

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITOS

humanos

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

GABRIEL R. ROZENDO PINTO

ALINE ALBUQUERQUE SANT'ANNA DE OLIVEIRA

Lilian Rose Lemos Rocha
Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira
Gabriel R. Rozendo Pinto

CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITOS HUMANOS

Organizadores:

Davi Beltrão de Rossiter Corrêa
Maria Fernanda Campos Rossiter
Ricardo Victor Ferreira Bastos

Brasília
2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Lemos Rocha

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: direitos humanos / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha; Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira; Gabriel Rozendo Pinto; organizadores, Davi Beltrão de Rossiter Corrêa; Maria Fernanda Campos Rossiter; Ricardo Victor Ferreira Bastos. – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2018.
191 p.

ISBN 978-85-61990-82-4

1. Direitos Humanos. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 342.7

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO	04
APRESENTAÇÃO	05
DIFICULDADES EMPRESARIAIS NA INCLUSÃO EFETIVA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO	07
<i>ALINE CRISTINA ROJAS E LARYSSA VIANA RAMOS</i>	
ANÁLISE DOS REFLEXOS DA AUTOMAÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS	34
<i>ANA REGINA MARQUES BRANDÃO</i>	
A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS PACIENTES IDOSOS NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	49
<i>DENISE G. A. M. PARANHOS</i>	
PANORAMA DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO DISTRITO FEDERAL	70
<i>FELIPE HENRIQUE FREITAS SITÔNIO, GEOVANA MUNIZ RUELLA E TATIANA DE OLIVEIRA DE LIMA</i>	
PRIVACIDADE FRENTE ÀS INTERCEPTAÇÕES DAS COMUNICAÇÕES E VIGILÂNCIA SECRETA FEITAS PELOS ÓRGÃOS INVESTIGATIVOS NA PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	100
<i>FELLYPE MARLON MENDES RIBEIRO</i>	
O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA E LIBERDADE DO ADOLESCENTE TRANSEXUAL EM FAVOR À REDUÇÃO DA IDADE MÍNIMA PARA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL	113
<i>FILIFE FERREIRA DE OLIVEIRA</i>	
RESPONSABILIZAÇÃO DE UM ESTADO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FORA DE SEU TERRITÓRIO	125
<i>IGOR XAVIER SILVEIRA</i>	
DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO COMO VISÃO LEGITIMADORA DA ESCRAVIDÃO: UMA PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	174
<i>RENAN EMANUEL ROCHA MELO</i>	

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e importante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor ICPD/UniCEUB

APRESENTAÇÃO

Na conjuntura social contemporânea o discurso e as ferramentas dos direitos humanos se revelam de extrema utilidade para evitar retrocessos e apontar caminhos. Com efeito, no presente momento, há que se fortalecer as conquistas alcançadas por meio da atuação do Estado na regulação de determinadas relações privadas e na salvaguarda de populações vulneráveis. No Brasil, embora se tenha avançado em termos legislativos em algumas áreas, como dos direitos das pessoas com deficiência e do combate ao trabalho análogo ao de escravo, há muito que se fazer do ponto de vista prático, particularmente no que toca à adoção de políticas públicas eficientes. Desse modo, tendo em vista o panorama atual dos direitos humanos, esta coletânea de artigos tem dois focos: o primeiro recai sobre a construção normativa-jurisprudencial dos direitos humano na esfera internacional e o segundo os desafios de sua efetivação no Brasil.

Inicialmente, quanto à perspectiva jurídico-internacional dos direitos humanos, tratou-se da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a discussão relativa à territorialidade das obrigações do Estado em matéria de direitos humanos e a proteção dos direitos da população LGBT. Sob o enfoque da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, destaca-se o artigo que discorre acerca da proteção do direito à privacidade em face das novas tecnologias de investigação criminal. Ainda, sob o prisma do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sublinha-se a análise do mais recente tratado interamericano de direitos humanos, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa, de 2015. A outra abordagem desta coletânea confere ênfase a temáticas desafiadoras para o Brasil. Assim, trata-se da efetivação do direito ao trabalho da pessoa com deficiência e do tema ainda persistente do trabalho em condições análogas a de escravo. Também se destaca o assunto inovador acerca da autonomia do adolescente na esfera da saúde e de extrema relevância prática na medida em que repercute diretamente no cotidiano dos adolescentes quando em

contato com os serviços de saúde. Outro artigo que se revela de contemporaneidade patente tem como objeto a precarização das relações de trabalho e do aumento do desemprego gerado com a automação/robotização dos postos de trabalho, que dialoga com as discussões globais sobre o futuro de tais relações. Outro assunto objeto desta coletânea que se mostra de extrema complexidade mormente em razão de que seu enfrentamento pressupõe a adoção de políticas públicas intersetoriais diz respeito à condição das pessoas em situação de rua, cuja abordagem adotada no artigo problematiza a temática na esfera do Distrito Federal.

Esta coletânea derivou dos artigos produzidos pelos alunos do Curso de Atualização em Aspectos Processuais dos Direitos Humanos e da Disciplina Direitos Humanos da Pós-Graduação em Direito do UniCEUB. No Curso e na Disciplina buscou-se enfatizar a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais de modo a demonstrar que o arcabouço teórico-normativo dos direitos humanos ainda é escassamente estudado no país, o que conduz a visões errôneas sobre tais direitos e seus modos de contribuir para a transformação do país.

Aline Albuquerque Sant'Anna de Oliveira

DIFICULDADES EMPRESARIAIS NA INCLUSÃO EFETIVA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO: UMA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS

Aline Cristina Rojas¹
Laryssa Viana Ramos²

Resumo

O artigo tem o escopo de enunciar as dificuldades de inclusão no mercado de trabalho enfrentadas pelas pessoas com deficiência, visando identificar quais as barreiras que devem ser rompidas. Analisar-se-á a importância do estudo dos direitos humanos para a mudança social e a consequente inclusão social das pessoas com deficiência. Apesar de uma vasta legislação protegendo essa gama populacional, vê-se que ainda é um problema social que necessita de maior atenção.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Inclusão no mercado de trabalho. Direitos humanos.

Abstract

This article has the scope to state the difficulties faced by people with disabilities around their inclusion in the labour market, in order to identify the obstacles that must be broken. It will be analyzed the importance about the study of human rights for a social change and the consequent social inclusion of people with disabilities. Despite of existing a wide legislation protecting this group, it is still a social issue that needs more attention.

Keywords: People with disabilities. Inclusion in the labor market. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

¹ Advogada, aluna integrante do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) – Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento (ICPD), alinerojas.adv@gmail.com.

² Advogada, aluna integrante do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) - Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento (ICPD), laryssa.viana@gmail.com.

Dados da OMS expõem que aproximadamente um bilhão de pessoas possuem algum tipo de deficiência, no sentido biológico do termo, sendo que no Brasil as pessoas com deficiência protagonizam 23,91%, o que equivale a 45.606.048 indivíduos, segundo últimos dados divulgados pelo Censo Demográfico do IBGE³.

O desafio de incluir efetivamente as pessoas com deficiência nos diversos aspectos sociais, sobretudo no mercado de trabalho, persiste no mundo inteiro, eis que a sociedade se mostra insensível às diversidades, culminando na discriminação e segregação dos grupos minoritários. Tal perspectiva cosmopolita deriva da tradição greco-romana de cultuar a perfeição, de forma que as pessoas com deficiência eram submetidas a condições desumanas e degradantes, além de serem consideradas um fardo para a vida familiar e comunitária.

Após a criação da ONU em 1945 e diante desse contexto histórico conturbado, foram criados inúmeros documentos internacionais voltados à proteção dos grupos vulneráveis, especialmente as pessoas com deficiência, crianças e mulheres. Dentre os tratados existentes no sistema global de proteção dos direitos humanos, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é considerada a mais importante, impondo aos Estados-partes o dever de promover a inclusão social e de fomentar a mudança na visão discriminatória enraizada na sociedade em relação a essas pessoas.

O presente artigo pretende demonstrar as dificuldades que ainda persistem para a efetiva inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e a importância do estudo dos direitos humanos para a mudança social. Para isso, se fez o uso de pesquisas bibliográficas e verificação de dados estatísticos. Em que pese a ratificação do Estado Brasileiro de quase a totalidade dos tratados internacionais existentes, ainda encontra obstáculos para proporcionar sua concreta efetividade, sobretudo em razão dos aspectos culturais, que acabam por isolar os Estados em suas particularidades, bem como invocar sua soberania, refutando qualquer ingerência internacional no âmbito local e cultural.

³ VEJA os primeiros resultados do censo 2010 sobre pessoas com deficiência. Disponível em: <<https://www.deficienteciente.com.br/veja-os-primeiros-resultados-do-censo-2010-sobre-pessoas-com-deficiencia.html>>. Acesso em: 18 set. 2017.

2 CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Após o término das duas primeiras guerras mundiais houve uma maior preocupação com a proteção das pessoas com deficiência, tendo em vista que uma das principais consequências do pós-guerra era o surgimento de deformidades, mutilações e perdas funcionais e sensoriais dos indivíduos. Nesse sentido, os direitos humanos das pessoas com deficiência se consolidaram gradativamente, sendo vistos sob o ponto de vista humanitário e não mais político⁴.

Diferentemente do que se acredita, a Declaração de Direitos Inglesa de 1689 produzida após as guerras civis inglesas, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, criada após a Revolução Francesa, foram os primeiros documentos internacionais a dispor sobre a igualdade entre os indivíduos, porém a Declaração Universal dos Direitos Humanos datada de 1948 foi a primeira a garantir essa equidade para todos em nível global⁵.

A Declaração Universal de Direitos Humanos foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU através da resolução nº 217 e é a base para a implementação das políticas públicas no âmbito local dos Estados. No entanto, ainda em fase de produção da DUDH, a ONU já procurava meios para promover a proteção de certos grupos, tidos como vulneráveis, tais como as crianças, mulheres e pessoas com deficiência, antes vistas como um fardo. Esse intento de buscar formas de proteção específica para esses indivíduos corroborou para o caráter universal da Declaração

⁴ DAMIÃO, Regina Toledo; DRUMOND, Sybelle Luzia Guimarães. A efetivação do direito à aposentadoria especial das pessoas portadoras de deficiências. In: BIER, Clerilei; TORTUERO, José Luis (Org.). *III Encontro de internacionalização do conpedi*, 2015, Madrid: Ediciones Laborum, v. 05, p. 8-28. 2015. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/viewFile/107/101>>. Acesso em: 12 ago. 2017. p. 10.

⁵ PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro nacional de estudos populacionais*, 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017. p. 3.

dos Direitos Humanos⁶. Tal documento internacional garante uma série de direitos básicos a todas as pessoas, sem quaisquer distinções⁷.

Ainda, no plano internacional foram confeccionadas duas declarações relacionadas à deficiência: A Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, elaborada em 1971 pela Assembleia Geral da ONU e a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1975. A primeira trata especificamente de indivíduos com transtornos mentais, dispondo que estes também têm o direito humano ao trabalho, bem como de convivência familiar ou em lar substitutivo. Já a segunda declaração é mais ampla, abarca todas as modalidades de deficiência e enfatiza os direitos previstos na Declaração dos direitos do deficiente mental⁸.

Diante dos múltiplos documentos internacionais existentes sobre essa temática, surgiu a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2006 no âmbito universal dos Direitos Humanos para subsidiar e estender os direitos básicos desse grupo marginalizado de forma mais abrangente e efetiva, sendo considerada uma das mais importantes e essenciais no âmbito da ONU, devendo ser aplicada por todos os Estados signatários⁹. Ainda, o fato destes direitos estarem previstos em uma *hard law* confere-lhes maior visibilidade e compromisso internacional, reiterando de forma contumaz a proibição da discriminação.

A elaboração do conteúdo da Convenção Internacional contou com a participação ativa das pessoas com deficiência, especialmente para fazer jus à

⁶ DAMIÃO, Regina Toledo; DRUMOND, Sybelle Luzia Guimarães. A efetivação do direito à aposentadoria especial das pessoas portadoras de deficiências. In: BIER, Clerilei; TORTUERO, José Luis (Org.). *III Encontro de internacionalização do conpedi*, 2015, Madrid: Ediciones Laborum, v. 05, p. 8-28. 2015. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/viewFile/107/101>>. Acesso em: 12 ago. 2017. p. 11.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

⁸ DAMIÃO, Regina Toledo; DRUMOND, Sybelle Luzia Guimarães. A efetivação do direito à aposentadoria especial das pessoas portadoras de deficiências. In: BIER, Clerilei; TORTUERO, José Luis (Org.). *III Encontro de internacionalização do conpedi*, 2015, Madrid: Ediciones Laborum, v. 05, p. 8-28. 2015. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/viewFile/107/101>>. Acesso em: 12 ago. 2017. p. 12.

⁹ PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro nacional de estudos populacionais*, 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017. p. 7.

inclusão desse grupo na sociedade, vez que o histórico que as rodeiam é essencialmente discriminatório e segregatório. Tal Convenção se tornou um marco histórico para a proteção das pessoas com deficiência, vez que sua adesão reflete a imagem internacional de um Estado que respeita, promove e protege os direitos humanos desses indivíduos, bem como sua inserção social. O Brasil se tornou signatário da Convenção em 2007, tendo ratificado inclusive o Protocolo Adicional no ano de 2008, por intermédio do Decreto-Lei nº 186¹⁰.

A Convenção supra foi a única aprovada no âmbito nacional seguindo os trâmites legais para ter força constitucional, previstos no art. 5º, § 3º da CF/88. Nesse diapasão, tal Convenção tem natureza jurídica de norma constitucional, sendo vedada a alteração de seus dispositivos por meio de leis infraconstitucionais¹¹.

2.1 O novo conceito de deficiência trazido pela ONU

A Convenção da ONU conceitua pessoas com deficiência como:

Aqueles que têm impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas¹².

E elenca como um de seus princípios a inclusão social. Ainda dispõe que os Estados-partes, incluso o Brasil, devem, prioritariamente, promover e executar políticas públicas para efetivar a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade de forma igualitária com os demais e eliminar todas as barreiras passíveis de impedir seu convívio social, incluindo os obstáculos culturais¹³.

¹⁰ DAMIÃO, Regina Toledo; DRUMOND, Sybelle Luzia Guimarães. A efetivação do direito à aposentadoria especial das pessoas portadoras de deficiências. In: BIER, Clerilei; TORTUERO, José Luis (Org.). *III Encontro de internacionalização do conpedi*, 2015, Madrid: Ediciones Laborum, v. 05, p. 8-28. 2015. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/viewFile/107/101>>. Acesso em: 12 ago. 2017. p. 13.

¹¹ MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. *Revista da AGU*, v. 12, n. 37, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>>. Acesso em: 1 set. 2017. p. 3.

¹² BRASIL. *Decreto nº 6949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹³ DAMIÃO, Regina Toledo; DRUMOND, Sybelle Luzia Guimarães. A efetivação do direito à aposentadoria especial das pessoas portadoras de deficiências. In: BIER, Clerilei; TORTUERO, José Luis (Org.). *III Encontro de internacionalização do conpedi*, 2015, Madrid: Ediciones Laborum, v. 05, p. 8-28.

Diante da ratificação da Convenção pelo Brasil, as limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais não são mais vistas como deficiência por si só, mas sim como peculiaridades pessoais de um ser humano, de forma que a caracterização da deficiência somente se dá com a conexão entre esses impedimentos biomédicos, o comportamento e tendência de exclusão por parte da sociedade e os entraves sociais, jurídicos, urbanísticos, econômicos e culturais, bem como em razão da cultura discriminatória enraizada no Brasil, que inibem a participação efetiva dessas pessoas na sociedade.

A Convenção Internacional desvinculou, portanto, o conceito de deficiência da perspectiva médica e o inseriu no contexto social e funcional.

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas¹⁴.

Pelo exposto na Convenção, a deficiência não é mais aquela intrínseca à pessoa, mas sim extrínseca, localizada na própria sociedade¹⁵, que ainda se mostra insensível a promover o tratamento igualitário das pessoas com impedimentos, principalmente no que tange à acessibilidade. Diante disso, o novo conceito de deficiência incluiu a proteção de pessoas que, anteriormente, não eram consideradas com deficiência em razão de critérios exclusivamente anatômicos¹⁶.

2015. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/viewFile/107/101>>. Acesso em: 12 ago. 2017. p. 13.

¹⁴ MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. *Revista da AGU*, v. 12, n. 37, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>>. Acesso em: 1 set. 2017. p. 2.

¹⁵ MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. *Revista da AGU*, v. 12, n. 37, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>>. Acesso em: 1 set. 2017. p. 3.

¹⁶ MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. *Revista da AGU*, v. 12, n. 37, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>>. Acesso em: 1 set. 2017. p. 6.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi inspirado na Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e define que os obstáculos passíveis de frustrar a acessibilidade são quaisquer

entraves, atitudes ou comportamentos que limitem ou impeçam a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros¹⁷.

O novo conceito de pessoa com deficiência é aplicado conjuntamente ao princípio da vedação do retrocesso, de tal forma que uma pessoa anteriormente enquadrada com deficiência deve demonstrar que sua peculiaridade pessoal impede sua acessibilidade plena no meio social. Tal exigência não se configura como retrocesso na proteção estatal dessas pessoas, vez que o atendimento do critério sociológico é medida que garante a proteção mais eficaz e justa em relação àqueles que efetivamente necessitam, haja vista que o objetivo é a inclusão social¹⁸.

Ademais, adequar as pessoas ao novo conceito trazido pela ONU importa em reduzir os gastos orçamentários estatais, especialmente com os benefícios destinados a essas pessoas, tendo em vista a imposição de novos critérios a serem observados para a configuração de pessoa com deficiência, sob pena de violar a igualdade¹⁹.

Conforme Maurício Maia, manter a proteção estatal às pessoas que deixaram de possuir a deficiência em razão do novo conceito internacional afronta a igualdade entre as pessoas e promove a discriminação, não sendo, pois, efetiva²⁰.

2.2 Inclusão social das pessoas com deficiência através da legislação pátria

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 13146, de 6 de julho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 5 set. 2017.

¹⁸ MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. *Revista da AGU*, v. 12, n. 37, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>>. Acesso em: 1 set. 2017. p. 5.

¹⁹ MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. *Revista da AGU*, v. 12, n. 37, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>>. Acesso em: 1 set. 2017. p. 5.

²⁰ MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. *Revista da AGU*, v. 12, n. 37, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>>. Acesso em: 1 set. 2017. p. 9.

Frente às dificuldades e o histórico discriminatório enfrentadas pelas pessoas com deficiência, o Brasil priorizou a implementação de uma política inclusiva, promulgando múltiplas legislações para esse fim.

No âmbito da ONU foi aprovado o Plano de Ação Mundial para as pessoas com deficiência no ano de 1982, cujo tema era Igualdade e Participação Plena, de forma a recomendar que os Estados membros tomassem medidas proativas e pertinentes para proporcionar a inclusão das pessoas com deficiência em todos os aspectos da sociedade, bem como para adotar instrumentos de prevenção às deficiências através da saúde preventiva²¹.

