseadas no império dos direitos humanos fundamentais.

4. PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pretende-se abordar acerca dos principais aspectos fundamentais relacionados aos princípios e direitos fundamentais que se destacam serem essenciais para compreensão do tema. Nesse sentido, tratar-se-á em princípio da dignidade da pessoa humana, para quem na concepção de Miguel Reale constitui:

“Verdadeiro valor fonte que conforma e inspira todo ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.”²

Dessa forma, pode-se afirmar que consiste na condição de princípio jurídico constitucional fundamental, de modo que se influi que os direitos fundamentais expressamente consagrados na constituição têm, em regra, a dignidade da pessoa humana como fundamento.³ Assim, ainda é possível ressaltar o caráter dúplice desse princípio, representado em sua dimensão defensiva (negativa), que representa que a

¹ CASTRO, Mariana. *et al.* Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. **Rev. bioét. (Impr.)**. 2016; 24 (2): p. 358. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/bioet/a/DhvhJgpN9ykykc9L8cpFtxN/?lang=pt>>. Acesso em: 28 de jul. 2021.

² REALE, Miguel. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. Página 264.

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. Página 263.



pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, e sua dimensão positiva (prestacional), que implica deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais.¹

No que tange ao direito à vida, compreende-se como um direito legítimo de defender a própria existência e existir com dignidade². Continuamente, é possível estabelecer que o direito à vida é relacional com outros direitos fundamentais, notadamente em relação ao da dignidade da pessoa humana, de acordo com a premissa de que toda vida humana é digna de ser vivida.³ Posto isto, é mister ressaltar a sua interligação ao tema central de análise, de modo que é verificável em primeiro plano uma correlação teórica e prática entre a eutanásia e os direitos fundamentais em voga.

Deste modo, destacam-se as dimensões do direito à vida, em especial no que se refere às dimensões subjetiva e objetiva. No âmbito subjetivo, entende-se que o referido direito abrange um complexo de posições de cunho negativo (defensivo) e positivo (prestacional)⁴, de forma que estas posições, de modo geral, encontram-se intrincadas em outro complexo, este de significações, responsável pela atribuição do sentido subjetivo que irá reger o posicionamento aplicado ao direito fundamental. Dentro deste viés, é possível buscar diferentes conformações para o sentido da eutanásia, alguns voltados no sentido de sua autorização legal e outros voltados para a sua vedação.

Continuamente, no âmbito objetivo, o direito à vida também comporta um bem jurídico ou valor protegido e reconhecido, do qual devem decorrer efeitos jurídicos autônomos⁵, sistematizando um pensamento jurídico basilar que ordena nosso regimento legal pátrio e que se liga enquanto um ponto focal para o questionamento acerca de sua influência sobre a eutanásia, buscando em primeira observação se este seria um óbice à sua autorização.

¹ Ibidem. p. 266.

² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 13° Edição. Salvador: JusPODIVM, 2019. Página 605.

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. Página 406.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. Página 413.

⁵ Ibidem.





Continuamente, em relação ao direito de liberdade, podemos aduzir que consiste em prerrogativa fundamental, positivado primordialmente (não exclusivamente) no artigo 5º da constituição federal, de forma que, em um panorama geral, preceitua um verdadeiro poder de autodeterminação¹. Assim, este assume relevância notável no sistema constitucional positivo brasileiro, de modo que não existem apenas direitos de liberdade específicos, mas também pode-se afirmar um direito geral de liberdade.²

Nesse viés, configura-se como fundamental a compreensão do tema enquanto ponto condutor para a formulação a respeito se há uma relação direta entre as liberdades individuais (tratando neste ponto em sentido amplo) e a inspiração enquanto tratamento ético (moral) e jurídico para a prática da eutanásia. Neste ponto, deve-se compreender dois componentes fundamentais que atuam no plano individual para efetivação desse direito, reconhecidos na forma do direito de escolha e de autodeterminação³.

As liberdades em voga ensejam um arroubo de competência para expressar uma autonomia individual (com menor intromissão no aspecto individual) característica das democracias contemporâneas, que representa, notavelmente, um avanço no sentido da separação entre os motivos que advogam em desfavor de sua prática e o âmbito de competência sobre o que deve ser alvo da competência regulatória para a proibição. Deste modo, partindo para análise mais detida, a autonomia pode assumir um caráter dúplice, em uma direção à formação da autonomia baseada no caráter individual, como forma de impulsionar as liberdades individuais, em característica mais aberta para com as escolhas e projetos de vida de seus titulares.

Noutra direção, a autonomia pode assumir um caráter coletivo, visando proteger determinados valores sociais, bens jurídicos que em determinação ao seu alto grau de relevância ensejam a intervenção estatal para sua proteção, de modo que, se por um lado este permite a proteção de bens vitais ao desenvolvimento democrático, em outra

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de DIREITO CONSTITUCIONAL**. 13ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2019. Página 612.