Diante disso, o Poder Legislativo passou a empreender esforços para assegurar assistência às pessoas com deficiência. A Lei nº 7070/82 concedeu pensões especiais e vitalícias aos indivíduos com a “Síndrome da Talidomida”, que dependam de auxílio pessoal para a realização de suas atividades habituais. Da mesma forma, a Lei nº 8742/93, que instituiu o LOAS, assegura benefício assistencial (BPC) no valor de um salário mínimo à pessoa com deficiência em condições de miserabilidade, entendida como a percepção de renda per capita de até ¼ do salário mínimo²².

Importa destacar que a Lei nº 12470/11 incluiu o art. 21-A²³ na Lei nº 8742/93 para estimular a busca pela capacitação profissional por seus beneficiários ao dispor que o exercício de atividade laborativa apenas implica na suspensão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), o qual será restabelecido findo o contrato de trabalho, sem necessidade de realização de perícia biopsicossocial e desde que o indivíduo não tenha recebido benefício previdenciário. Isso porque, anteriormente à alteração legislativa, o desempenho de labor culminava no cancelamento do benefício

²¹ PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro nacional de estudos populacionais*, 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017. p. 4.

²² BRASIL. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

²³ “Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual”.

assistencial e, por esse motivo, grande parte dos beneficiários permaneciam às margens da sociedade em razão do temor de perder o benefício definitivamente²⁴.

Ainda, em consonância com tal mudança normativa, o Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê a concessão de um auxílio-inclusão para as pessoas com deficiência que tiverem seu BPC suspenso em razão do exercício de trabalho, o que contribui para a busca de empregos ou o empreendedorismo individual, também muito reconhecido²⁵.

A Lei nº 7853/89 dispõe sobre as ações e programas governamentais implantados para facilitar a inclusão social das pessoas com deficiência através da garantia aos direitos humanos básicos para reaver o bem-estar pessoal, social e econômico, para além de definir crimes específicos, repudiando toda e qualquer discriminação, bem como a omissão estatal. Ainda, deu origem à Coordenadoria Nacional e a Política Nacional para fins de consumir todos os direitos previstos na Convenção da ONU para as pessoas com deficiência de forma prioritária²⁶. Embora tenha sido elaborada em 1989, sua regulamentação só ocorreu em 1999 através do Decreto Federal nº 3298/99, morosidade existente na aplicação de quase a totalidade das leis acerca das pessoas com deficiência²⁷.

²⁴ SANTOS, Rafael Morengue. A efetivação do direito ao trabalho às pessoas com deficiência. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 01, jan./mar. 2017, p. 151-167. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/351>>. Acesso em: 25 ago. 2017. p. 161.

²⁵ SANTOS, Rafael Morengue. A efetivação do direito ao trabalho às pessoas com deficiência. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 01, jan./mar. 2017, p. 151-167. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/351>>. Acesso em: 25 ago. 2017. p. 162.

²⁶ DAMIÃO, Regina Toledo; DRUMOND, Sybelle Luzia Guimarães. A efetivação do direito à aposentadoria especial das pessoas portadoras de deficiências. In: BIER, Clerilei; TORTUERO, José Luis (Org.). *III Encontro de internacionalização do conpedi*, 2015, Madrid: Ediciones Laborum, v. 05, p. 8-28. 2015. Disponível em: <<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/viewFile/107/101>>. Acesso em: 12 ago. 2017. p. 17.

²⁷ PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro nacional de estudos populacionais*, 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017. p. 6.

Em que pese a existência de inúmeras leis nacionais e tratados internacionais que versam sobre os direitos equânimes das pessoas com deficiência, o maior embaraço é a aplicabilidade dessas normas no âmbito interno²⁸.

2.3 Inclusão no mercado de trabalho e lei de cotas

O Sistema ONU de Direitos Humanos também se preocupou em instituir o direito ao trabalho como um direito humano para todas as pessoas, refutada qualquer forma de discriminação. Tal direito está positivado tanto em *soft laws* (Declaração Universal de Direitos Humanos), como em *hard laws* (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Ainda, a OIT criou inúmeras convenções visando a eliminação ou redução dos níveis de desemprego²⁹, bem como a imposição de condições mínimas de salubridade e higiene no meio ambiente laboral.

Segundo Amaral, numa sociedade capitalista, o indivíduo só é visto como um cidadão se participa da produção e do consumo e, por esse motivo, a garantia legal de inserção das pessoas com deficiência no mercado trabalhista representa um avanço social e individual, eis que, em tese, rompe a ideia de que uma pessoa com deficiência é improdutiva e incapaz³⁰.

Por essa razão, no ano de 1923, a OIT expediu recomendação aos Estados para que aprovassem legislações internas específicas para promover a reinserção dos sobreviventes de conflitos armados no mercado de trabalho, eis que a grande maioria, senão todos, adquiriam alguma sequela limitante³¹.

²⁸ PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro nacional de estudos populacionais*, 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017. p. 1.

²⁹ SANTOS, Rafael Morengue. A efetivação do direito ao trabalho às pessoas com deficiência. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 01, jan./mar. 2017, p. 151-167. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/351>>. Acesso em: 25 ago. 2017. p. 156.

³⁰ PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro nacional de estudos populacionais*, 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017. p. 2.

³¹ PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro*

O direito ao trabalho é um direito humano de 3ª dimensão e, em conjunto com a saúde, educação, seguridade social, entre outros, depende da implementação progressiva pelos Estados, vez que carecem de recursos orçamentários para sua efetivação³². Ante a proteção global do direito humano ao trabalho, cabe ao Estado empregar medidas que viabilizem o acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho para fins de eliminar os preconceitos e discriminações que ainda se encontram enraizadas na sociedade.

De acordo com a Convenção nº 111 da OIT, discriminação é entendida como:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados³³.

A Convenção nº 159 da OIT de 1983 dispôs sobre a proteção das pessoas com deficiência no campo laborativo, de maneira a impor aos Estados o desempenho de sua função fiscalizatória para assegurar que as empresas ofereçam tratamentos e oportunidades equitativas de trabalho para esse grupo minoritário em relação aos demais empregados para ser possível sua ascensão e integração social, profissional e pessoal³⁴.

nacional de estudos populacionais, 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017. p. 3.

³² MARQUES, Aline Damian. Direitos humanos, direito dos trabalhadores e justiça: uma análise da realidade brasileira. Dissertação (Mestrado) – Programa de pós-graduação stricto sensu em direitos humanos, Universidade Regional do Noroeste do Estado do RS – UNIJUI, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4379>>. Acesso em: 29 ago. 2017. p. 29.

³³ BRASIL. *Decreto nº 62150, de 19 de janeiro de 1968*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 8 set. 2017.

³⁴ PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro nacional de estudos populacionais*, 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017. p. 5.

Visando evitar atitudes discriminatórias, a Convenção assegura que os Estados-partes devem exercer sua fiscalização na iniciativa privada e pública para averiguar a adaptação do meio ambiente laboral, cuja finalidade é de propiciar o desenvolvimento das aptidões profissionais das pessoas com deficiência³⁵, um dos maiores desafios das empresas em razão do alto custo financeiro.

Em 1993, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução nº 48/96, cuja finalidade é de indicar as ações precípuas a serem adotadas pelos Estados para fins de promover a igualdade de oportunidade para as pessoas com deficiência. De acordo com a resolução:

Entende-se por "realização da igualdade de oportunidades" o processo mediante o qual o meio físico e os diversos sistemas existentes no seio da sociedade, tais como serviços, atividades, informação e documentação, são postos à disposição de todos, sobretudo das pessoas com deficiências³⁶.

Nesse mesmo sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência assegura o acesso a todas as oportunidades de trabalho pelas pessoas com deficiência, de forma isonômica às demais, bem como o direito a um meio ambiente laboral adequado, saudável, seguro, inclusivo e adaptado às suas limitações biopsicofisiológicas³⁷.

Haja vista que o direito do trabalho é um direito social previsto no PIDESC de 1966, sua efetivação depende de políticas públicas para ser possível o ingresso de todas as pessoas, especialmente dos hipossuficientes e vulneráveis, conforme Comparato:

Os direitos sociais se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos

³⁵ PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro nacional de estudos populacionais*, 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017. p. 8.

³⁶ FUNDAÇÃO DE ARTICULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PCD E PCAH NO RS. *Resolução ONU 48/96, de 20 de dezembro de 1993*. Disponível em: <<http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/392>>. Acesso em: 12 set. 2017.

³⁷ SANTOS, Rafael Morengue. A efetivação do direito ao trabalho às pessoas com deficiência. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 01, jan./mar. 2017, p. 151-167. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/351>>. Acesso em: 25 ago. 2017. p. 157.

mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente ³⁸.

Assim sendo, é dever do Estado proporcionar instrumentos para o ingresso e permanência dos grupos mais vulneráveis no campo de trabalho.

Dentre os programas estatais voltados à integração social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, está o BPC Trabalho, administrado pelo Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), Ministério do Trabalho (MTB), Ministério da Educação (MEC) e Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Esse programa é destinado às pessoas com deficiência beneficiárias do LOAS e consiste no provimento de capacitação profissional realizado pelo Sistema “S”³⁹.

Ainda, as lacunas legislativas e falhas estatais são supridas por ações institucionais não-governamentais, tais como as APAE’s, pelo que proporciona a inclusão e acompanhamento da pessoa com deficiência durante todo o trabalho na empresa. A Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) foi fundada em 1954, no Rio de Janeiro, sendo caracterizada como organização social e possui, como principal objetivo, “promover a atenção integral à pessoa com deficiência intelectual e múltipla”.

Atualmente, existem 2.164 APAES e entidades filiadas por todo o Brasil, sendo coordenadas por 24 federações estaduais, atendendo cerca de 250 mil pessoas com deficiência intelectual e múltipla por dia.

Tal instituição desenvolve programas e projetos para facilitar a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho⁴⁰. O primeiro deles é a Autogestão e Autodefensoria, no qual o autodefensor assegura os interesses dos demais colegas pertencentes à APAE, sugerindo atos para o aperfeiçoamento do programa.

³⁸ SANTOS, Rafael Morengue. A efetivação do direito ao trabalho às pessoas com deficiência. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 01, jan./mar. 2017, p. 151-167. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/351>>. Acesso em: 25 ago. 2017. p. 158.

³⁹ SANTOS, Rafael Morengue. A efetivação do direito ao trabalho às pessoas com deficiência. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 01, jan./mar. 2017, p. 151-167. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/351>>. Acesso em: 25 ago. 2017. p. 160.

⁴⁰ KOTH, Josiani; RAMIREZ, Henry Diário Cunha. *Dificuldades da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho*. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/Josi-Koth.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

O Programa Mercado de Trabalho também foi criado no âmbito das APAE's com o objetivo de preparar as pessoas com deficiência para inserção no mercado de trabalho, juntamente com a assistência de uma equipe multidisciplinar da instituição que adota tal programa. O potencial e o perfil do indivíduo são analisados e comparados com as vagas ofertadas existentes, assim como a necessidade da demanda das empresas parceiras, buscando um ponto satisfatório para todos os envolvidos.

Acrescentado a isso, a APAE também se destina a fomentar a capacitação profissionalizante de adolescentes com idade entre 14 e 18 anos, matriculados no ensino regular, através da Sala de Iniciação Para o Trabalho. Tal instrumento conta com a colaboração de uma pedagoga responsável para identificar as habilidades de cada jovem e, assim, treiná-los com relação a documentações, legislações e segurança do trabalhador.

A Federação Nacional das APAES (FENAPAES) é uma fundação sem fins lucrativos, com sede em Brasília, que presta assessoramento às APAES no Brasil. A UNIAPAE é o instrumento utilizado pela FENAPAE para capacitar e atualizar os profissionais que atendem a pessoa com deficiência, através da realização de pesquisas, planejamento, além de coordenação de cursos e eventos. Assim, tais políticas não governamentais assumem grande importância para o preparo do próprio indivíduo e da empresa.

Destaca-se também a previsão de ações afirmativas para o ingresso de pessoas com deficiência em cargos públicos e privados. A Lei nº 8112/90 reserva, no mínimo, 5% até 20% das vagas em concursos públicos para a ocupação de cargos compatíveis com os impedimentos do indivíduo⁴¹. No tocante ao setor privado, a Lei nº 8213/91 prevê diferentes percentuais de fornecimento de vagas para pessoas com deficiência, a depender do quantitativo dos empregados na empresa.

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou

⁴¹ BRASIL. *Lei nº 8112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 3 set. 2017.

peessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I - até 200 empregados.....2%;
- II - de 201 a 500.....3%;
- III - de 501 a 1.000.....4%;
- IV - de 1.001 em diante.....5%⁴²

Em que pese não haver garantia de estabilidade para as pessoas com deficiência na iniciativa privada, a Lei se preocupou em prevenir uma dispensa discriminatória. Dessa forma, em caso de dispensa imotivada ou não, a vaga deve ser ocupada por outro profissional com deficiência, sob pena de se caracterizar uma atitude empresarial discriminatória⁴³.

Apesar da existência de Leis de cotas para garantir o acesso das pessoas com deficiência ao trabalho formal, tal norma não tem atingido seu objetivo precípua de inclusão social, vez que as empresas têm ofertado vagas para pessoas com deficiência tão somente para cumprir o disposto na legislação, sem a preocupação de inserir essas pessoas, bem como na precária adaptação do meio ambiente laboral para que esse grupo possa desenvolver suas habilidades com autonomia. Ainda, a maior parte dos cargos ofertados são mal remunerados e aquém das habilidades e capacitações dessas pessoas.

De acordo com Sasaki, a inclusão efetiva no mercado de trabalho se dá com a crença empresarial acerca das potencialidades das pessoas com deficiência e com a devida adequação do ambiente de trabalho⁴⁴.

Importa destacar que a adaptação do ambiente de trabalho de forma a facilitar o desempenho das aptidões das pessoas com deficiência, apesar de exigirem alto custo financeiro, devem ser vistas como um investimento da empresa, haja vista

⁴² BRASIL. Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

⁴³ SANTOS, Rafael Morengue. A efetivação do direito ao trabalho às pessoas com deficiência. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 01, jan./mar. 2017, p. 151-167. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/351>>. Acesso em: 25 ago. 2017. p. 164.

⁴⁴ GIMENES, Antônia Maria et al. A dificuldade da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. *Revista Saber Inesul*, v. 28, n. 01, mar./abr. 2014. Disponível em: <https://www.inesul.edu.br/revista/arquivos/arq-idvol_33_1426199840.pdf>. Acesso em: 18 set. 2017. p. 5.

que a produtividade só poderá ser alcançada por intermédio de meios hábeis a proporcionar a independência e proatividade desses indivíduos.

3 DAS DIFICULDADES PARA INCLUSÃO EFETIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Apesar dos grandes avanços legislativos, a discriminação e o preconceito ainda são empecilhos para as pessoas com deficiência, criando barreiras com a falta de oportunidade de trabalho ou a dificuldade em acessar uma educação valorosa.

Segundo dados do Ministério do Trabalho, houve um aumento de 20% da participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho nos últimos cinco anos. É possível depreender na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), realizada em 2014 pelo referido órgão, que apenas 381 mil vínculos empregatícios são ocupados por pessoas com deficiência, representando 0,77% dos empregos formais no Brasil⁴⁵. Conforme relembra a responsável nacional pelo Projeto de Inserção de Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho, Fernanda Maria Pessoa di Cavalcanti:

[...] da experiência, destaca-se que, somente com a articulação dos diversos órgãos, instituições e atores locais, se consegue a mobilização de pessoas e de esforços necessários à consecução do objetivo que, além da inclusão no mercado de trabalho, é também a conscientização e inclusão social⁴⁶.

A Declaração Universal de Direitos Humanos relembra que um trabalho é tido como um dos direitos mais básicos e fundamentais para qualquer pessoa, vez que é um instrumento basilar para a garantia da subsistência humana, para além de ser uma das mais relevantes formas de inclusão social: “Toda pessoa, sem considerar

⁴⁵ AMCHAM BRASIL. *Cotas ajudam, mas falta inclusão: o que pessoas com deficiência enfrentam no mercado de trabalho*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/cotas-ajudam-mas-falta-inclusao-o-que-pessoas-com-deficiencia-enfrentam-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 26 de set. de 2017.

⁴⁶ PESSOA *com deficiência conquistam espaço no mercado de trabalho*. Disponível em: <<https://www.folhadirigida.com.br/mercado-de-trabalho/especiais/pessoas-com-deficiencia-conquistam-espaco-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 26 set. 2017.

sua condição, tem direito ao trabalho, à livre escolha do mesmo, a condições equitativas e a proteção contra o desemprego⁴⁷.

O termo “inclusão” possui o sentido literal de abranger, envolver, conter em si⁴⁸, mas não se pode ignorar que sua real aplicação depende, sobretudo, da atuação ativa e solidária da sociedade em geral, que deve se adaptar ao poder de incluir todas as pessoas, sem distinção de qualquer natureza, em seu meio, desde escolas à empresas.

3.1 Da capacitação profissional

Tamanha foi a preocupação em promover a igualdade das pessoas, principalmente no que tange aos salários nas relações trabalhistas, que a OIT publicou a recomendação nº 99 para que os Estados proporcionassem a habilitação e reabilitação profissional das pessoas com deficiência, tendo em vista os embaraços que vivenciam para exercer atividades laborativas, o que acaba por torná-las dependentes de seus familiares ou de outras pessoas⁴⁹. Tal ato da OIT sugere a realização de treinamentos, cursos profissionalizantes e testes vocacionais para todos aqueles com deficiência, inclusive crianças e adolescentes, bem como impõe que os Estados promovam mudanças nas atitudes sociais.

Se a falta de acesso à saúde e à educação já atingem a sociedade de modo negativo, se torna ainda mais prejudicial à pessoa com deficiência. Um dos problemas observados é quanto à qualificação profissional, posto que o sistema educacional brasileiro ainda é inadequado, incapaz de preparar essas pessoas de forma correta, acabando as empresas por darem preferência à deficiência leve.

De acordo com a Pesquisa “Retratos da Deficiência no Brasil” da Fundação do Banco do Brasil e Fundação Carlos Chagas:

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁴⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário de língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 2001. p. 380.

⁴⁹ PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro nacional de estudos populacionais*, 2016. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017. p. 4.

A escolaridade média das pessoas portadoras de deficiência é de 3,95 anos de estudo, isto é, quase um ano inferior do que a medida da população brasileira [...] são mais excluídas de atributos educacionais e digitais [...] vivem abaixo da linha da miséria 29,05% dos PPDs [...] a renda média do trabalho das pessoas com deficiência é inferior a das pessoas sem deficiência⁵⁰.

Os dados acima apenas reiteram o fato de ainda haver uma defasagem considerável entre as pessoas com deficiência e o restante da sociedade na busca pela qualificação profissional. O cenário atual do mercado, com grandes nuances financeiros e alto índice de desemprego, acaba por precarizar as condições de trabalho, ofertando baixos salários, além de exigir uma maior especialização para a contratação de funcionários.

Há a necessidade de desonerar as empresas da responsabilidade de contratantes com relação à qualificação. Em contrapartida, há um crescente e paulatino movimento no sentido de a empresa sair de sua passividade em que apenas espera a disposição de um indivíduo com o perfil profissional que almeja, para o polo ativo, em que a própria empresa capacita seus funcionários às vagas ofertadas, a exemplo da habilitação profissional.

O artigo 36 do Estatuto garante o direito da pessoa com deficiência à habilitação e reabilitação profissional, ou seja, o restabelecimento de sua capacidade laborativa em observância aos seus impedimentos biológicos e sociológicos, de forma a viabilizar sua ressocialização. Tal aptidão só é alcançada por intermédio da implantação de serviços estatais especializados e capazes de proporcionar a qualificação necessária para o ingresso e evolução no campo de trabalho⁵¹. Exemplo disso é o dever atribuído ao INSS pela Lei nº 8213/91 para fornecer gratuitamente alguns equipamentos aptos a auxiliar a locomoção da pessoa com deficiência, tais como órteses e próteses. Uma inovação trazida pelo Estatuto é a possibilidade de a

⁵⁰ NERI, Marcelo. *Retratos da deficiência no Brasil*: PPD. Rio de Janeiro: FGV/IBRE. 2003. p. 28, 66, 67.

⁵¹ SANTOS, Rafael Morengue. A efetivação do direito ao trabalho às pessoas com deficiência. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 01, jan./mar. 2017, p. 151-167. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/351>>. Acesso em: 25 ago. 2017. p. 159.

pessoa com deficiência sacar o FGTS para adquirir todos os equipamentos que necessitar e que não forem ofertados pela Autarquia Previdenciária⁵².

A habilitação profissional corresponde ao processo destinado a propiciar à pessoa com deficiência aquisição de conhecimentos, habilidades e aptidões para exercício de profissão ou de ocupação, permitindo nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso no campo de trabalho.

Tal processo de mudança na estrutura e gestão da empresa se mostra de grande importância na medida em que aprimora não só o aspecto profissional, mas também a evolução pessoal do indivíduo com deficiência, eis que não se verá mais excluído do meio social. O próprio artigo 14 do Estatuto traz o processo de habilitação e de reabilitação como um direito da pessoa com deficiência, tendo, dentre outros objetivos, desenvolver potencialidades que possam contribuir para a conquista de autonomia individual, bem como participar da sociedade em igualdade de condições⁵³.

Na promoção da habilitação profissional dos empregados, é nítida a mudança de postura da empresa, tornando-se agente ativo no processo de inclusão, o que resulta em ganhos para todos os envolvidos, vez que a empresa cumpre com o seu dever exigido por lei e, ao mesmo tempo, capacita a pessoa com deficiência, tornando-a colaboradora dentro da própria empresa, e não apenas “alguém para preencher as cotas”.

Insta salientar que em nenhum momento é levada em consideração a atividade exercida pela empresa e os ricos do seu empreendimento, que poderão deixar as pessoas com deficiência expostas no andamento de determinadas funções, visto que a maioria delas não possuem o preparo e a capacitação adequada.

⁵² SANTOS, Rafael Morengue. A efetivação do direito ao trabalho às pessoas com deficiência. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 01, jan./mar. 2017, p. 151-167. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/351>>. Acesso em: 25 ago. 2017. p. 162.

⁵³ Art. 14. O processo de habilitação e reabilitação é um direito da pessoa com deficiência. Parágrafo único. O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento da potencialidade, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

3.2 Da adaptação empresarial para receber as PCD's

Apesar de as cotas e outras formas de acessibilidade terem sido implantadas pela legislação em 2004 com o decreto nº 5.296, as empresas, mesmo passando mais de dez anos, ainda encontram dificuldades para adaptar os seus espaços físicos às limitações biopsicofisiológicas das pessoas com deficiência. Porém, há que se admitir que tal obstáculo tem corroborado para que as empresas sejam corresponsáveis por esta inserção.

O Instituto Muito Especial⁵⁴ realizou, em 2008, no Rio de Janeiro, uma pesquisa sobre a contratação de pessoas com deficiência por empresas com mais de cem funcionários. Ao final da pesquisa de campo, constatou-se que apenas 33% das 97 empresas analisadas, comprovaram que cumpriram as cotas impostas legalmente.

Em que pese a modificação da estrutura física e administrativa empresarial devesse ser tratada como um investimento, eis que a produtividade do funcionário depende da existência de condições necessárias para a realizar o seu trabalho de forma plena e autônoma, as empresas ainda se mostram pouco receptivas às diversidades, sobretudo em razão do alto custo financeiro que tais adaptações no meio ambiente laboral ensejarão.

No que tange à acessibilidade, esta é ligada à garantia do direito humano à liberdade de locomoção do cidadão, bem ao direito à igualdade, sendo um atributo imprescindível na sociedade, de modo a permitir que as pessoas desfrutem das mesmas oportunidades nos setores da educação, saúde, trabalho e lazer.

O primeiro obstáculo é básico: falta acessibilidade ao transporte público, que infortunadamente, ainda é uma luta persistente. A ausência de transporte público adequado em número suficiente para a demanda populacional, prejudica qualquer trabalhador que dependa desse tipo de locomoção, eis que, não raro, é causa direta para atrasos inevitáveis e indisposição ao trabalho. No tocante à pessoa com deficiência, em especial a que tenha comprometimentos físicos, a situação pode se

⁵⁴ ADAPTAÇÃO das empresas a funcionários com deficiência passa por cursos e ações de acessibilidade. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/emprego/adaptacao-das-empresas-funcionarios-com-deficiencia-passa-por-cursos-acoes-de-acessibilidade-2947911>>. Acesso em: 1 out. 2017.

agravar, vez que nem todos os municípios possuem transporte público e, muito menos, transportes adaptados.

A falta de acessibilidade também pode ocorrer dentro das próprias empresas, fazendo com que priorizem a contratação de pessoas com deficiências específicas para evitar gastos exacerbados com reformas em sua estrutura. Nesse sentido, por exemplo, a empresa acaba por gerar ocupações para pessoas dependentes de cadeira de rodas, evitando indivíduos com deficiência visual, eis que tal impedimento sensorial exige aparatos tecnológicos mais específicos.

No entanto, embora tais barreiras econômicas sejam uma realidade para as atividades empresariais, não se pode olvidar que as adaptações para o recebimento de uma pessoa com deficiência no meio ambiente laboral podem ser simples, através da reorganização da estrutura interna da empresa, por exemplo. Apesar da existência de formas mais simplificadas de inclusão laboral da pessoa com deficiência, as empresas persistem com tal dificuldade e isso se justifica, principalmente, com a cultura segregatória e discriminatória no Brasil, bem como a falta de solidariedade da sociedade em geral em relação às diversidades. Investir na mudança empresarial significa solidariedade, elemento que ainda falta para a inclusão plena das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Assim sendo, as empresas devem priorizar adequar seu ambiente para todos os seus empregados em detrimento de sua preocupação financeira, eis que inúmeros benefícios serão proporcionados ao empresário, sobretudo quanto ao aumento da produtividade, disposição e saúde de seus funcionários.

Já a adaptação arquitetônica deve levar em consideração todas as necessidades que as pessoas com deficiência possuem, visto que existem variados impedimentos biológicos e sociológicos. Inclusive, a adaptação das empresas é crucial até mesmo para competir no mercado, visto que problemas na estrutura ou funcionários despreparados afastam as pessoas com deficiência como clientes em potencial.

Com relação à pessoa com deficiência física⁵⁵, os exemplos de adaptação são: áreas de circulação sinalizadas com o Símbolo Internacional do Acesso; trajetos livres de obstáculos (como escadas); portas com largura mínima de 0,80m; relógios de ponto a uma altura de 0,80m do piso; disposição de mobiliários que garantem plena circulação, dentre outros.

Já para as pessoas com deficiência visual, algumas das adaptações indicadas são: verificar a existência de obstáculos e se estes sofrem mudança de localização com frequência; adotar a linguagem em braile para possibilitar o acesso a diversos instrumentos de trabalho e até mesmo facilitar a locomoção, como em elevadores, por exemplo; ter comandos com relação ao trabalho em braile; dentre outros.

E quanto à pessoa com deficiência auditiva, as recomendações vão desde observar o nível de barulho ou ruídos no local, implantar sistema de comunicação intranet a utilizar softwares para facilitar a comunicação.

3.3 Da dificuldade advinda da legislação

Ainda que a legislação tenha se aprimorado para ampliar as oportunidades de acesso ao mercado de trabalho para a pessoa com deficiência, na prática não é tão simples assim, acabando por, até mesmo, prejudicar de certo modo.

Um dos entraves legislativos está na impossibilidade de dispensar o empregado com deficiência nos contratos por prazo indeterminado, enquanto outro não for contratado para compor a função, como dispõe o art. 93 da Lei 8213/91, pois caso contrário, o empregado deve ser reintegrado.

Assim, mesmo que a atividade laboral não esteja sendo satisfatória, a empresa deveria manter o funcionário até encontrar outra pessoa com deficiência para substituí-lo, o que pode onerar a empresa de várias maneiras, a ponto de, por vezes, ter que contratar um terceiro funcionário para complementar aquela função, vez que, como está sendo demonstrado no presente trabalho, a contratação da pessoa com deficiência é difícil e com extremas particularidades.

⁵⁵ NAMBU, Taís Suemi. *Construindo um mercado de trabalho inclusivo: guia prático para profissionais de recursos humanos*. São Paulo: Sorri-Brasil, 2003.

A família também pode se apresentar como óbice em vários aspectos, seja por não acreditar que o indivíduo possa trabalhar com a mesma produtividade e autonomia que os demais, em razão de ainda manter o entendimento de que as pessoas com deficiência sempre necessitam de proteção, seja por questão financeira.

3.4 Do preconceito

A pessoa com deficiência sofre discriminações diárias, o que não seria diferente com relação à contratação de trabalho. Taís Suemi Nambu⁵⁶ desmistifica alguns pré-conceitos existentes, especialmente pela falta de informação, com relação às PCD's: a) são mais sensíveis: Por mais que se tenha a tendência de proteger a pessoa com deficiência, deve-se fazer o contrário, ou seja, tratá-la da mesma maneira que os demais; b) Ausentam-se com mais frequência para tratamento de saúde: A pessoa com deficiência não é doente, mas poderá ficar como qualquer indivíduo; c) Necessitam de cuidados especiais: Deve-se identificar os suportes para otimizar a atividade laboral e o convívio na empresa; e d) Não podem exercer atividades de esforço físico: Os limites não podem ser pré-determinados, cada pessoa terá competências e habilidades diversas.

O treinamento de funcionários e gestores, principalmente daqueles que realizam a seleção, é necessário. Há o dever de conscientizar e preparar a sensibilização das pessoas que pertencem ao quadro da empresa, para que saibam lidar com a pessoa com deficiência, seja quanto ao zelo, seja quanto ao auxílio, sendo este trabalho realizado principalmente pela área de Recursos Humanos, com o objetivo de evitar situações conflitantes e/ou discriminatórias. Dessa forma, o indivíduo com deficiência terá não só uma estrutura própria, mas também, um meio social agradável, que o estimula a continuar com sua formação.

4 CONCLUSÃO

⁵⁶ NAMBU, Taís Suemi. *Construindo um mercado de trabalho inclusivo: guia prático para profissionais de recursos humanos*. São Paulo: SORRI-BRASIL, 2003. (Série Coleção Estudos e Pesquisas na Área da Deficiência, v. 10).

Anteriormente à ratificação e a posterior incorporação da Convenção da ONU no ordenamento jurídico brasileiro, a deficiência era caracterizada por critérios mais objetivos, atendendo critérios puramente médicos e fisiológicos. O que antes era entendido como a limitação ou enfermidade física diagnosticada por um médico, hoje pessoa com deficiência é aquela que, além de possuir tais impedimentos, apresenta dificuldades para se inserir na sociedade, seja em razão da acessibilidade física, econômica, jurídica e social, seja em razão da cultura discriminatória enraizada no Brasil.

Há um processo histórico de exclusão imposta, ainda que não intencional, às pessoas com deficiência, devendo haver uma superação por meio da efetiva aplicabilidade de leis e tratados e, sobretudo, a conscientização social. Em verdade, a inserção requer comprometimento e apoio de todos os envolvidos, como família, empregador, empresas/instituições e a própria sociedade em geral.

A obrigatoriedade legal de contratação pelas empresas, muitas vezes pode resultar apenas em uma inclusão formal, posto que a grande maioria não possui uma estrutura adequada ou funcionários capacitados para uma efetiva inclusão da pessoa com deficiência em seu quadro.

Entretanto, o próprio indivíduo com deficiência e sua família podem também apresentar como uma dificuldade para essa inserção. A PCD, por mais que queira se superar diariamente, encontra barreiras para aprimorar sua capacitação, como a falta de cursos e estrutura que estejam de acordo com a sua necessidade. Já as famílias possuem desde o medo em permitir que a PCD enfrente os obstáculos de sua jornada, ao motivo financeiro, como a supressão do benefício assistencial em decorrência da carteira de trabalho assinada.

É evidente a necessidade de ampliar o leque de oportunidades para a pessoa com deficiência. Apesar de o Brasil ser signatário de múltiplas normas internacionais e possuir uma vasta legislação para garantir e proteger este público em específico, o preconceito, a falta de informação, e a própria cultura, demonstram a necessidade de uma maior fiscalização e incentivo para o cumprimento do ordenamento jurídico, que deve ser renovado periodicamente, conforme a imposição do meio.

É indubitável o dever do Estado de fomentar a inclusão das pessoas no mercado, independentemente de sua condição física ou escolaridade, de modo a assegurar a igualdade entre todos, garantida pela DUDH. As políticas públicas têm ajudado, com afinco, a diminuir as diferenças sociais, a preparar o mercado de trabalho para receber a PCD e a evoluir o próprio indivíduo, promovendo cursos de capacitação, por exemplo. Entretanto, o que se observa é que, por mais que a Lei de Cotas não tenha sido capaz de solucionar os problemas quanto à inclusão ao mercado de trabalho da pessoa com deficiência, deve-se reconhecer o avanço quanto à abertura de oportunidades, mesmo que, por muitas vezes, não se concretizem.

REFERÊNCIAS

ADAPTAÇÃO das empresas a funcionários com deficiência passa por cursos e ações de acessibilidade. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/economia/emprego/adaptacao-das-empresas-funcionarios-com-deficiencia-passa-por-cursos-aco-es-de-acessibilidade-2947911>>. Acesso em: 1 out. 2017.

AMCHAM BRASIL. *Cotas ajudam, mas falta inclusão*: o que pessoas com deficiência enfrentam no mercado de trabalho. Disponível em:

<<http://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/cotas-ajudam-mas-falta-inclusao-o-que-pessoas-com-deficiencia-enfrentam-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 26 set. 2017.

APAE BRASIL. *Federação Nacional da APAES*. Disponível em:

<http://apae.com.br/files/cartilha_apae.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 62150, de 19 de janeiro de 1968*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 8 set. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 6949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13146, de 6 de julho de 2015*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 5 set. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 ago. 2017.

DAMIÃO, Regina Toledo; DRUMOND, Sybelle Luzia Guimarães. A efetivação do direito à aposentadoria especial das pessoas portadoras de deficiências. In: BIER, Clerilei; TORTUERO, José Luis (Org.). *III Encontro de internacionalização do conpedi*, 2015, Madrid: Ediciones Laborum, v. 05, p. 8-28. 2015. Disponível em:

<<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/viewFile/107/101>>. Acesso em: 12 ago. 2017. p. 17.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário de língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 2001.

FUNDAÇÃO DE ARTICULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PCD E PCAH NO RS. *Resolução ONU 48/96, de 20 de dezembro de 1993*. Disponível em: <<http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6/392>>. Acesso em: 12 set. 2017.

GIMENES, Antônia Maria et al. A dificuldade da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. *Revista Saber Inesul*, v. 28, n. 01, mar./abr. 2014. Disponível em: <https://www.inesul.edu.br/revista/arquivos/arq-idvol_33_1426199840.pdf>. Acesso em: 18 set. 2017.

KOTH, Josiani; RAMIREZ, Henry Diário Cunha. *Dificuldades da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho*. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/Josi-Koth.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. *Revista da AGU*, v. 12, n. 37, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17265873>>. Acesso em: 1 set. 2017.

MARQUES, Aline Damian. Direitos humanos, direito dos trabalhadores e justiça: uma análise da realidade brasileira. Dissertação (Mestrado) – Programa de pós-graduação stricto sensu em direitos humanos, Universidade Regional do Noroeste do Estado do RS – UNIJUI, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4379>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

NAMBU, Tais Suemi. *Construindo um mercado de trabalho inclusivo: guia prático para profissionais de recursos humanos*. São Paulo: Sorri-Brasil, 2003.

NERI, Marcelo. *Retratos da deficiência no Brasil*: PPD. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; PINHEIRO, Sonoe Sugahara. Fatores associados a chance de estar no mercado de trabalho: brasileiros com e sem deficiência no ano de 2010. In: *Anais do XX encontro nacional de estudos populacionais*, 2016. Disponível

em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2490>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PESSOA com deficiência conquistam espaço no mercado de trabalho. Disponível em: <<https://www.folhadirigida.com.br/mercado-de-trabalho/especiais/pessoas-com-deficiencia-conquistam-espaco-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 26 set. 2017.

SANTOS, Rafael Morengue. A efetivação do direito ao trabalho às pessoas com deficiência. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 01, jan./mar. 2017, p. 151-167. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/351>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

SOUZA, Maria Rúbia; KAMIMURA, Ana Lúcia Martins. *Trabalho, seguridade social e saúde do trabalhador*: pessoas com deficiência e mercado de trabalho. Seminário de Saúde do Trabalhador da França, 2010.

ANÁLISE DOS REFLEXOS DA AUTOMAÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Ana Regina Marques Brandão¹

Resumo

O artigo contextualiza o trabalho como direito humano a partir das disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto de Direitos Sociais e Econômicos, e como direito fundamental com base na Constituição Federal de 1988 e da relevância do trabalho para a construção da identidade social do indivíduo. Trata da precarização das relações de trabalho e do aumento do desemprego gerado com a automação/robotização dos postos de trabalho, para concluir pela necessidade de políticas de redistribuição de recursos, não apenas por questões econômicas, mas sobretudo para garantir a inserção social da reconhecida e crescente categoria de excluídos digitais.

Palavras-chave: Direitos humanos. Trabalho. Tecnologia.

Abstract

The article contextualizes work as a human right based on the provisions of the Universal Declaration of Human Rights, the Pact of Social and Economic Rights and the relevance of work to the construction of the individual's social identity. It deals with the precariousness of labor relations and the increase of unemployment generated by the automation / robotization of jobs, in order to conclude that there is a need for policies for the redistribution of resources, not only to ensure the sustainability of development but also to ensure the social integration of the recognized and growing category of digital excluded.

Keywords: Human rights. Job. Technology.

1 INTRODUÇÃO

A afirmação dos direitos humanos se deu gradativamente, inicialmente como fruto da repulsa moral da comunidade internacional as grandes violações

¹ Pós-Graduada em Direito e Relações Governamentais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Especialista em Direito Público pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió - CESMAC. E-mail: reginamarquesbrandao@gmail.com.br.

perpetradas durante a segunda guerra mundial, provocando a reação internacional no sentido de adotar medidas de punição e a preservação da memória para que a humanidade consciente dos horrores não permitisse a sua repetição.