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. Página 484.

³ PIRES, Teresinha Inês Teles: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS LIBERDADES INDIVIDUAIS: A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO À LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 125-145, 2013.

perspectiva também pode ser utilizado como meio de instrumentalização social do indivíduo, algo indefensável no contexto das democracias contemporâneas.

Assim, a prática da eutanásia pode ser compreendida no âmbito da proteção da autonomia individual, enquanto manifestação de um viés mais liberal em desfavor de uma visão mais cética, ou pode ser compreendida enquanto interligada ao âmbito de proteção da autonomia em caráter coletivo, visando proteger bens jurídicos, essencialmente relacionados ao direito à vida em sua dimensão objetiva, explorando o conceito do referido direito fundamental enquanto direito absoluto, conjuntamente ao argumento de que este não poderia advogar em desfavor da vida de seu titular.

5. CONTROVÉRSIAS ENTRE A EUTANÁSIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1. DIREITO À VIDA

Inicialmente, é preciso considerar que não está se tratando aqui exatamente de direitos antagônicos, qual seja, de que no fato em questão é necessário considerar sobre o direito de viver e o direito de morrer, mas faces (espécies, em melhor formulação) de um mesmo direito¹. Desse modo, adentrando ao espectro do direito fundamental, tem-se que não se está diante de um direito absoluto de viver ou morrer, tal qual pode ser imaginado, estar-se-á diante de aparente conflito entre aspectos internos de um mesmo direito, qual seja, o direito à vida.

Assim, não é necessariamente o direito à vida o ponto focal de discordância sob o qual repousa o principal ponto de conflito referente à matéria em questão, visto que a titularidade do direito fundamental à vida não é absoluta sobre todos os outros direitos fundamentais. Ela é relacional, ou seja, relaciona-se intrinsecamente com outros direitos fundamentais, tal como a dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, não há necessariamente sobreposição entre o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana, de modo que ao abordar sua relação com a eutanásia, é possível lembrar a lição de Klaus Stern, segundo a qual não é possível a imposição da vida em contraposição a vontade de um titular de direitos fundamentais, em situação na qual se encontre na posse de sua sanidade mental e tome a decisão de modo livre, esclarecido

¹ RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 22, P. 1750, ago. 2006.



e consciente, e ademais sem interferência de interesses sociais alheios a sua pessoa, de tal forma que não é possível uma oposição por parte da dimensão objetiva do direito à vida que possa justificar a supressão da dimensão subjetiva do direito fundamental, ou seja, da vontade individual¹.

Nesta feita, há também o entendimento já apresentado anteriormente entre os que têm posição contrária à eutanásia, consistente na sustentação de que o direito à vida não permite um atentado contra seu titular, mesmo que a seu pedido. Data vênua, não é possível consubstanciar tal entendimento, em virtude de que esta posição também compreende princípios de difícil aplicação operacionalização, demonstrado principalmente no fato de que a própria Constituição Federal admite a relativização do direito à vida em seu artigo 5º, XLVII, a. Partindo para análise mais detida, é necessário adotar uma interpretação sistemática do referido diploma legal, que acaba por denotar que os princípios e direitos fundamentais estão correlacionados, adotando opção muito mais condizente com as liberdades e autonomia individual.

Nesse sentido, há um aparente conflito hermenêutico entre as dimensões do direito à vida, qual seja, entre a dimensão objetiva e subjetiva do referido direito, de tal sorte que não se confundem semanticamente tais dimensões do direito com outros direitos fundamentais, como poderia ser representado através de uma aparente confusão entre a dimensão subjetiva do direito, representado aprioristicamente em um modelo de qualidade de vida, e o direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Deve-se aqui compreender a mudança de paradigma que passou a abranger o aspecto relacional entre tais direitos fundamentais, visto que não existem direitos absolutos, de modo que é preciso analisar o aspecto prático de interação em busca da melhor aplicação.

Continuamente, superada a dicotomia em relação ao suposto antagonismo no espectro entre vida e morte, tem-se uma prospecção em direção à normativa de que a morte é uma certeza indelével da natureza e condição humana², representado ainda na área da psicologia, de que a representação do ser humano é a consciência de sua

¹ STERN, Klaus; BECKER, Florian. Grundrechte Kommentar. Köln: Carl Heymanns, 2010 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. Página 421.

² SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. **Ciência e saúde coletiva**, v. 9, p. 32, 2004.

finitude¹. Deste modo, apresenta-se a eutanásia, inicialmente no seu sentido semântico, na prática da boa morte, passando ao filosófico e normativo, almejando não apenas a retirada da vida, consubstanciando que não se pode referir o direito à vida enquanto absoluto, mas partindo também do espectro subjetivo do próprio direito à vida, não representando assim uma incompatibilidade absoluta entre eutanásia e o direito fundamental à vida, apresentando-se sua congruência em uma premissa simples, tal como assegurar a possibilidade de uma morte com dignidade.