Nessa gradação, surgem os direitos de primeira dimensão, direitos políticos, civis e cívicos, limitando o poder da ação do estado frente ao indivíduo, a segunda dimensão dos direitos, os sociais, econômicos e culturais, a demandar uma ação positiva do Estado na promoção do bem-estar social, em uma terceira dimensão: os direitos coletivos, direito à infância, direito ao meio-ambiente, direito à cidade e o direito ao desenvolvimento dos povos. A partir da conferência de Viena em 1993, fala-se em uma quarta dimensão de direitos os republicanos ou de acesso ao patrimônio histórico, ambiental e econômico.

O estudo contextualiza do trabalho como direito humano a partir da visão contemporânea e do caráter universal, indivisível e interdependente dos direitos humanos afirmado na Declaração Universal de 1948, ressaltando a relevância do trabalho para a concretização dos demais direitos que compõem o sistema internacional de direitos humanos.

Relaciona o acesso ao trabalho com a afirmação da identidade social do indivíduo e analisa os efeitos da robotização e da automação no futuro do trabalho, sob o enfoque da fragmentação e da exclusão de trabalhadores ativados nos postos de trabalho extintos, sem negar a importância das inovações e da tecnologia para a afirmação dos direitos humanos.

Com base nessas premissas conclui pela necessidade de políticas de redistribuição de recursos e inclusão social que assegurem o bem-estar social integral, sob os aspectos materiais e econômicos, mas principalmente oportunizem acesso ao trabalho como meio de afirmação da identidade social e do respeito à pessoa humana.

2 A RELEVÂNCIA DO DIREITO HUMANO AO TRABALHO NO DEBATE CONTEMPORÂNEO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Fruto da reprovabilidade moral da comunidade frente aos acontecimentos históricos e de demandas sociais por afirmação, é certo que os direitos humanos surgem a partir de contextos de luta e ação dinâmicos, pois as transformações sociais, econômicas e políticas podem demandar ressignificação e reconstrução de direitos tidos por sedimentados, uma vez que como afirma, Bobbio², os direitos humanos não nascem de uma vez nem uma vez por todas.

O período que sucedeu a segunda guerra mundial trouxe ao confronto o debate acerca da prevalência dos direitos civis e políticos, em evidência por conta do genocídio, ou dos direitos econômicos e sociais, tendo como atores os países ocidentais industrializados e os países do bloco socialista.

A universalidade e a interdependência dos direitos humanos fazem com que o reconhecimento e a garantia se deem de forma sistêmica não existindo uma hierarquia ou prevalência entre os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. Ao revés a transformações sociais podem direcionar esforços para garantir um direito econômico e social, como forma de viabilizar o exercício de um direito civil e político.

A discussão da proeminência dos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos e sociais, esvai-se a partir da visão contemporânea dos direitos humanos trazida na Declaração Universal de 1948 e ratificada pela Declaração de Direito Humanos de Viena, de 1993.

Esses instrumentos de direito internacional consagraram a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos tornando insubsistente o discurso de relevância de determinada dimensão de direitos sobre os demais, diretriz oposta à verificada nos Sistemas Regionais e Europeu de Direitos Humanos que abordam o trabalho, direito humano objeto da presente análise, como dimensão reflexa da afirmação dos direitos civis e políticos, como revela as sentenças da Corte

² BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

Interamericana de Direitos Humanos no caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde s Brasil³ e no caso Baena Ricardo y otros vs Panamá.⁴

A globalização, a instabilidade política e econômica exigem, na atualidade, como afirma Hannah Arendt⁵, uma construção e reconstrução dos direitos humanos. Nesse contexto, o direito ao trabalho é o lastro de concretização da igualdade, da liberdade, do exercício democrático da ação política e do desenvolvimento sustentável, e como tal, reivindica uma posição centralizada no debate atual de afirmação dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁶, considerada um marco na internacionalização dos direitos humanos, ao tratar do trabalho assegura no art. 23, que todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, à proteção contra o desemprego e a igual remuneração por igual trabalho. Consagra ainda o direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁷, cujo cumprimento o Brasil se obrigou em 1992, por meio do Decreto no. 592, de 06 de julho de 1992, no artigo oitavo, veda a escravidão, a exigência de trabalhos forçados e o tráfico de pessoas, afirmando a preservação do livre exercício do trabalho.

Por sua vez o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais⁸, ao qual o Brasil se vinculou a partir do Decreto 591, de 06 de julho de

³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf>. Acesso em: 8 out. 2017.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf>. Acesso em: 7 out. 2017.

⁵ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1979.

⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 8 out. 2017.

⁷ BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 8 out. 2017.

⁸ BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 8 out. 2017.

1992, reconhece no artigo sexto, o direito ao trabalho como sendo o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e que compete aos Estados Partes salvaguardar esses Direitos.

Na II Conferência Internacional de Direitos Humanos em Viena de 1993 foi definitivamente legitimada a noção de indivisibilidade dos direitos humanos, cujos preceitos devem se aplicar tanto aos direitos civis e políticos quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Na Declaração de Viena⁹, o direito humano ao trabalho é a base de todas as políticas de inclusão social e redução de desigualdades seja de natureza política, físicas ou de gênero, e que se faz presente no título dedicado aos trabalhadores migrantes (item 1.33), as pessoas incapacitadas (item 6.63) e as mulheres (item 3.42).

A Declaração dispõe ainda, sobre o acesso ao desenvolvimento e alerta quanto às consequências adversas que o progresso científico podem trazer à integridade e aos direitos humanos do indivíduo, enfatizando os avanços no campo da ciência biomédica e da tecnologia, esse aspecto plenamente aplicável ao trabalho e objeto do presente estudo.

Na Constituição Federal de 1988, o artigo sexto confere ao trabalho status de direito fundamental, ao inclui-lo no rol dos direitos sociais. Por sua vez, o artigo sétimo do texto constitucional elenca, em alinhamento com os princípios e diretrizes internacionais de direitos humanos, as condições e garantias necessárias ao exercício do trabalho digno, com expressa menção à proteção em face da automação.

A partir dessas premissas conclui-se que o direito ao trabalho é direito humano e um direito fundamental cuja promoção e acesso é imprescindível à plena concretude dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais e, a partir do contexto social atual e da dinâmica evolutiva da construção e reconstrução dos direitos humanos, impõe-se o reposicionamento da importância do direito humano ao trabalho no debate contemporâneo de afirmação dos direitos humanos.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência de Direitos Humanos - Viena - 1993*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 8 out. 2017.

3 A TECNOLOGIA, O FUTURO DO TRABALHO E OS EFEITOS ADVERSOS PARA A AFIRMAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO TRABALHO

Não sem razão, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz o direito ao trabalho no mesmo bloco do direito à uma remuneração justa, à moradia, à educação, previdência social, ao direito de formar e filiar-se a sindicatos, ao direito a exercer o labor em um ambiente seguro e salubre, o direito ao descanso, lazer e férias e o de dispor de iguais oportunidades de trabalho.

O artigo XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 afirma a garantia de acesso ao trabalho de livre escolha do empregado, que lhe assegure uma remuneração capaz de proporcionar uma existência digna, a proteção contra o desemprego e o direito sindical.

Maria Inês Amaro¹⁰ reportando-se ao pensamento de Hannah Arendt¹¹ alerta sobre a relevância de se repensar o trabalho como matéria de direito humano, a partir da perspectiva da existência de uma sociedade sem trabalho, diante da redução efetiva dos postos de trabalho, da precarização das relações laborais e da insegurança das carreiras profissionais em sociedades competitivas, tecnológicas e mercantis.

A partir da Revolução Industrial, expõe Amaro¹², se generalizou a divisão social do trabalho e surge a figura do trabalhador assalariado que oferece sua força de trabalho em troca de salário, proteção social e o mais relevante de um papel social.

Nessa relação regulamentada pelo Estado e bem delineada nos sistemas de bem-estar social, o trabalhador torna-se sujeito de direitos e deveres, passa a atuar efetivamente na vida social, e abre acesso ao pensamento e intervenção política. A atividade laborativa possibilita a interação entre os indivíduos e traz sentido e visão social as suas vidas. É a partir do trabalho que, segundo Amaro, o indivíduo constrói sua identidade social.

¹⁰ AMARO, Maria Inês. *O trabalho como direito humano?* Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/handle/11144/1333>>. Acesso em: 5 out. 2017.

¹¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Lisboa: Relógio d'Água, 2001.

¹² AMARO, Maria Inês. *O trabalho como direito humano?* Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/handle/11144/1333>>. Acesso em: 5 out. 2017.

A organização da prestação do trabalho delineava-se de forma estável com postos de trabalho, funções e carreiras definidas, permitindo ao trabalhador formular um projeto de vida profissional baseado no seu desenvolvimento intelectual e aliado às estratégias e objetivos da empresa em que estava inserido.

Esse contexto é drasticamente alterado na década de 80, a partir da introdução da tecnologia, que traz para o mundo do trabalho a mecanização e o processo de gerenciamento à distância. Com a tecnologia, o trabalho passa a ser desenvolvido em ambientes virtuais, dispensando estruturas físicas e o olhar direto do empregador e maximiza-se a produtividade com a inserção de robôs na atividade produtiva.

O fenômeno cria um novo perfil de trabalhador em que se exige, segundo Amaro, não o conhecimento que constitui a ação, mas a capacidade de saber que ferramenta acionar para produzir determinada ação. Essas novas competências, afirma, tornam alguns perfis de trabalhadores, obsoletos e desadaptados.

Dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), divulgados pela Revista Exame¹³ revelam que o avanço da tecnologia ameaça automatizar tarefas realizadas por trabalhadores humanos na ordem de 49% a 51% em países como Brasil e Rússia e 45% a 47% nos Estados Unidos e Canadá.

Em países ricos como os Estados Unidos, a renda de pessoas empregadas em atividades mais rotineiras representa uma fatia cada vez menor, redução atribuída à eliminação de postos de trabalho em decorrência do uso da tecnologia.

Outro dado é que a tecnologia está tornando escassos os empregos das pessoas com escolaridade média, cuja opção é se qualificar para se habilitar a empregos valorizados ou competir com trabalhadores de menor qualificação. No entanto, os prognósticos mais alvissareiros desconsideram que a maioria dos postos extintos eram ocupados por trabalhadores que, pela idade e baixa formação,

¹³ EXAME. Revista. Edição 1143. 2/8/2017, ano. 51. n. 15. p. 63.

difícilmente conseguirão se reinserir no mercado de trabalho especializado e altamente competitivo. Como bem explicita Amaro:¹⁴

De facto, a época do pleno emprego parece ter terminado e há sectores da população que podem ser qualificados de inempregáveis, ou seja, mais do que estarem desempregados apresentam um perfil que, pela idade, pela formação ou por outras características pessoais, o mercado não aceita. Assim, estes indivíduos, independentemente de terem capacidade de trabalho, estão fora do sistema de emprego e têm poucas perspectivas de nele conseguirem ingressar – constituem uma força de trabalho excedente.

Há uma lacuna no mercado de trabalho aberta com a automação e robotização dos postos do trabalho de proporções crescentes e de impacto social anunciado, mas indefinido, a demandar uma realimentação estratégica de redistribuição de recursos e riqueza de modo a evitar a exclusão social e promover o desenvolvimento alcançado com a tecnologia de forma sustentável, preservando os direitos humanos conquistados a custo de muita luta e ação. Nessa linha de raciocínio preconiza Piovesan¹⁵

A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas também específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. Isto é, a implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, acrescidas do valor da diversidade.

É indiscutível o papel da comunicação em um mundo globalizado e a importância das tecnologias na facilitação do acesso à informação e na construção de sociedades inclusivas e sustentáveis. Não se trata de empunhar bandeiras contra a tecnologia e sim discutir políticas de desenvolvimento social que permita aos indivíduos usufruir dos benefícios sem retroceder na conquista de direitos sedimentados.

4 AÇÕES AFIRMATIVAS NA PERSPECTIVA DO DIREITO HUMANO AO TRABALHO

¹⁴ AMARO, Maria Inês. *O trabalho como direito humano?* Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/handle/11144/1333>>. Acesso em: 5 out. 2017.

¹⁵ PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR: revista internacional de direitos humanos*, ano. 1, n. 1, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/sur/revista_sur_01.pdf>. Acesso em: 8 out. 2017.

A despeito do acesso ao emprego constar em todas as pautas dos organismos internacionais como categoria de direito que reduz a pobreza, promove a igualdade e impulsiona o desenvolvimento do indivíduo nas esferas civil, política e social as plataformas políticas são direcionadas aos trabalhadores com perspectivas de reinserção do mercado, descuidando, no contexto da automação, dos grupos vítimas preferencias da exclusão em razão da idade e da dificuldade em apreender no contexto tecnológico, habilidades profissionais que permitam concorrer com as escassas vagas disponíveis no mercado de trabalho.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, afirma no art. 22, que todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

O artigo 25, por seu turno, assegura o direito de todo ser humano a um padrão de vida digno para si e para sua família em caso de desemprego, ou outros casos de perda dos meios de subsistência por circunstâncias fora do seu controle.

Os comandos analisados em conjunto estabelecem a uma a responsabilidade da comunidade internacional na efetivação de direitos e a duas a necessidade de políticas de proteção elaboradas a partir das especificidades do sujeito cuja proteção é dirigida, no caso, os trabalhadores cujos postos de trabalhos foram extintos e pelas suas particularidades dificilmente retornarão ao mercado de trabalho.

Por outro lado, não se descuida da efetiva participação dos agentes econômicos privados na implementação de medidas de reconhecimento e redistribuição de recursos de forma a promover a redução das desigualdades no acesso ao mercado de trabalho.

Piovesan¹⁶ ao tratar de ações afirmativas no âmbito dos direitos humanos expõe que superada a fase da proteção generalista que sucedeu a segunda guerra

¹⁶ PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas e direitos humanos. *Revista USP*, São Paulo, n. 69, p. 36-43, mar./maio 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/13511/15329>>. Acesso em: 8 out. 2017.

mundial, a diversidade e a diferença foram posicionadas no centro protetivo dos direitos humanos, de modo que por meio de um tratamento especial se promovesse a igualdade apresentada pela autora, sob três vertentes:

a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros).

Acrescenta, citando o pensamento de Nancy Fraser¹⁷, que a justiça exige simultaneamente redistribuição e reconhecimento. Para Boaventura Santos¹⁸ a realização da igualdade se dá por meio da exigência do reconhecimento e da redistribuição. Igualdade e justiça, reconhecimento e redistribuição constituem o fundamento das ações afirmativas no âmbito dos direitos humanos e plenamente aplicáveis ao presente estudo.

A despeito de nas ações afirmativas tradicionais haver a pretensão de reparar uma discriminação histórica de certos grupos por meio de políticas compensatórias, as mesmas razões podem ser aplicadas aos trabalhadores postos à margem do mercado de trabalho. O intuito reparador, nesse caso, se converte em ação preventiva do dano, ideia que melhor se harmoniza com a concepção contemporânea dos direitos humanos.

A questão do desemprego estrutural é um problema que precisa ser enfrentado, há quem defenda a criação de um programa de renda mínima nacional como forma de amenizar o impacto social causado pela extinção dos postos de trabalho.

As soluções apontadas abordam a questão sob o aspecto econômico relegando exclusivamente ao Estado à proteção ao desemprego e a manutenção, na sua

¹⁷ FRASER, Nancy. Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia. In: UNESCO. *Informe mundial sobre la cultura: 2000-2001*. p. 55-56.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56

ausência, das condições mínimas para uma vida digna, descuidando de que o compromisso com a promoção dos direitos humanos é de todos.

Essa linha de pensamento está positivada nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos¹⁹, aprovados pelo Conselho Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, quando dispõem sobre a responsabilidade do ente privado pelos impactos negativos da atividade sobre os direitos humanos. Dentre os princípios merece destaque pela relação com o presente estudo os enunciados dos princípios 12 e 13:

PRINCÍPIO 12

A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos refere-se aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos – que incluem, no mínimo, os direitos enunciados na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho.

PRINCÍPIO 13

A responsabilidade de respeitar os direitos humanos exige que as empresas:

B. Evitem que suas próprias atividades gerem impactos negativos sobre direitos humanos ou para estes contribuam, bem como enfrentem essas consequências quando vierem a ocorrer;

C. Busquem prevenir ou mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos diretamente relacionadas com operações, produtos ou serviços prestados por suas relações comerciais, inclusive quando não tenham contribuído para gerá-los.

O documento não afasta a responsabilidade estatal pelas violações praticadas por particulares nos limites da sua soberania, mas vincula diretamente as empresas nacionais e transnacionais que de alguma forma mantenham relações comerciais no país, o que representa um avanço no sistema de direitos humanos pois positiva compromisso não estatal e diretamente com o particular de observância e efetivação dos direitos humanos.

¹⁹ EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS. *Parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar*: relatório final de John Ruggie: representante especial do secretário geral. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf)>. Acesso em: 7 out. 2017.

Relevante consignar que as propostas de criação de programas de renda mínima relegam o direito ao trabalho a uma categoria de menor relevância no espectro de direitos que compreendem o sistema de direitos humanos. A satisfação das necessidades materiais básicas não substitui a importância do direito humano ao trabalho para afirmação da identidade social do indivíduo, do exercício da liberdade de escolha e da efetiva participação política.

Como bem pontua Neves Delgado²⁰, “trabalho, como elemento que concretiza a identidade social do homem, possibilitando-lhe autoconhecimento e plena socialização, é da essência humana”.

O desafio de uma sociedade sem emprego é criar políticas de inserção social que preservem direito básicos de subsistência e de promoção de uma vida digna, mas que não descuidem da afirmação do homem como sujeito de direitos, integrante ativo de uma sociedade, e cuja essência humana atinge a plenitude por meio do acesso ao trabalho.

5 CONCLUSÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 assentou a concepção contemporânea de universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos e sob o ponto de vista formal reposiciona o direito ao trabalho nos mesmos patamares de importância dos direitos civis e políticos.

O trabalho confere identidade social ao indivíduo, viabiliza a interação e abre espaço para participação política, razão pela qual constitui lastro de concretização plena dos direitos civis e políticos.

O mundo do trabalho da era da automação não tem se estruturado para absorver os trabalhadores cujos postos de trabalho foram extintos. A rapidez com que a tecnologia avança não permite que trabalhadores desenvolvam as habilidades necessárias à reinserção no mercado do trabalho.

²⁰ DELGADO, 2006 apud ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: Ltr. 2009. p-45.

A crise social provocada pelo desemprego tecnológico anuncia a criação uma categoria de trabalhadores que dificilmente se realocarão no mercado de trabalho.

As alternativas apontam para a responsabilidade exclusiva do Estado em prover políticas públicas de proteção ao desemprego mediante pagamento de benefícios sociais não suportadas pelas economias dos países reportando a questão ao enfoque exclusivamente econômico.

Só por meio do esforço conjunto das entidades públicas e privadas se encontrarão soluções que preservam os direitos básicos dos trabalhadores sem prejuízo do papel de afirmação do trabalho na identidade social do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: Ltr. 2009.