5.2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA (LIBERDADE)

Em princípio, tem-se a dignidade da pessoa humana e os princípios de liberdade e autonomia enquanto balizadores de nossa ordem jurídica, de tal sorte que se pode inferir a importância que foi adotada a tais princípios na ordem jurídica constitucional pós ditadura militar. Continuamente, a mudança de paradigma em busca de viabilizar uma melhoria da qualidade de vida também resultou em um aumento expressivo dos direitos e garantias individuais, notadamente no que diz respeito à Constituição Federal de 1988, de modo que essa expressão referente a tais direitos é notavelmente uma opção legislativa decorrente do poder constituinte originário, desenvolvendo um novo paradigma ao que até então era praticado e assegurado pelo ordenamento vigente.

Nesse viés, é possível fazer apontamentos de ordem constitucional, partindo da análise pertinente à Constituição Federal de 1988, que nos permite balizar a dignidade da pessoa humana enquanto um dos fundamentos da República², de tal sorte que é possível aduzir que a afirmação de tal direito reforça o valor intrínseco ao indivíduo, impedindo a instrumentalização social como regra geral³. Dando prosseguimento, há também a expressão às liberdades individuais e a autonomia individual, de modo que é preciso frisar que cada indivíduo tem o direito de escolher seus projetos de vida⁴, devendo esta escolha ser respeitada dentro do panorama geral, culminando assim que os direitos fundamentais em voga se constituem como a base de fundamentação e justificação última dos direitos fundamentais⁵.

¹ Ibidem.

² BARROSO, Luís Roberto, MARTEL, Letícia Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 38, p. 250, 2010.

³ Ibidem.

⁴ Ibid., p. 251.

⁵ Ibidem.



Partindo dessas premissas, o processo de formação da Constituição de 1988 evidenciou uma grande reforma em relação à constituição anterior, priorizando as liberdades individuais, demonstrando através do vasto elenco de direitos e garantias individuais, uma prioridade à autonomia individual como ponto vital¹. Deste modo, as liberdades enquanto manifestações da autonomia individual, ganharam um prestígio maior do que a autonomia coletiva², representando uma paradigmática referente ao poder de autodeterminação do indivíduo frente à coletividade, representado também, a princípio, na fala de Schramm:

“(...) em caso de conflito de interesses e de direitos, o direito da autodeterminação tem uma prioridade léxica sobre os demais direitos no contexto de decisões referentes à vida e à morte de seu titular, quer dizer, a pessoa em princípio é mais qualificada para avaliar e decidir o rumo de sua vida”³.

Em contraposição, há entendimentos que propugnam que a prática em discussão se manifesta de maneira degradante, que ofende diretamente a dignidade da pessoa humana, o que seria vedado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, III. Data vênha, seria um desserviço consubstanciar tal entendimento, na medida em que se revela ante a impossibilidade de cura ou melhora significativa das condições vitais, em relação àquele que padece de enfermidade incurável ou sem perspectiva de cura, que lhe fornecem significativas dores (em sentido amplo). Uma verdadeira degradação da dignidade humana, de modo que, o que é aqui defendido não se trata da eutanásia obrigatória ou compulsória, mas do direito de escolha e exercício da autonomia individual que devem ser assegurados a todos que se encontram em posse de sua natural capacidade civil.

Nesse sentido, é possível adotar interpretação de que a eutanásia consiste em expressão da liberdade e autonomia individual com vistas a assegurar a eficácia da dignidade da pessoa humana, de modo que a representatividade de tal marco, frisando

¹ Ibid., p.262.

² Ibid.

³ SCHRAMM, Fermin Roland. Por qué la definición de muerte no sirve para legitimar moralmente la eutanasia y el suicidio asistido? *Perspectivas Bioéticas*, 2001 apud SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciência e saúde coletiva*, 2004, p. 38.



sempre a imprescindibilidade do consentimento livre e esclarecido, é basilar à conjuntura moderna de desenvolvimento social e jurídico, que acompanhado de princípios da bioética referentes ao assunto, como beneficência, não-maleficência, autonomia, justiça e prudência¹, são pontos de referência ao assunto, desempenhando papel chave na busca pela eficácia do direito aliado à melhor prospecção de seus efeitos sociais.