AMARO, Maria Inês. *O trabalho como direito humano?* Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/handle/11144/1333>>. Acesso em: 5 out. 2017.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1979.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Lisboa: Relógio d'Água, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 8 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf>. Acesso em: 7 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf>. Acesso em: 8 out. 2017.

EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS. *Parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar*: relatório final de John Ruggie: representante especial do secretário geral. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf)>. Acesso em: 7 out. 2017.

FRASER, Nancy. Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia. In: UNESCO. *Informe mundial sobre la cultura: 2000-2001*.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência de Direitos Humanos - Viena - 1993*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 8 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 8 out. 2017.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas e direitos humanos. *Revista USP*, São Paulo, n. 69, p. 36-43, mar./maio 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/13511/15329>>. Acesso em: 8 out. 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS PACIENTES IDOSOS NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Denise G. A. M. Paranhos¹

Resumo

O objetivo do presente trabalho é discutir a proteção conferida aos pacientes idosos na esfera internacional. Apesar dos avanços das normas internacionais de direitos humanos no âmbito dos direitos em geral, as pessoas idosas ainda são vítimas constantes de violações diversas de direitos humanos, razão pela qual merecem especial atenção. Embora no âmbito da OEA já houvesse uma preocupação com a proteção da pessoa idosa, principalmente a partir do Protocolo de San Salvador, a necessidade de uma maior especificidade em relação a esse grupo vulnerável ensejou o tratamento do tema de forma mais contundente na esfera do Sistema Interamericano, com a aprovação, em 15 de junho de 2015, da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (CPDHI). A presente pesquisa partiu de um recorte bem específico em relação à pessoa idosa, pois se limitou ao aspecto dos direitos e garantias associados a cuidados em saúde. Sob o prisma metodológico, o trabalho envolveu pesquisa de cunho documental e bibliográfico. No que tange à pesquisa documental, empreendeu-se o levantamento e análise de conceitos, princípios e direitos contidos na CPDHI aplicáveis às pessoas idosas que se encontram em tratamento de saúde. Quanto ao cunho teórico, efetuou-se pesquisa bibliográfica com o intuito de demarcar e subsidiar a discussão acerca dos elementos relacionados a cuidados em saúde contidos na CPDHI. A escolha da referida Convenção deu-se em razão da adesão do Brasil aos seus preceitos, bem como por se tratar do primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante voltado para a proteção e promoção dos direitos das pessoas idosas. Concluiu-se que a aplicação dos princípios gerais dos direitos humanos nos cuidados em saúde tem o condão de influenciar positivamente o desenvolvimento do direito interno e das políticas estatais em prol de grupos vulneráveis, apresentando-se a CPDHI como importante instrumento de proteção dos direitos humanos dos pacientes idosos.

Palavras-chave: Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos. Paciente idoso. Direitos humanos dos pacientes.

¹ Doutoranda em Bioética pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direitos Humanos do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD. Analista Judiciário da Justiça Federal - Seção Judiciária de Goiás. Goiânia/GO, Brasil. E-mail: paranhos.denise@uol.com.br.

Abstract

The objective of this study is to discuss the protection given to elderly patients in the international sphere. Despite advances in international human rights standards in the field of human rights, older people are still victims of human rights violations. Although under the OAS there was already a concern with the protection of the elderly person, especially with the Protocol of San Salvador, the need for greater specificity in relation to this vulnerable group resulted in the treatment of the topic in a more incisive way in the sphere of the Inter-American system, with the approval, in June 15 2015, of the Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons. This research was limited to the analysis of the rights and guarantees associated with health care of the elderly person. Under the methodological prism, the work involved documentary and bibliographic research. With respect to the documentary research, the survey undertook the analysis of concepts, principles and rights contained in the Convention applicable to elderly people who are in treatment. As to the theoretical nature, a bibliographical research was done with the intention of demarcating and subsidizing a discussion about health care issues contained in the Convention. The choice of the Convention took place on account of the accession of Brazil to its precepts, as well as because it is the first legally binding international instrument aimed at protecting and promoting the rights of older persons. It was concluded that the implementation of the general principles of human rights in health care has the power to positively influence the development of national law and the State policies in favor of vulnerable groups, being the Convention an important instrument for the protection of human rights of the elderly patients.

Keywords: Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons. Elderly patient. Human rights of patients.

1 INTRODUÇÃO

Enquanto para alguns envelhecer é uma benção, para outros a velhice é encarada de forma sombria e destrutiva. Além das doenças físicas e perdas cognitivas que costumam acompanhar o envelhecimento, a pessoa idosa enfrenta dificuldades diversas, tais como garantir a sua independência, razão pela qual tende a se isolar socialmente e a desenvolver depressão, tornando-se, assim, menos capaz de defender seus direitos e interesses, e de se autodeterminar.²

Aponta-se que, apesar dos avanços das normas internacionais de direitos humanos no âmbito dos direitos em geral, os direitos das pessoas idosas ainda não

² MILLER, Jaclynn M. International human rights and the elderly. *Marquette Elder's Advisor*, v. 11, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/elders/vol11/iss2/6>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

receberam a atenção jurídica internacional que merecem³. Com efeito, são inúmeras as violações de direitos humanos a que estão sujeitas as pessoas idosas, não só em países em desenvolvimento, mas também nos países desenvolvidos e, sobretudo, no campo dos cuidados em saúde. Miller⁴ apresenta relatos de abusos sofridos por pacientes idosos em torno do mundo, que vão desde sedação desnecessária, aplicação de drogas psicoativas em excesso em hospitais ou em casas de cuidados e imposição de terapias eletroconvulsivas, como também ameaças diversas por parte dos profissionais da saúde para obter a cooperação dos doentes, ou mesmo a sujeição destes a tratamentos cruéis ou degradantes, como amarrar o paciente na cama, deixá-lo por longo tempo urinado e sujo de excremento ou privá-lo de água e alimentação adequada. A autora reforça o dever de proteção desse grupo vulnerável de pacientes, mediante a adoção de uma legislação internacional que trate de suas necessidades específicas.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem uma forte influência no desenvolvimento do direito interno, impulsionando os Estados a buscarem formas efetivas de assegurar que a implementação de suas obrigações legais em matéria de direitos humanos sejam cumpridas. No Brasil, por exemplo, as normas e princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em razão do status supralegal a eles conferido pelo Supremo Tribunal Federal, passaram a ter especial importância no ordenamento interno⁵. De fato, a proteção dos direitos humanos tem o condão não só de promover a paz e a estabilidade nacional, mas também permitir que as pessoas gozem dos seus direitos e liberdades fundamentais. A aplicação dos princípios gerais dos direitos humanos nos cuidados em saúde é cada vez mais entendida como uma questão que tem implicações para a saúde pública, bem como para o desenvolvimento económico e social em geral. Assim, é necessário fortalecer os

³ RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego; MARTIN, Claudia. The international human rights status of elderly persons. *American university international law review*, v.18, n. 4. p. 915-1008, 2003. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=auilr>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

⁴ MILLER, Jaclynn M. International human rights and the elderly. *Marquette Elder's Advisor*, v. 11, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/elders/vol11/iss2/6>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

⁵ VALE, Ionilton Pereira; SANTOS, Teodora Silva. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos: a força normativa da convenção americana de direitos humanos e da convenção europeia dos direitos humanos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 02, p. 1120-1135, 2016.

remédios legais e administrativos contra os abusos individuais e sistêmicos de direitos humanos de pacientes, de forma a promover cuidados em saúde seguros, eficazes, respeitosos e de qualidade⁶. Ao se identificar e apoiar mecanismos eficazes, gestores, parlamentares, profissionais da saúde e a própria sociedade podem ajudar a garantir cuidados seguros, eficientes e respeitosos aos pacientes idosos.

Com base em tais perspectivas, a presente pesquisa tem como objetivo discutir os direitos dos pacientes idosos previstos na Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos⁷ adotada pela Organização dos Estados Americanos - OEA. A escolha da referida convenção decorre do fato de que o Brasil é integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, vinculando-se às suas normas e decisões. Referida convenção será analisada apenas sob o ponto de vista de sua adequação à efetiva proteção de direitos humanos das pessoas idosas que se encontram em tratamento de saúde, objeto deste estudo.

Passa-se, assim, à investigação dos direitos humanos dos pacientes idosos a partir da análise da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas.

2 A PROTEÇÃO DO PACIENTE IDOSO NA CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS (CPDHI)

De acordo com o estudo de Albuquerque⁸, os direitos dos pacientes estão contidos em convenções, pactos, declarações e na jurisprudência construída junto ao Sistema ONU e Sistemas Regionais Interamericano, Europeu e Africano que, a partir das atividades efetuadas por seus órgãos de monitoramento, produzem documentos diversos, como comentários, recomendações gerais, relatórios, diretrizes e

⁶ BELETSKY, Leo et al. *Advancing human rights in patient care: the law in seven transitional countries*. Disponível em: <<https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/Advancing-Human-Rights-in-Patient-Care-20130516.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana sobre a proteção dos direitos humanos dos idosos*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/Textos/Conven%C3%A7%C3%A3o%20Interamericana.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

⁸ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos humanos dos pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

observações finais, que constituem a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos.

Verifica-se, assim, que os direitos humanos dos pacientes estão contidos de forma esparsa em diversos instrumentos internacionais e que, tratando-se de direitos reconhecidos em favor de todos, são aplicáveis também às pessoas idosas. Alguns tratados internacionais fazem menção à saúde e à pessoa idosa, mas não de forma específica, como acontece em relação às crianças na Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU – 1989, ou às mulheres, por meio da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher da ONU – 1979 e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher da OEA - 1994.

Em 15 de junho de 2015, foi aprovada a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, cuja entrada em vigor deu-se apenas em 11 de janeiro de 2017, trigésimo dia após a data do depósito do segundo instrumento de ratificação ou adesão à Convenção junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos⁹. Trata-se do primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante voltado para a proteção e promoção dos direitos das pessoas idosas. Embora o Brasil tenha sido um dos primeiros países a assinar a Convenção, o Congresso Nacional ainda não promoveu a sua aprovação e ratificação, de modo a assegurar sua validade em todo o país.

No âmbito da OEA já havia certa preocupação com a proteção da pessoa idosa, principalmente a partir do Protocolo de San Salvador. Entretanto, a necessidade de uma maior especificidade em relação a esse grupo que apresenta características bem pontuais ensejou o tratamento do tema de forma mais contundente na esfera do Sistema Interamericano. A CPDHI, além de destacar, em sua parte introdutória, o compromisso com o que foi estabelecido em outros tratados que abordam os direitos das pessoas idosas, trouxe elementos que conferem maior visibilidade a questões que são essenciais à compreensão das necessidades

⁹ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Inter-american convention on protecting the human rights of older persons*. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-70_human_rights_older_persons_signatories.asp>. Acesso em: 21 mar. 2017.

especiais das pessoas que têm mais de 60 anos. Dentre os pontos que foram ressaltados pela Convenção, fala-se, já no seu preâmbulo, na obrigação dos Estados de eliminar todas as formas de discriminação, “em particular a discriminação por motivo de idade”.

Apesar de vários tratados internacionais obstarem todas as formas de discriminação, a alguns tipos de discriminação é dada maior visibilidade, como é o caso da discriminação por motivo de gênero ou de raça. A discriminação por idade, frequentemente, é relegada a um plano secundário, dando margem a tratamentos desiguais, quer no que diz respeito à alocação de recursos para tratamento de pessoas idosas¹⁰, quer em relação aos cuidados, pois idade geralmente é associada à incapacidade de se autodeterminar e de fazer escolhas sobre os rumos terapêuticos.

O fenômeno do envelhecimento, apesar de ser comum a todos, agrega vários (pré)conceitos contidos no imaginário social e cultural¹¹. Por tal razão, com vistas a dar prioridade ao tema do envelhecimento nas políticas públicas e possibilitar a incorporação de preceitos sobre a velhice na legislação doméstica, definições importantes foram trazidas pela Convenção em seu artigo 2º, relativas aos termos: “abandono”, “cuidados paliativos”, “discriminação”, “discriminação múltipla”, “discriminação por idade na velhice”, “envelhecimento”, “envelhecimento ativo e saudável”, “maus-tratos”, “negligência”, “idoso”, “idoso que recebe serviços de cuidado de longo prazo”, “serviços socio sanitários integrados”, “unidade doméstica ou domicílio”, “velhice”. Tendo em vista o escopo desse trabalho, que são os cuidados em saúde, alguns destes conceitos apresentam especial relevância para o paciente idoso, tais como “cuidados paliativos”; “discriminação” (em todos os seus aspectos); “maus-tratos”; “negligência” e “idoso que recebe serviços de cuidado de longo prazo”, que são elementos relacionados aos cuidados e cujo desconhecimento

¹⁰ HORTON, Rachel. *Dignity and the legal justification of age discrimination in health care*. Thesis (PhD) - Middlesex University, 2016. Disponível em <<http://eprints.mdx.ac.uk/18783/>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

¹¹ OLIVEIRA, Iglair Regis; ALVES, Vicente Paulo. A pessoa idosa no contexto da bioética: sua autonomia e capacidade de decidir sobre si mesma. *Revista Kairós Gerontologia*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 97-98, nov. 2010.

ou inobservância levam a constantes violações de direitos humanos. Seguem-se, assim, reflexões acerca dos conceitos e princípios contidos na CPDHI.

3 CONCEITOS E PRINCÍPIOS RELATIVOS À SAÚDE DO PACIENTE IDOSO

No que diz respeito a cuidados paliativos, a sua conceituação no corpo do tratado consubstancia importante inovação, pois traz à tona assunto que geralmente é evitado nos cuidados médicos, decorrência da cultura arraigada de obstinação terapêutica presente na formação dos profissionais da saúde; da assimetria das relações, que faz com que o conhecimento técnico do profissional prepondere sobre o desejo do paciente; bem como da frequente desconsideração da autonomia do paciente idoso em optar por recusar os tratamentos convencionais, em favor de cuidados alternativos que se mostrem mais condizentes com uma melhor qualidade no fim da vida. Herring¹² sustenta que o final da vida não deve se limitar à dor e ao desconforto, e informa que há estudos que evidenciam que existem pessoas que mesmo gravemente enfermas, acometidas de deficiências ou dores, apreciam a vida e não querem morrer por meio de eutanásia, por exemplo. Para ele, o objetivo dos cuidados paliativos é centrar o cuidado no paciente e buscar enxergá-lo em seu todo, ou seja, não apenas em relação aos aspectos físicos, mas também espirituais, emocionais e psicológicos, envolvendo-se a família no processo. Segundo o autor, o que se busca enfatizar nos cuidados paliativos são os aspectos relacionados à autonomia do ser humano para tomar decisões, a vulnerabilidade, a interdependência e a necessidade de cuidados que todos nós temos. Salienta, ainda, a importância da comunicação com o paciente, de modo que este possa entender as consequências de suas escolhas e tenha real capacidade de se autodeterminar.

Apesar da expansão dos debates sobre cuidados paliativos, Herring¹³ reconhece que muito ainda deve ser feito para se melhorar tais padrões de cuidado e informa que num estudo realizado no Reino Unido com pacientes idosos submetidos a cuidados paliativos apurou-se que os padrões apresentados eram

¹² HERRING, Jonathan. *Medical law and ethics*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

¹³ HERRING, Jonathan. *Medical law and ethics*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

inapropriados, havendo uma utilização abusiva e persistente de drogas desnecessárias, uso insuficiente de drogas benéficas e treinamento inadequado dos cuidadores. Assim, a referência expressa da CPDHI sobre os cuidados paliativos reforça a necessidade de criação de mecanismos de proteção e controle dos cuidados oferecidos aos pacientes idosos em fim de vida, chama a atenção para a instituição de políticas públicas em relação ao tema, bem como confere destaque a outros direitos dos pacientes que se relacionam com a concepção de cuidados paliativos, tais como o respeito à dignidade e à privacidade, direito à informação e de decidir sobre a terapêutica, comunicação adequada para entendimento da doença e sobre o que esperar dela, e respeito à autonomia para decidir onde e como receber os cuidados finais.

Outro conceito relevante para a proteção do paciente idoso é o que diz respeito à discriminação. Autores ressaltam que a pessoa idosa está mais sujeita a sofrer discriminações diversas, quer no mercado de trabalho, nos processos de alocação de recursos para tratamentos em saúde, ou nas relações de cuidados médicos^{14 15 16 17}. A discriminação por motivo de idade não consta de forma absoluta nos tratados internacionais, razão pela qual a CPDHI apresenta um grande avanço nesse sentido. Uma das alegações usadas para minimizar a discriminação por idade e justificá-la como sendo diferente é a de que a pessoa mais velha já viveu uma vida completa e, por isso, gozou das vantagens e benefícios que a vida tinha a oferecer¹⁸.

¹⁴ MCDUGAL, Myres S.; CHEN, Lung-chu; LASSWELL, Harold D. Human rights of the aged: an application of the general norm of nondiscrimination. *University of Florida-Law Review*, Florida, v. 28, n. 3, spring 1976. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3668&context=fss_papers>. Acesso em: 9 mar. 2017.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego; MARTIN, Claudia. The international human rights status of elderly persons. *American university international law review*, v.18, n. 4. p. 915-1008, 2003. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=auilr>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

¹⁶ MILLER, Jaclynn M. International human rights and the elderly. *Marquette Elder's Advisor*, v. 11, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/elders/vol11/iss2/6>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

¹⁷ HORTON, Rachel. *Dignity and the legal justification of age discrimination in health care*. Thesis (PhD) - Middlesex University, 2016. Disponível em <<http://eprints.mdx.ac.uk/18783/>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

¹⁸ HORTON, Rachel. *Dignity and the legal justification of age discrimination in health care*. Thesis (PhD) - Middlesex University, 2016. Disponível em <<http://eprints.mdx.ac.uk/18783/>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

No entanto, partindo-se do pressuposto de que a dignidade é um direito inerente a todo ser humano, não se pode minorar o valor de alguém a partir da visão de que já se usufruiu de uma vida plena. Assim, um tratamento desrespeitoso em saúde, motivado pela crença de que o paciente idoso não tem capacidade ou se encontra inabilitado para participar do tratamento e tomar decisões, viola sua dignidade, assim como violaria a de qualquer outra pessoa na mesma situação, razão pela qual é difícil pensar numa diferença plausível entre a idade e outras características legalmente protegidas. Desse modo, a legislação (quer internacional ou nacional) deve se empenhar em demonstrar que não existe justificativa para a discriminação baseada na idade, pois a idade não é diferente de outros preconceitos quando se tem em jogo a própria dignidade humana¹⁹.

Um agravante existe em relação à pessoa idosa, pois além da idade, outros preconceitos podem surgir no contexto dos cuidados, tais como discriminações decorrentes da raça, sexo, nível socioeconômico ou cultural, potencializando, assim, os abusos a que estão sujeitas as pessoas de idade mais avançada. Trata-se da discriminação múltipla, conceituada pela CPDHI como sendo “qualquer distinção, exclusão ou restrição do idoso fundamentada em dois ou mais fatores de discriminação”. Assim, além do estigma causado pela idade, o paciente idoso muitas vezes recebe tratamento menos favorável ou inadequado como resultado de uma combinação de aspectos diversos de sua identidade. Uma investigação realizada em cinco Estados-Membros da União Europeia apontou que a discriminação no acesso e na qualidade dos cuidados de saúde decorre da combinação de características tais como idade e nacionalidade, ou idade e deficiência. Relatou-se, por exemplo, que os pacientes migrantes mais velhos experimentavam estereótipos e preconceitos que motivavam tratamentos inadequados ou de pior qualidade²⁰. Desse modo, conclui-se que a delimitação, pela CPDHI, dos termos “discriminação”, “discriminação múltipla” e “discriminação por idade na velhice” demonstra um progresso legislativo

¹⁹ HORTON, Rachel. *Dignity and the legal justification of age discrimination in health care*. Thesis (PhD) - Middlesex University, 2016. Disponível em <<http://eprints.mdx.ac.uk/18783/>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

²⁰ HORTON, Rachel. *Dignity and the legal justification of age discrimination in health care*. Thesis (PhD) - Middlesex University, 2016. Disponível em <<http://eprints.mdx.ac.uk/18783/>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

e chancela o reconhecimento de que certas particularidades das pessoas idosas devem ser destacadas para que possam gozar de iguais direitos.

Com relação aos “maus-tratos”, a Convenção define o termo como sendo uma ação ou omissão dirigida à pessoa idosa e que causa danos à sua integridade física, psíquica e moral, vulnerando o exercício de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, ainda que ocorra em uma relação de confiança. No campo dos cuidados em saúde, o conceito de “maus-tratos” associa-se ao direito de não ser submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante, que foi consagrado no artigo 10º da CPDHI, e é uma violação de direito humano a que o paciente idoso está frequentemente sujeito. Segundo Herring²¹, a proteção contra tratamento cruel, desumano ou degradante apresenta-se de especial relevância para a pessoa idosa, pois em razão de necessitar de cuidados em saúde mais constantes e de apresentar uma vulnerabilidade acrescida, está mais severamente sujeita aos efeitos dos maus-tratos ocorridos nas relações de cuidados. Assim, condutas pautadas por relações de cuidado abusivas ou desrespeitosas, infantilização, abuso emocional, físico ou psíquico, exploração e controle da vida da pessoa idosa configuram os ‘maus-tratos’ combatidos pela Convenção e se amoldam à violação de direitos prevista no artigo 10º da CPDHI.

A Convenção conceitua “negligência” como um erro involuntário, não deliberado, fruto do descuido, omissão, desamparo e desproteção, que ocasiona dano ou sofrimento à pessoa idosa. Com efeito, a negligência decorre da não observância das medidas normais e necessárias ao caso. O destaque do termo pela CPDHI é de suma importância, sobretudo quando se fala em cuidados em saúde, pelos seguintes motivos: a pessoa idosa procura com maior frequência tratamentos médicos, por isso, suas queixas são comumente consideradas como reclamações própria da idade e, assim, menosprezadas; os pacientes idosos têm maior dificuldade em se expressar e o modelo apressado de cuidados imposto aos profissionais da saúde muitas vezes não permite a delonga do atendimento, desse modo, a comunicação truncada, inclusive com os familiares do paciente idoso, pode gerar o desencontro de

²¹ HERRING, Jonathan. *Vulnerable adults and the law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

informações e equívocos na condução terapêutica; a generalização de que toda pessoa idosa é necessariamente doente compromete uma investigação mais cuidadosa das possíveis causas de uma queixa específica; os tratamentos de pacientes idosos tendem ao paternalismo, ensejando descuidos ou omissões em relação à real necessidade do doente; alguns sintomas ou pedido de ajuda de paciente idoso são ignorados; o paciente idoso necessita, de fato, de maior amparo e proteção, razão pela qual o modelo de cuidado centrado no paciente é medida que se impõe.

Assim, o conceito de “negligência” no bojo da Convenção confere ênfase ao assunto e desperta a consciência de que medidas apropriadas devem ser incorporadas nos cuidados em saúde para que o tratamento dos pacientes idosos seja condizente às suas particularidades, despido de qualquer discriminação com base na idade, apresente os requisitos regulares de cuidados devidos a qualquer pessoa, a fim de se evitar as situações de desamparo e desproteção que ocasionam dano ou sofrimento à pessoa idosa. Para dar concretude ao preceito de que as pessoas idosas devem ser protegidas de condutas negligentes, assim como contra maus-tratos nas relações de cuidados, a Convenção estabeleceu, em seu artigo 9º, o compromisso dos Estados de adotar medidas legislativas e administrativas para prevenir, investigar, punir, erradicar e reparar os danos decorrentes de tais condutas (artigo 9º, letra ‘a’), assim como enfatizou a necessidade de capacitação das pessoas encarregadas da atenção e cuidado da pessoa idosa, de modo a “prevenir negligência e ações ou práticas de violência e maus-tratos” (artigo 9º, letra ‘f’).

Por fim, merece relevo, para o fim dessa pesquisa, o conceito de “idoso que recebe serviços de cuidado de longo prazo”, caracterizado pela Convenção como sendo “serviços socio sanitários integrais de qualidade”, oferecidos de forma permanente ou temporária à pessoa idosa com dependência moderada ou severa que não possa receber cuidados em casa, podendo o estabelecimento ter natureza pública, privada ou mista, aí incluídas as residências de longa estadia. Para maior elucidação sobre como deve ser um “cuidado de longo prazo”, o artigo 12 da Convenção destacou a importância da observância de alguns direitos que estão compreendidos no conceito de serviços de cuidado de longo prazo, dentre eles:

proteção e promoção da saúde, alimentação segura e adequada, água, vestuário, habitação, serviços estes que devem ser oferecidos de modo a permitir que a pessoa idosa permaneça em seu domicílio, caso assim deseje, e mantenha sua independência e autonomia. O artigo 12 desenvolve todo um aparato para que os Estados-partes, além de promoverem treinamento adequado aos cuidadores e familiares, adotem medidas para desenvolver um sistema integral de cuidados, o qual deve contar prioritariamente com mecanismos que assegurem “que o início e término dos serviços de cuidado de longo prazo estejam sujeitos à manifestação da vontade livre e expressa do idoso”. Além disso, a CPDHI alerta para a necessidade de inclusão de medidas, pelos Estados, que garantam à pessoa idosa o acesso às suas informações/registros pessoais, aos meios de comunicação e informação, direito à vida privada e intimidade (aí incluídos os atos de higiene pessoal), proteção à segurança, integridade pessoal e cuidados paliativos.

Apesar do mérito das previsões do artigo 12 quanto aos direitos da pessoa idosa que recebe serviços de cuidado de longo prazo, inclusive incitando os Estados a estabelecerem legislação que preveja punições civis, administrativas e penais aos responsáveis pelos serviços e que pratiquem atos em detrimento da pessoa idosa, algumas considerações práticas merecem ser discutidas, para que o intuito de proteção não caia no vazio. Percebe-se que a institucionalização da pessoa idosa que precisa de cuidado de longo prazo em estabelecimentos públicos, privados ou mistos é encarada pela Convenção como um ato voltado à escolha autônoma do paciente idoso, levando a crer que a pessoa idosa teria ampla participação na forma de escolha dos cuidados, sua duração e que seriam respeitadas suas opiniões. Deve-se estar atento, no entanto, para o fato de que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é integrado por países com graus de desenvolvimento diferentes e com culturas diversas quanto aos cuidados dos familiares na velhice. Assim, enquanto em alguns países existe a prática rotineira de delegar os cuidados de familiares idosos e doentes a instituições especializadas e estruturadas para tal, em países como o Brasil tal conduta não é comum e chega mesmo a ser vista como um ato questionável.

Apesar das resistências culturais quanto à utilização de estabelecimentos de cuidado por países como o Brasil, é de fato necessário que se planejem os cuidados de familiares na velhice. Levando-se em conta que as pessoas vivem mais tempo, que as famílias estão diminuindo e que homens e mulheres trabalham fora de casa, a opção por instituições de cuidado de longo prazo mostra-se uma tendência mundial. É necessário, no entanto, que tais estabelecimentos sejam estruturados de forma a conferir à pessoa idosa um envelhecimento ativo, assegurando-lhe o respeito à vida privada, cuidados de qualidade e autonomia para decidir sobre os tratamentos oferecidos. Embora a CPDHI reforce a necessidade de um protagonismo por parte do paciente idoso quanto à condução de seu tratamento e de sua vida em instituição de cuidado de longo prazo, estudos apontam que, no Brasil, os pacientes idosos não tomam atitudes autônomas, pois suas possibilidades de escolha são limitadas ou nulas, já que os locais de cuidado de longo prazo são responsáveis por todas as deliberações, desde a admissão até a permanência do paciente como morador, padronizando a assistência, estabelecendo horários, normas e rotinas rígidas, favorecendo, assim, a perda de autonomia, do autocuidado e da participação efetiva do paciente idoso²².

Portanto, apesar dos diferentes graus de evolução, das diferentes culturas de cuidado dos pacientes idosos e das visíveis dificuldades de alguns países em implementar serviços de cuidado de longo prazo que garantam, de fato, a autonomia, independência, privacidade e respeito pela pessoa idosa, o alerta internacional acerca da possibilidade de que a utilização desses serviços possa se transformar em uma necessidade é de grande valia. Com efeito, o envelhecimento populacional é um problema que afeta tanto os países desenvolvidos quanto os em desenvolvimento, razão pela qual cada Estado-parte, em observância à CPDHI, deve estabelecer um marco regulatório adequado para o funcionamento dos serviços de cuidado de longo prazo, mobilizar suas políticas e promover a conscientização social acerca da necessidade de implementação de medidas alternativas de cuidado ao

²² SILVA, Marylane Viana; FIGUEIREDO, Maria Livramento Fortes. Idosos institucionalizados: uma reflexão para o cuidado de longo prazo. *Enfermagem em Foco*, v. 3, n. 1, p. 22-24, 2012.

paciente idoso que não tenha condições de receber cuidados domiciliares, de modo a garantir o respeito à dignidade e integridade física e mental desse paciente.

Além dos conceitos expressos no corpo da Convenção, esta demonstra, ainda, um avanço na proteção dos direitos da pessoas idosas ao consagrar, em seu artigo 3º, princípios diretamente relacionados aos aspectos dos cuidados em saúde, tais como a “dignidade, independência, protagonismo e autonomia do idoso” (letra ‘c’); “a igualdade e não discriminação” (letra ‘d’); “bem-estar e cuidado” (letra ‘f’); a segurança física (letra ‘g’); a solidariedade (letra ‘j’); “bom tratamento e a atenção preferencial” (letra ‘k’). Foram elencados também na Convenção importantes direitos relacionados a cuidados em saúde, que fortalecem a temática em âmbito internacional e despertam os Estados para a importância em se observá-los, contemplá-los na legislação nacional e cumpri-los. Passa-se à análise de tais direitos.

4 OS DIREITOS DOS PACIENTES IDOSOS NA CPDHI

O artigo 19 da Convenção foi consagrado ao direito à saúde e ao reconhecimento de que a pessoa idosa “tem direito à saúde física e mental, sem nenhum tipo de discriminação”. Verifica-se, no entanto, que o artigo 19 dedicou-se mais às questões relacionadas ao acesso a serviços de saúde e medicamentos, à disponibilização de recursos para implementação de programas, promoção e prevenção de doenças, reabilitação, ao treinamento e capacitação de profissionais para atendimento adequado ao paciente idoso, do que aos direitos do paciente que já se encontra em tratamento. Embora predominantemente voltado a garantir o oferecimento de serviços de qualidade e à implantação de políticas de promoção da saúde, o artigo 19 faz menção a alguns direitos relacionados diretamente aos cuidados, como por exemplo, promoção e fortalecimento de cuidados paliativos (letra ‘j’ e 1º do artigo 19) e garantia de acesso do paciente idoso às informações contidas em seus registros pessoais (letra ‘n’).

No que diz respeito aos direitos presentes na Convenção que resguardam os pacientes idosos especificamente nas relações de cuidado, destacam-se o direito à igualdade e não discriminação em razão de idade (artigo 5º); o direito à vida e à

dignidade na velhice (artigo 6º); direito à independência e à autonomia (artigo 7º); direito a não ser submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 10º); direito a manifestar consentimento livre e informado no âmbito da saúde (artigo 11); direito à privacidade e à intimidade (artigo 16). Alguns desses direitos já foram abordados quando da análise dos conceitos apresentados pela CPDHI, tais como o direito à igualdade e não discriminação e o direito de não receber tratamento cruel, desumano ou degradante, presentes nos artigos 5º e 10º. Desse modo, serão a seguir apresentadas algumas considerações em relação aos direitos contidos nos artigos 6º, 7º, 11 e 16 da Convenção.

O artigo 6º estabelece que os Estados devem adotar medidas que assegurem à pessoa idosa o efetivo gozo do direito à vida. Por direito à vida entende-se a obrigação do Estado de abster-se de suprimir a vida de alguém, de investigar as mortes suspeitas e aplicar as punições cabíveis, após o devido processo legal, bem como de adotar medidas que previnam as mortes evitáveis. A proteção do direito à vida é essencial para que os demais direitos possam ser exercidos e, relativamente aos cuidados em saúde, tal direito relaciona-se, segundo a jurisprudência internacional, à segurança do paciente e ao direito do paciente a cuidados em saúde de emergência, ou seja, é dever do Estado fiscalizar os serviços de saúde para impedir que os pacientes sofram danos à sua integridade pessoal ou morte evitável, e também obstar que mortes ocorram em situações de emergência²³. Além do direito à vida, o artigo 6º também trata do direito à dignidade na velhice, buscando assegurar que o paciente idoso receba cuidados em saúde em condições de igualdade e sem qualquer tipo de discriminação, que tenha acesso a cuidados paliativos e proteção nos momentos de dor, de medo da morte e de sofrimento. O artigo 6º da CPDHI expressa de forma clara e contundente a necessidade de proteção da pessoa idosa nos seus momentos de maior fragilidade, que são os de enfrentamento da doença, sem perder de vista que tal proteção deve estar em conformidade com os desejos e vontades do paciente, expressados por meio de consentimento informado.

²³ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos humanos dos pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

Com relação ao consentimento informado, merece destaque o artigo 11 da Convenção, que assegura ao paciente idoso “o direito irrenunciável a manifestar seu consentimento livre e informado no âmbito da saúde. A negação deste direito constitui uma forma de vulneração dos direitos humanos do idoso”. Assim, a Convenção, de forma expressa, estatuiu ao longo dos parágrafos do artigo 11 que é direito do paciente idoso manifestar seu consentimento quanto às terapêuticas que lhe são propostas, modificar ou revogar tal consentimento a qualquer tempo, aceitar, recusar ou interromper voluntariamente tratamentos médicos ou cirúrgicos.

Annas²⁴ sustenta que o direito ao consentimento informado ajudou a transformar a relação médico-paciente, pois se informação é poder, o compartilhamento de informações resultaria inevitavelmente na partilha de decisões, diminuindo, assim, as assimetrias presentes na relação entre profissional da saúde e paciente, preservando a autodeterminação do doente, bem como contribuindo para afastar posturas paternalistas. Para o autor, a questão é lógica: um médico não pode tocar ou tratar um paciente sem que tenha prestado a este as informações básicas sobre o que se propõe a fazer, e sem que o paciente compreenda e concorde com o tratamento ou procedimento proposto. Embora pareça tarefa simples, tal conduta não tem aplicação óbvia e imediata, sobretudo quando se trata de pessoa idosa, e um dos problemas reside na qualidade da informação fornecida ao paciente idoso para que ele possa oferecer um consentimento de fato livre e válido. Na prática, vários fatores obstam um bom compartilhamento de informações e, conseqüentemente, o exercício do direito de manifestar consentimento pelo paciente idoso: o paciente idoso tem uma maior dificuldade em compreender as terapêuticas propostas e prestar informações sobre sua saúde; os possíveis comprometimentos cognitivos dificultam a tomada de decisões; existe uma concepção culturalmente arraigada de que o paciente idoso não tem capacidade de se autodeterminar; posturas paternalistas por parte dos profissionais da saúde e familiares anulam a vontade da pessoa idosa; a mecanicidade e rotina dos atendimentos médicos transformam o cuidado numa prática apressada; falta de preparo e de treinamento dos profissionais

²⁴ ANNAS, George J. *The rights of patients*. 2. ed. New York: Springer Science & Business Media, 1992.

da saúde para lidar com os pacientes idosos. Tudo isso acaba anulando a participação do paciente idoso nos tratamentos, relegando sua vontade a plano secundário e conferindo a terceiros a decisão sobre o que consideram estar no melhor interesse do doente.

Dessa maneira, para reforçar o direito ao consentimento informado, como imperativo ético baseado no compartilhamento de decisões, respeito mútuo e cooperação, defende-se que sua observância esteja fundada em lei²⁵. Assim, a CPDHI teria acertado em proteger, de forma contundente, a observância de tal direito, determinando aos Estados que elaborem mecanismos adequados e eficazes para impedir abusos e para fortalecer a capacidade do paciente idoso de compreender as opções terapêuticas disponíveis, seus riscos e benefícios. Ainda, a Convenção se mostra comprometida em compelir os Estados-partes a garantirem aos pacientes idosos informação

Adequada, clara e oportuna, disponível de forma não discriminatória e acessível e apresentada de maneira compreensível de acordo com a identidade cultural, nível educativo e necessidades de comunicação do idoso

(artigo 11). Conforme reforçado por Annas²⁶, todas as informações devem ser apresentadas em linguagem que o paciente possa entender e o tratamento não deve prosseguir até que o profissional de saúde esteja convencido de que o paciente realmente compreendeu as informações apresentadas.

Muitos dos direitos que os pacientes têm são derivados ou reforçados pelo direito ao consentimento informado. Embora as relações entre profissional da saúde e paciente sejam eticamente muito mais complexas do que a simples troca de informações e manifestação de consentimento, estas ajudam a incrementar a autonomia do paciente para tomar decisões de forma o mais independente possível²⁷. Dessa forma, observa-se que o artigo 11 guarda estreita relação com o artigo 7º da Convenção, pois a manifestação do consentimento está diretamente vinculada ao direito à independência e à autonomia. Segundo o artigo 7º, os Estados-partes

²⁵ ANNAS, George J. *The rights of patients*. 2. ed. New York: Springer Science & Business Media, 1992.

²⁶ ANNAS, George J. *The rights of patients*. 2. ed. New York: Springer Science & Business Media, 1992.

²⁷ ANNAS, George J. *The rights of patients*. 2. ed. New York: Springer Science & Business Media, 1992.

deverão tomar todas as medidas necessárias para assegurar, mediante programas, políticas, ações e mecanismos eficientes de punição, o direito da pessoa idosa de tomar decisões sobre sua vida, de forma autônoma e independente, em igualdade de condições e respeitados seus valores, crenças e tradições.