6. CONCLUSÃO

Por fim, constata-se que, tanto do ponto de vista filosófico quanto ético, a eutanásia (em sentido amplo) apresenta-se como conduta que visa garantir direitos fundamentais, tutelados justamente pela autonomia individual, de modo voluntário, livre e esclarecido, tomando a dignidade enquanto ponto focal, como já citado, e consoante com o pensamento de Wittgenstein, que tem a dignidade enquanto “rotação do eixo de referência de nosso exame em torno de um ponto fixo de nossa real necessidade” (ANJOS, 2005, P.111)², representando também que a dignidade não pode ser reduzida apenas a autonomia, devendo também abarcar outras expressões como a solidariedade³.

Tem-se que os direitos fundamentais em voga podem e devem dialogar entre si, mantendo seu aspecto relacional de interação, de modo que com a mudança de paradigma já citada, o seu aspecto de incidência fica intrinsecamente ligado à perspectiva da autonomia individual, respeitando mutuamente os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana, propiciando alternadamente uma visão diferenciada com vistas a proporcionar uma humanização mais condizente a realidade.

Ademais, a dor e o sofrimento do enfermo ensejam um olhar diferenciado, no sentido de que a dimensão objetiva do direito à vida não pode ser um óbice com vistas a manter uma vida de maneira degradante. Deste modo, sobressai uma necessidade de refutar a afirmação de um suposto “dever de viver”, de forma que deve ocorrer uma

¹ MORAES E SOUZA, Maria Teresa de; LEMONICA, Lino. Paciente terminal e médico capacitado: parceria pela qualidade de vida. *Bioética*, Conselho Federal de Medicina, v. 11, p. 83, 2003.

² ANJOS, Márcio Fabri dos. Dignidade humana em debate. *Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, p. 111, 2005.

³ Ibidem.





interação entre a dimensão subjetiva do direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana, aliado à noção de que as liberdades e a autonomia individuais são representativos do que é possivelmente uma ampliação da noção a respeito de para quê, para quem e para o que se está vivendo, desembocando na assertiva de que é preciso proteger não apenas a vida, mas é preciso também proteger a morte, incidindo não apenas no aspecto referente aos direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana, mas em relação ao “processo de morrer”, de suma relevância social.

Nesse viés, não é possível dissociar que a relação entre o modo pelo qual o ordenamento jurídico trata a eutanásia e a sua fundamentação adequada são díspares, importando que a interpretação que é adotada atualmente, no sentido da penalização da prática da eutanásia, não exorta o devido valor legal aos direitos fundamentais em discussão, exarando uma prática paternalista que em verdade não se mostra adequada aos tempos hodiernos, em que, apesar de novos valores constitucionais apresentarem um marco ao desenvolvimento enquanto sociedade e democracia em caminho oposto a constituição anterior, ainda encontramos permeados por legislações infralegais arraigadas à diplomas anteriores.

Assim, o entendimento adotado pela jurisprudência brasileira ao Código Penal em vigor, relacionando a prática da eutanásia à tipificação do homicídio, revela-se um desserviço social com a contemporaneidade, de modo que uma mudança em prol de sua regulamentação legal deve prestigiar novos valores sociais, como a dignidade da pessoa humana, em seu aspecto relacional às liberdades e à autonomia, que desembocam na solidariedade, e até mesmo em relação ao direito à vida, que não se revela antagônico com outros direitos fundamentais e, assim, passam a desenvolver-se mutuamente em direção ao caminho prestigiado pelos novos valores vigentes, concluindo-se que há possibilidade de efetivação da eutanásia no Brasil em conformidade com os princípios e direitos fundamentais que regem a Constituição Cidadã.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Márcio Fabri dos. Dignidade humana em debate. **Bioética**, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2005.

- BARROSO, Luís Roberto, MARTEL, Letícia Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 38, 2010.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de DIREITO CONSTITUCIONAL**. 13ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, V. 22, ago. 2006.
- DODGE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia: aspectos jurídicos. **Bioética**, Brasília: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299#:~:text=No%20Direito%20brasileiro%20a%20eutan%C3%A1sia,ou%20mesmo%20implorado%20pela%20medida>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.
- MORAES E SOUZA, Maria Teresa de; LEMONICA, Lino. Paciente terminal e médico capacitado: parceria pela qualidade de vida. **Bioética**, Conselho Federal de Medicina, v. 11, p. 83, 2003.
- PESSINI, Léo. Distanásia: Até quando investir sem agredir? **Bioética** v.4, n. 1, P.5, 2009. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/394>. Acesso em: 05 de set. de 2021.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 22.
- RIVAS, Nicolás Garcia. Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente. *Estudios en Derecho y Gobierno*, Bogotá, V 1(1), p. 52, 05 de set. de 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. **Ciência e saúde coletiva**, v. 9, p. 32, 2004.
- PIRES, Teresinha Inês Teles: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS LIBERDADES INDIVIDUAIS: A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO À LUZ DO PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 125-145, 2013. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34868>>. Acesso em: 30 de julho de 2021.





AMPLLA
EDITORA

2021



AMPLLA
EDITORA

2021