Com efeito, o consentimento informado na saúde, embora necessário, não é suficiente para garantir a autonomia do paciente. Nesse sentido, Stoljar²⁸ aponta dois argumentos para justificar que a manifestação do consentimento informado não caracteriza de forma inquestionável o respeito à autonomia do paciente: o primeiro deles é que o consentimento informado está ligado a uma concepção de oportunidade, enquanto a autonomia relaciona-se à ideia de exercício; o segundo ponto é que o consentimento informado requer uma avaliação superficial (fraca) e não uma avaliação mais contundente (forte) da situação, como é necessário para o efetivo exercício da autonomia. A autora destaca, assim, a importância da autonomia relacional para assegurar o consentimento informado. De fato, a autonomia relacional tem especial relevância para o paciente idoso que, em razão de sua vulnerabilidade acrescida, necessita de uma rede de proteção que o habilite a tomar decisões sobre o seu tratamento. Por isso, o exercício da autonomia deve ser examinado no contexto dos relacionamentos do paciente e a partir do reconhecimento de que nossas vidas estão interligadas com a vida de outras pessoas²⁹. Desse modo, mostra-se acertada a preocupação do artigo 7º da Convenção em impulsionar os Estados a implementar políticas de “fortalecimento de todas as famílias, de seus laços familiares e sociais e de suas relações afetivas”, observadas, ainda, as tradições e crenças do paciente, pois só assim é possível resguardar o “respeito à autonomia do idoso na tomada de suas decisões, bem como a independência na realização de seus atos” (artigo 7º, letra ‘a’).

Por fim, a CPDHI expressa, em seu artigo 16, a preocupação que os Estados devem ter em afastar ingerências arbitrárias na vida privada da pessoa idosa, proteger o sigilo de sua correspondência ou qualquer outro ato de comunicação,

²⁸ STOLJAR, Natalie. Informed consent and relational conceptions of autonomy. *Journal of Medicine and Philosophy*, v. 36, n. 4, p. 375-384, 2011.

²⁹ HERRING, Jonathan. *Vulnerable adults and the law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

preservar sua dignidade, honra e reputação, bem como resguardar a privacidade do seu corpo contra abusos. O direito à privacidade se relaciona diretamente com cuidados em saúde, pois tanto implica na obrigação do profissional da saúde em resguardar a confidencialidade de dados do paciente, quanto exige que se estabeleça relação de cuidados respeitosa, sobretudo quando se trata de doente idoso com maior grau de dependência, que precisa da ajuda de terceiros para atos básicos, como os de higiene pessoal, ou que recebe serviços de cuidado de longo prazo.

Embora o artigo 16 não tenha detalhado todas as situações passíveis de causar violação do direito da pessoa idosa à vida privada e à intimidade, trata-se de um direito bastante amplo, que abarca situações diversas relacionadas ao corpo do doente, à confidencialidade de seus dados e à sua autodeterminação. Albuquerque³⁰ esclarece que a jurisprudência internacional já reconhece que, no campo dos cuidados em saúde, o respeito pela vida privada compreende uma gama ampla de direitos, tais como o direito de recusar tratamentos, visitas ou o exame do corpo por estudantes; de consentir com qualquer tipo de procedimento; de buscar segunda opinião médica; de ter as diretivas antecipadas respeitadas pelos profissionais da saúde e familiares; de ser examinado em lugar reservado; de decidir sobre questões relacionadas à terminalidade da vida.

5 CONCLUSÃO

Nota-se da evolução jurídica das últimas décadas um grande crescimento dos direitos humanos. A influência dos tratados de direitos humanos no direito interno tem o condão de impulsionar o amadurecimento da legislação nacional e propiciar políticas, programas públicos e outras medidas administrativas capazes de proteger direitos básicos, por isso, mostra-se tão importante a existência de um tratado internacional que contemple os direitos envolvidos nas relações de cuidados em saúde, sobretudo para grupos de maior vulnerabilidade.

A Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos constitui um progresso em termos de proteção geral e possui um destaque

³⁰ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos humanos dos pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.

relevante em termos de proteção específica do direito a cuidado em saúde às pessoas idosas. Além de elaborada para atender pessoas com necessidades e vulnerabilidades específicas, como é o caso dos maiores de 60 anos, a Convenção previu mecanismos de observância e proteção de tais direitos, mediante a sistemática de elaboração de relatórios periódicos pelos Estados-partes para demonstrarem o cumprimento de suas obrigações, assim como assegurando o direito de petição à Comissão interamericana no caso de violação, por qualquer Estado-parte, dos direitos contidos na Convenção.

Levando-se em conta a influência que um tratado internacional com força vinculante tem em relação aos Estados que a ele aderem, conclui-se que a CPDHI constitui um avanço importante em termos de reflexões acerca do processo de envelhecimento mundial e da necessidade de se combater os abusos perpetrados em relação às pessoas idosas, sobretudo em relação àquelas que apresentam problemas de saúde e necessitam de cuidados médicos. A difusão de seus preceitos tem como mérito possibilitar avanços legislativos e nas políticas públicas dos países-partes, que poderão instituir leis domésticas de observância obrigatória, dotadas de mecanismos de monitoramento e de instrumentos de punição que garantam o seu cumprimento. Dessa forma, é necessário que o Congresso Nacional ratifique a CPDHI, como forma de assegurar e reforçar os direitos das pessoas idosas no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos humanos dos pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.
- ANNAS, George J. *The rights of patients*. 2. ed. New York: Springer Science & Business Media, 1992.
- BELETSKY, Leo et al. *Advancing human rights in patient care: the law in seven transitional countries*. Disponível em: <<https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/Advancing-Human-Rights-in-Patient-Care-20130516.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017.
- HERRING, Jonathan. *Medical law and ethics*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HERRING, Jonathan. *Vulnerable adults and the law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- HORTON, Rachel. *Dignity and the legal justification of age discrimination in health care*. Thesis (PhD) – Middlesex University, 2016. Disponível em: <<http://eprints.mdx.ac.uk/18783/>>. Acesso em: 19 abr. 2017.
- MCDOUGAL, Myres S.; CHEN, Lung-chu; LASSWELL, Harold D. Human rights of the aged: an application of the general norm of nondiscrimination. *University of Florida-Law Review*, Florida, v. 28, n. 3, spring 1976. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3668&context=fss_papers>. Acesso em: 9 mar. 2017.
- MILLER, Jaclynn M. International human rights and the elderly. *Marquette Elder's Advisor*, v. 11, iss. 2, 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/elders/vol11/iss2/6>>. Acesso em: 8 mar. 2017.
- OLIVEIRA, Iglair Regis; ALVES, Vicente Paulo. A pessoa idosa no contexto da bioética: sua autonomia e capacidade de decidir sobre si mesma. *Revista Kairós Gerontologia*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 97-98, nov. 2010.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana sobre a proteção dos direitos humanos dos idosos*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/Textos/Conven%C3%A7%C3%A3o%20Interamericana.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Inter-american convention on protecting the human rights of older persons*. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-70_human_rights_older_persons_signatories.asp>. Acesso em: 21 mar. 2017.

RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego; MARTIN, Claudia. The international human rights status of elderly persons. *American university international law review*, v.18, n. 4. p. 915-1008, 2003. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=auilr>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

SILVA, Marylane Viana; FIGUEIREDO, Maria Livramento Fortes. Idosos institucionalizados: uma reflexão para o cuidado de longo prazo. *Enfermagem em Foco*, v. 3, n. 1, p. 22-24, 2012.

STOLJAR, Natalie. Informed consent and relational conceptions of autonomy. *Journal of Medicine and Philosophy*, **Local**, v. 36, n. 4, p. 375-384, 2011.

VALE, Ionilton Pereira; SANTOS, Teodora Silva. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos: a força normativa da convenção americana de direitos humanos e da convenção europeia dos direitos humanos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 02, p. 1120-1135, 2016.

PANORAMA DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO DISTRITO FEDERAL

Felipe Henrique Freitas Sitônio¹

Geovana Muniz Ruella²

Tatiana de Oliveira de Lima³

Resumo

Este artigo tem o intuito de abordar o aspecto dos direitos humanos relacionado às populações em situação de rua no Brasil, mais especificamente no Distrito Federal. Para tanto, analisa dados de programas governamentais envolvendo tal população, bem como a estrutura brasileira de suporte aos moradores em situação de rua. Estuda ainda a importância que a efetivação do acesso à justiça tem como meio de garantir o acesso de tal população aos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos. População em situação de rua. Acesso à justiça.

Abstract

This article aims to address the aspects of human rights about the homeless population in Brazil, specifically in Distrito Federal. In that way, it analyses governmental programs for the poor and all the brazilian structure to give homeless people support. Also studies the importance of the true justice access as a way to grant that people the respect to their human rights.

Keywords: Human rights. Homeless population. Justice access.

1 INTRODUÇÃO

A história da humanidade é permeada por inúmeros casos em que houve abusos e violações extremas ao indivíduo, e que alguns valores e direitos sobre a vida

¹ Aluno do Curso de Pós-Graduação *latu sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Advogado. E-mail: felipesitonio@gmail.com

² Aluna do Curso de Pós-Graduação *latu sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: geo_muniz@hotmail.com

³ Aluna do Curso de Pós-Graduação *latu sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: tatiana.limat@gmail.com

foram deixados de lado pela sociedade e governos em todo o mundo, onde ocorreram guerras, perseguições étnicas, religiosas, entre outros casos.

Neste sentido, viu-se a necessidade de lutar contra essas deturpações, surgindo assim os Direitos Humanos para reverberar no momento em que o indivíduo não poder usufruir de elementos essenciais em sua vida, em que se perdeu o respeito por alguns direitos e condições do ser humano, vindo a necessidade de se pleitear a defesa e garantia por parte do Estado, quando a sociedade não consegue mais sobreviver sem que se tenha uma interferência alheia para estancar e recuperar o que se foi perdido em algum momento.

Em que pese tenham surgido os Direitos Humanos juntamente com as organizações mundiais, muitos ainda são os casos de violações atualmente, mesmo com toda a evolução da sociedade em diversos fatores e ramos, há a continuidade de abusos e descasos com alguns indivíduos, que precisam de uma atenção específica do Estado e, neste caso, o presente artigo trata da população em situação de rua em nosso país, sobretudo no Distrito Federal.

Nesta senda, uma das enormes mazelas sociais que assolam a nossa sociedade é a população em situação de rua, cuja vulnerabilidade se mostra ainda mais acentuada e cuja existência se pode constatar em praticamente todas as grandes cidades do Brasil, sobretudo nas capitais. Esses indivíduos vivem em condições totalmente insalubres e não somente aparentam um estado físico e social de vulnerabilidade, mas um enorme distanciamento da sociedade e, principalmente do Estado, acarretando na falta de acesso a determinados direitos primários e essenciais, até mesmo a direitos assistenciais que são oferecidos às camadas sociais mais humildes em nossa sociedade.

Assim, o presente trabalho, por meio de um estudo inicialmente conceitual acerca de quem seria a população em situação de rua, e da sua contextualização no âmbito dos Direitos Humanos e; posteriormente acerca de estudo específico da população em situação de rua no Distrito Federal, encerra sua pesquisa com a questão do acesso à justiça como instrumento de reinserção de tais indivíduos na

sociedade, e como instrumento garantidor do acesso a outros direitos humanos, seja no âmbito interno como no internacional.

2 POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

2.1 Conceito

Imperioso se faz para debatermos o cerne do presente estudo, conceituarmos os indivíduos que aqui trataremos para melhor entendimento. Senão vejamos:

Neste sentido, a População em Situação de Rua pode ser definida como um grupo populacional heterogêneo que tem em comum a pobreza, vínculos familiares quebrados ou interrompidos, vivência em um processo de desfiliação social pela ausência de trabalho assalariado e das proteções derivadas ou dependentes dessa forma de trabalho, sem moradia convencional regular e tendo a rua como o espaço e sustento.⁴

2.2 Perfil

Em complemento ao conceito estabelecido, assevera-se importante definirmos que são esses indivíduos concretamente, por meio de suas características e trazemos à baila a ação promovida pelo Conselho Nacional do Ministério Público⁵ em 2015, quando foi realizada uma pesquisa sobre quem são os indivíduos hoje presentes em situação de rua.

As pessoas em situação de rua se caracterizam predominantemente por homens (82%), dos quais 67% são negros, percentual que é superior ao da população brasileira. Grande parte dessas pessoas tem como fonte de renda as atividades no mercado informal (52%), tais como: catadores de material reciclável (27,5%),

⁴ BRASIL. Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná. *População em Situação de Rua*. Disponível em: <<http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=97>>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Guia de atuação ministerial: defesa dos direitos das pessoas em situação de rua*. Brasília: CNMP, 2015.

flanelinhas (14,1%), trabalhadores da construção civil (6,3%) e limpeza (4,2%), carregadores e estivadores (3,1%). A maioria nunca teve carteira assinada ou não trabalhava formalmente há muito tempo.

No que se refere ao aspecto educacional, 74% são alfabetizados (leem e escrevem). Não concluíram o Ensino Fundamental 63%, 15% nunca estudaram e 5% frequentavam a escola. Aproximadamente 25% dos pesquisados afirmaram não possuir qualquer documento pessoal, o que dificulta a obtenção de emprego formal, acesso a serviços públicos e programas governamentais.

A pesquisa apontou como principais motivos pelos quais os entrevistados passaram a viver nas ruas: alcoolismo e/ou uso de drogas (35,5%), perda de emprego (29,8%) e conflitos familiares (29,1%).

No que se refere aos vínculos familiares, cerca de metade da população em situação de rua ainda possui algum parente residindo na mesma cidade em que se encontra (51,9%). Porém, quase 40% não mantêm contato com a família. Cerca de um terço ainda mantém contatos mais frequentes (diários, semanais ou mensais) com familiares.

No que diz respeito à busca pela sobrevivência, os resultados apontaram que quase 80% da população conseguiu fazer ao menos uma refeição por dia, sendo que, desse percentual, 27,4% comprava comida com seu próprio dinheiro. Dezenove por cento da população pesquisada não se alimentava todos os dias, o que aponta a necessidade de implantação ou de fortalecimento das ações que garantam o acesso dessa população à alimentação. Uma possibilidade seria garantir o acesso aos restaurantes populares, mesmo que para tal sejam necessárias algumas adequações de horários.

Aproximadamente um terço das pessoas em situação de rua (29,7%) afirmou ter algum problema de saúde (como hipertensão, problemas de visão, dermatológico, entre outros), sendo que quase 20% faziam uso de algum medicamento, sendo as Unidades Básicas de Saúde a principal via de acesso para sua obtenção.

Quase 90% das pessoas em situação de rua afirmaram não receber qualquer benefício de órgãos governamentais. Entre os benefícios recebidos, foram identificados: aposentadoria (3,2%), Programa Bolsa Família (2,3%) e Benefício de Prestação Continuada (1,3%).

Presentes estão as dificuldades para obtenção de empregos formais e de acesso a serviços e programas governamentais refletem-se no percentual de pessoas em situação de rua que não possuía documento de identificação (24,8%), fato esse que inviabiliza o exercício da cidadania.

A pesquisa constatou a vivência de inúmeras discriminações a essa população, inclusive no que diz respeito ao acesso a serviços públicos, como, por exemplo, transporte coletivo (29,8%) e serviços de saúde (18,4%). Isso pode decorrer, entre outros fatores, dos estigmas socialmente construídos em relação às pessoas em situação de rua. A estigmatização dessa população, seja pela aparência pessoal, pela higiene corporal ou por qualquer outra forma, prejudica seu acesso às políticas públicas e a construção das possibilidades de saída das ruas.

2.3 Normas legais

No Brasil, o conceito de população em situação de rua foi se avançando em nossa sociedade e na medida dessa evolução, foram-se construindo normas que abrangessem esses indivíduos de forma esparsa, de acordo com os assuntos tratados de maneira pontual pelas legislações.

Assim, mencionamos a Lei nº. 8.742, de 7 de dezembro de 1993⁶, que dispôs sobre a organização da Assistência Social, vindo em 2004 o complemento pelo Programa Nacional de Assistência Social – PNAS. Já em 2005, a Lei nº 11.258, 30/12/05⁷, complementou o que existia, especificando aos indivíduos aqui tratados, com a alteração do parágrafo único do art. 23 das LOAS: Na organização dos

⁶ BRASIL. *Lei nº. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁷ BRASIL. *Lei nº. 11.258, de 30 de dezembro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11258.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

serviços da Assistência Social serão criados programas de amparo: II - às pessoas que vivem em situação de rua.

O Decreto de 25 de outubro de 2006⁸, constitui Grupo de Trabalho Interministerial - GTI, com a finalidade de elaborar estudos e apresentar propostas de políticas públicas para a inclusão social da população em situação de rua;

A Portaria MDS nº 381, de 12 de dezembro de 2006, do MDS – Cofinanciamento de serviços continuados de acolhimento institucional para a população em situação de rua. Municípios com mais de 250 mil habitantes.

O Decreto nº. 7.053, de 23 de dezembro de 2009, que Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências.⁹, foi o grande marco legal para esses indivíduos, contemplando todos os aspectos necessários e essenciais:

Art. 7º São objetivos da Política Nacional para a População em Situação de Rua:

V - desenvolver ações educativas permanentes que contribuam para a formação de cultura de respeito, ética e solidariedade entre a população em situação de rua e os demais grupos sociais, de modo a resguardar a observância aos direitos humanos;

VII - implantar centros de defesa dos direitos humanos para a população em situação de rua;

Art. 9º Fica instituído o Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua, integrado por representantes da sociedade civil e por um representante e respectivo suplente de cada órgão a seguir descrito:

I - Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, que o coordenará;

Art. 14. A Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República dará apoio técnico-administrativo e fornecerá os meios necessários à execução dos trabalhos do

⁸ BRASIL. *Decreto de 25 de outubro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn11024.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁹ BRASIL. *Decreto nº. 7.053, de 23 de dezembro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua.

Art. 15. A Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República instituirá o Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos para a População em Situação de Rua, destinado a promover e defender seus direitos, com as seguintes atribuições:

II - Apoiar a criação de centros de defesa dos direitos humanos para população em situação de rua, em âmbito local;

Há ainda outras normas que, a título de didática, apresentaremos diretamente nos assuntos que aqui serão tratados.

3 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Seguindo o escopo de conceituarmos e caracterizarmos os institutos pelos quais estamos estudando, apresentaremos as definições sobre os direitos humanos trazidas das Nações Unidas do Brasil.¹⁰

Os direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano, reconhecendo que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza. Os direitos humanos protegem os indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana.

Imperioso destacarmos um trecho do preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos, por se tratarem de princípios básicos de direitos essenciais a todos os indivíduos:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram

¹⁰ BRASIL. *O que são os direitos humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.¹¹

As fontes utilizadas como amparo são os Tratados de maneira geral e outras modalidades do Direito costumam servir para proteger formalmente os direitos de indivíduos ou grupos contra ações ou abandono dos governos, que interferem no desfrute de seus direitos humanos.

As Nações Unidas no Brasil, ainda enriquecem o nosso conhecimento com algumas das características mais importantes dos direitos humanos como:

Os direitos humanos são fundados sobre o respeito pela dignidade e o valor de cada pessoa;

Os direitos humanos são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas;

Os direitos humanos são inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus direitos humanos; eles podem ser limitados em situações específicas. Por exemplo, o direito à liberdade pode ser restringido se uma pessoa é considerada culpada de um crime diante de um tribunal e com o devido processo legal;

Os direitos humanos são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, já que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não. Na prática, a violação de um direito vai afetar o respeito por muitos outros;

Todos os direitos humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa.¹²

Portanto, muitos são os direitos disponíveis ao ser humano em uma sociedade, embora alguns desses direitos sejam violados ou muita das vezes inacessíveis para alguns indivíduos pela incompetência do Estado, como no caso da População em Situação de Rua, presente há anos na maioria das capitais do Brasil e que cada vez só cresce em quantidade.

4 PANORAMA DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO DISTRITO FEDERAL

¹¹ BRASIL. *O que são os direitos humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

¹² BRASIL. *O que são os direitos humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

Deste modo, após a construção do estudo até momento, escolhemos como o cenário para debruçarmos sobre as políticas desenvolvidas para a defesa dos direitos humanos o Distrito Federal, trazendo as dificuldades e algumas ações desenvolvidas no tocante a População em Situação de Rua. Nesta senda, ressalta-se a necessidade de trazeremos amparo de programas federais que servem de piso para todos os municípios de nosso país e para enriquecermos toda a pesquisa.

Para tanto, traremos uma panorama de 2011 até os dias atuais, com base no levantamento trazido pelo Projeto Renovando a Cidadania¹³, que identificou uma série de problemas com relação à política na defesa dos direitos humanos no Distrito Federal e, entre vários problemas, concluiu que a população em situação de rua não tem acesso à informação de qualidade sobre seus direitos e sobre os programas, projetos e benefícios sociais disponíveis, fato que contribui para o reduzido número de pessoas nesta condição que são protegidas por algum tipo de política pública.

Essa pesquisa constatou que as ações desenvolvidas não trazem um respaldo aos indivíduos, seja pela ineficiência do Estado por possuir quadro de funcionários reduzido em todos os ramos necessários, tornando morosos os encaminhamentos e não deterem de capacidade para o trato dessas pessoas em situação de rua.

Outro fato verificado é a falta de vagas e segurança dos locais que abrigam esses indivíduos, constatando-se inúmeras denúncias de violência, maus-tratos, dificuldade de conversa com os profissionais, tráfico de drogas, bem como postos que diferenciem os tratamentos de homens e mulheres.

As várias políticas e programas governamentais exigem documentação pessoal para serem acessados como a saúde, educação, que é um fato complicador para esses indivíduos, que além dessa barreira enfrentam rígidos critérios de elegibilidade para benefícios e programas sociais e as condicionalidades existentes em alguns deles, excluindo uma parcela significativa da população em situação de rua do acesso aos seus direitos.

¹³ GATTI, Bruna Papaiz; PEREIRA, Camila Potyara (Org.). *Projeto renovando a cidadania: pesquisa sobre a população em situação de rua do Distrito Federal*. Brasília: Gráfica Executiva, 2011.

Em resposta a todos esses complicadores apresentado pelo projeto, o Governo do Distrito Federal- GDF, iniciou em 2012 o Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centro POP)¹⁴, que é a unidade que busca realizar um acompanhamento sistemático dos atendidos por meio de equipes multidisciplinares, contando com assistentes sociais, psicólogos, educadores sociais, pedagogos entre outros. O objetivo principal é estar junto ao usuário no processo de saída das ruas, realizando encaminhamentos para serviços da saúde, educação, trabalho, moradia, cultura, previdência social, Defensoria Pública e órgãos do poder judiciário.¹⁵

O Centro POP fez parte do Plano DF Sem Miséria e da Política do Governo do Distrito Federal para população em situação de rua. A primeira equipe do Centro POP/Brasília criou diversos planos de ação para o serviço, senão vejamos:

Cadastramento na recepção, onde o usuário recebe os materiais para banho e lavagem de roupa;

Oferta de oficinas distribuídas nos dias da semana, de acordo com as seguintes opções: Grafite, Música, Teatro, Redução de Danos, Oficina de Mulheres; Autocuidado; Drogadição; Cine Pop;

Atendimento com psicólogo e assistente social, com encaminhamento para Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) e Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas (CAPS AD).

Documentação no serviço denominado “Na hora”, em que se retira documentos com os mais diversos órgãos;

Vagas para cursos no Pronatec;

Criação do Consultório na Rua, para atendimento abordagem Social do Centro POP

Disponibilidade do Sistema Nacional de Emprego (SINE) – na Agência do Trabalhador;¹⁶

¹⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Centro de referência especializado para pessoas em situação de rua: centro pop*. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/centro-pop>>. Acesso em: 1 out. 2017.

¹⁵ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Diálogos sobre a população em situação de rua no Brasil e na Europa: experiências do Distrito Federal, Paris e Londres*. Brasília: SDH, 2013.

¹⁶ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Diálogos sobre a população em situação de rua no Brasil e na Europa: experiências do Distrito Federal, Paris e Londres*. Brasília: SDH, 2013.

Ainda segundo o Projeto Renovando a Cidadania, no DF foram contabilizados 221 adolescentes em situação de rua, que se concentram nas seguintes RAs: 39% em Brasília (sendo, 30,1% na Asa Norte; 5,7% na Asa Sul e 2,4% na região central), 22,8% em Águas Claras e 8,9% na Ceilândia. A maioria dos adolescentes (86,4%) possui apenas o ensino fundamental incompleto e 59,5% está matriculado na escola. Dos que estão matriculados, 67,1% vão à escola diariamente e 13,2% nunca vão à escola. 63,2% dos adolescentes em situação de rua não trabalham. Dos que trabalham, 34,1% se ocupam da catação ou reciclagem de materiais, 29,3% guardam ou lavam carros e, contrariando o senso comum, apenas 2,4% pedem esmolas. Pouco menos da metade dos adolescentes que trabalham, o fazem durante mais de 7 horas por dia: 48,9%. A idade de ingresso no mundo do trabalho antecedeu os 12 anos em 42,6% dos casos.

A seguir passaremos sobre os principais pilares essenciais para os indivíduos em situação de rua no Distrito Federal.

4.1 Repartição de renda

No tocante a transferência de renda, importante dizer que o Governo Federal, a partir da promulgação da Lei 10.836/04, de 09 de janeiro de 2004¹⁷, criou o Programa Bolsa Família (PBF) para a transferência direta de renda com condicionalidades para famílias pobres e extremamente pobres. As famílias beneficiárias devem possuir renda menor que R\$ 70,00 per capita. O PBF possui três eixos de atuação: a transferência imediata de renda para aliviar a pobreza; as condicionalidades que exigem que a família se insira nas políticas de saúde, educação e assistência social e também estabelecem que o poder público disponibilize esses serviços; e as ações e programas complementares, para fortalecimento das famílias e estímulo para a superação da extrema pobreza.

Há um incentivo para o cadastramento da população em situação de rua no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, para que possa receber

¹⁷ BRASIL. *Lei nº. 10.836, de 09 de janeiro de 2004*. Cria o programa bolsa família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.

o benefício da transferência de renda, que se mostra como um aliado para a superação da situação de rua.¹⁸

Seguindo essa esteira, o GDF criou o Plano pela Superação da Extrema Pobreza - DF sem Miséria, por meio da Lei Distrital nº 4.601, de 14 de julho de 2011, regulamentada pelo Decreto nº 33.329, de 10 de novembro de 2011¹⁹. No Plano DF Sem Miséria, há o eixo da complementação de renda para as famílias beneficiárias do PBF que não atingem renda per capita de R\$100,00. O programa do DF complementa essa renda até que a família atinja R\$100,00 por pessoa. As equipes de abordagem social e Centro POP devem fazer o cadastramento da população em situação de rua para que recebam tais benefícios.

¹⁸ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Programa bolsa família*. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia>>. Acesso em: 28 set. 2017.

¹⁹ DISTRITO FEDERAL. *Decreto nº. 33.329, de 10 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/SINJ/DetalhesDeNorma.aspx?id_norma=72136>. Acesso em: 28 set. 2017.

4.2 Acesso à saúde

Quanto a saúde, há o Sistema Único de Saúde (SUS)²⁰, criado pela Constituição Federal de 1988²¹ e regulamentado pelas Leis Federais n.º 8080/90²² e n.º 8.142/90²³, Leis Orgânicas da Saúde, com a finalidade de alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, de forma gratuita. O SUS possui o caráter de universalização do atendimento e busca garantir a promoção da equidade no atendimento das necessidades de saúde da população, independente da renda do cidadão.

Importante mencionar sobre a previsão contida no §1º, artigo 23, da Portaria MS/GM n.º 940, de 28 de abril de 2011²⁴, em que dispensa aos ciganos, nômades e moradores de rua, sobre a exigência de apresentar o endereço do domicílio permanente para aquisição do Cartão SUS. A respeito desse assunto ressaltamos que qualquer pessoa tem o direito de ser atendido nas unidades de saúde, independentemente de apresentação de documentação.²⁵

Uma característica a respeito do SUS em relação à população em situação de rua: a territorialização. Nesse ponto, a característica marcante da população em situação de rua – a itinerância, acarretando um problema para a organização do SUS. Portanto, para que a universalidade do serviço seja garantida verdadeiramente para a

²⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Manual sobre o cuidado à saúde junto a população em situação de rua*. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

²² BRASIL. *Lei federal n.º. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

²³ BRASIL. *Lei federal n.º. 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n.º. 940, de 28 de abril de 2011*. Regulamenta o sistema cartão nacional de saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0940_28_04_2011.html>. Acesso em: 28 set. 2017.

²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde da população em situação de rua: um direito humano*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_populacao_situacao_rua.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

população em situação de rua, seria necessário que se flexibilizasse o conceito estrito de território a que muitas unidades do SUS se prendem.

Outro passo foi a publicação do Plano Operativo para Implementação de Ações em Saúde da População em Situação de Rua por meio da Resolução nº 2, de 27 de fevereiro de 2013²⁶. Esta Resolução define as diretrizes e estratégias de orientação para o processo de enfrentamento das iniquidades e desigualdades em saúde com foco na População em Situação de Rua (PSR) no âmbito do SUS.

Ademais, o Consultório na Rua foi instituído pela Política Nacional de Atenção Básica, em 2011²⁷, e visa ampliar o acesso da população em situação de rua aos serviços de saúde, ofertando, de maneira mais oportuna, atenção integral à saúde para esse grupo populacional, o qual se encontra em condições de vulnerabilidade e com os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados. O seu acesso também pode se dar por meio das Unidades Básicas de Saúde (UBS) e pelas Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), principalmente nos municípios onde não houver Consultório na Rua.

Em relação ao atendimento de saúde à população em situação de rua no DF, o Projeto Renovando a Cidadania sistematizou diversas reclamações, como os profissionais da saúde do Distrito Federal não estão capacitados para atendimento das pessoas em situação de rua. Várias foram as queixas de maus-tratos, agressões verbais e físicas, negação e omissões de tratamento, falta de humanidade e de cordialidade em hospitais, postos de saúde e ambulâncias.

Médicos, enfermeiros, profissionais do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) e bombeiros, muitas vezes se recusam a atender pessoas em situação de rua ou indivíduos acolhidos em abrigos e albergues por questões relacionadas à aparência, baixas condições de higiene ou uso de álcool e outras drogas. Outra problemática é a ausência de endereço fixo e documentação pessoal

²⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. *Resolução nº. 2, de 27 de fevereiro de 2013*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2013/res0002_27_02_2013.html>. Acesso em: 28 set. 2017.

²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa consultório na rua*. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_consultorio_rua.php>. Acesso em: 28 set. 2017.

tem sido fator impeditivo para o atendimento na rede pública de saúde do Distrito Federal. Quando o tratamento ocorre, muitas vezes, é moroso. Além disso, os profissionais de saúde partem do pressuposto de que as pessoas em situação de rua estão sempre drogadas ou alcoolizadas; (GATTI, 2011, p. 177).

O Consultório na Rua, está presente em Brasília (Plano Piloto), outro em Taguatinga e a último em Ceilândia. A equipe de Brasília está localizada no mesmo espaço do Centro POP Brasília, facilitando o acesso da população em situação de rua, o vínculo dos usuários com os profissionais de saúde e a intersetorialidade. As equipes de Consultório na Rua realizam Busca Ativa, isto é, a procura por pacientes fora do consultório convencional, de forma itinerante e articulada com os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), Unidades Básicas de Saúde (UBS), Serviço de Urgência e Emergência (SAMU) e com outras unidades de atenção à saúde. Essa equipe também articula a rede de serviços socioassistenciais (Centro POP, Abordagem Social, Serviços de Acolhimento Institucional, CREAS, CRAS). A Busca Ativa também pode se dar por meio de solicitação da sociedade civil.²⁸

4.3 Educação

Em parceria com o programa Brasil Alfabetizado²⁹, proposto pelo Ministério da Educação, o DF lançou o programa DF Alfabetizado³⁰, que consiste em alfabetizar jovens e adultos, criando turmas em locais diversos ao da escola, como em serviços públicos, centros comunitários, praças, e etc. Esse programa é um tipo de ação que pode ser desenvolvida para a população em situação de rua, a fim de alfabetizar os que assim desejarem e facilitar o acesso à Educação de Jovens e Adultos (EJA), aos cursos profissionalizantes, ao mercado de trabalho, e, sobretudo, à cidadania.

²⁸ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Diálogos sobre a população em situação de rua no Brasil e na Europa: experiências do Distrito Federal, Paris e Londres*. Brasília: SDH, 2013.

²⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa Brasil alfabetizado*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/programa-brasil-alfabetizado>>. Acesso em: 1 out. 2017.

³⁰ DISTRITO FEDERAL. Secretaria da Educação. *Programa DF alfabetizado*. Disponível em: <<http://www.se.df.gov.br/>>. Acesso em: 1 out. 2017.

No tocante as pessoas em situação de rua já alfabetizadas e que expressam o desejo de retornar à escola, a Educação de Jovens e Adultos é uma excelente oportunidade. Para o cadastramento, a própria pessoa ou profissionais da rede de atendimento podem fazer a inscrição pelo telefone 156 (telematrícula), nos períodos estabelecidos semestralmente. O estudante concorre à vaga em duas escolas de Educação de Jovens e Adultos de sua escolha. No momento da ligação, deve ser informado o nome completo, endereço residencial ou do local de trabalho com o CEP (pode ser utilizado o do Centro POP).

No Projeto Renovando a Cidadania (GATTI, 2011), o grupo de trabalho que discutiu políticas de educação levantou as seguintes dificuldades no DF:

- As pessoas em situação de rua sofrem muita discriminação nas escolas do Distrito Federal. Estes estudantes (em situação de rua ou filhos de pessoas em situação de rua) são frequentemente responsabilizados por furtos e brigas e são alvos preferenciais de bullying. A discriminação na escola é proveniente de alunos, pais de alunos e, inclusive, professores, funcionários e diretores;

- A dificuldade de realização de higiene pessoal diária é um dos fatores para que as pessoas em situação de rua sofram discriminação e preconceito nas escolas. Além disso, o fato de estarem sujos costuma impedir a entrada na instituição de ensino;

- A falta de documentação pessoal e endereço fixo impedem o acesso da população em situação de rua à escola;

- Os professores, funcionários e diretores das escolas do Distrito Federal não são capacitados e preparados para acolherem pessoas em situação de rua. A realidade deste grupo social é desconsiderada e os estudantes nesta condição não recebem nenhum tipo de acompanhamento;

- A violência e o tráfico de drogas nas escolas públicas do Distrito Federal são as principais queixas de crianças e adolescentes em situação de rua. Muitos deles afirmam que tiveram seu primeiro contato com a droga no interior dessas instituições;

- A ausência de moradia convencional e regular prejudica o rendimento escolar da pessoa em situação de rua: a falta de local para guardar o material, falta de ambiente para estudo e para a realização dos deveres de casa e a falta de acesso à luz elétrica são citados como exemplo;

- A pessoa em situação de rua tem dificuldade de acesso ao transporte público e gratuito. Assim, a ida à escola fica prejudicada. Muitas vezes, esses estudantes só conseguem vagas em escolas distantes, fator que encarece ainda mais os custos com deslocamento;

4.4 Trabalho e emprego

Na Secretaria de Trabalho, Desenvolvimento Social, Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos do DF, são oferecidos serviços em Agências do Trabalhador para cadastramento e divulgação de vagas de emprego e alguns programas onde a população em situação de rua pode ser inserida. São oferecidos cursos de formação e capacitação para pessoas que queiram trabalhar como autônomos. Podem participar pessoas com mais de 18 anos, que morem no DF e possuam a escolaridade exigida pelo curso escolhido. Os alunos recebem vale-transporte, alimentação, material didático completo, seguro de vida, uniforme e encaminhamento para o mercado. Cursos Gratuitos: Cabeleireiro, Cuidador de Idosos, Cozinheiro e Padeiro.³¹

A Agência Virtual do Trabalhador é um canal virtual de acesso às informações sobre os programas de qualificação e microcrédito oferecidos pela Secretaria³².

4.5 Justiça e segurança

O GDF que possui alguns programas para garantia de direitos para a população, como o serviço do “Na Hora³³”, que reúne representações de órgãos

³¹ DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Trabalho, Desenvolvimento Social, Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos. *Secretaria de Trabalho promove cursos*. Disponível em: <<http://www.trabalho.df.gov.br/>>. Acesso em: 4 out. 2017.

³² DISTRITO FEDERAL. *Agência virtual*. Disponível em: <<http://www.agenciavirtual.df.gov.br/setrab/web/setrab/index>>. Acesso em: 4 out. 2017.

públicos federais e distritais, de forma articulada, para a prestação de serviços públicos aos cidadãos, facilitando o acesso a estes serviços e simplificando a obtenção de documentos, onde é possível solicitar: CTPS (Carteira de Trabalho); CNH – Carteira Nacional de Habilitação; Vagas de Emprego; Telefones Úteis; Procon-DF; Horários de Ônibus; Consulta de Processos (TJDF); Carteira de Identidade (RG), entre outros.

O Conselho Distrital de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos (CDPDDH)³⁴ tem como competência a proteção, promoção e garantia dos direitos humanos; a fiscalização das políticas dos Direitos Humanos; a investigação das violações aos direitos humanos; o recebimento e encaminhamento às autoridades competentes petições, representações, denúncias ou queixas de qualquer pessoa que tenha seus Direitos Humanos violados; a proposição às autoridades de qualquer dos Poderes do Distrito Federal: processos, sindicâncias para apuração de responsabilidade de violação do referidos direitos; o atendimento de casos do sistema prisional, tortura e maus tratos nas dependências policiais e prisionais, denúncias de pacientes nas instituições de saúde, populações de rua. O CDPDDH pode contribuir efetivamente na garantia dos direitos da população em situação de rua, devendo ser um espaço ocupado por representantes da sociedade civil e da administração pública para o controle social e o avanço da rede de atendimentos para a população em situação de rua.

Há também o Centro de Referência em Direitos Humanos do Distrito Federal - CRDH-DF³⁵, que serve de apoio para o recebimento de denúncias e queixas, atendimento jurídico e psicossocial, servindo de auxílio aos indivíduos em situação de rua.

³³ DISTRITO FEDERAL. Subsecretaria de Modernização do Atendimento Imediato ao Cidadão. *Na Hora*. Disponível em: <<http://www.nahora.df.gov.br/>>. Acesso em: 1 out. 2017.

³⁴ DISTRITO FEDERAL. *Conselho distrital de promoção e defesa dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.conselhodedireitoshumanosdf.com/sobre-nos>>. Acesso em: 1 out. 2017.

³⁵ DISTRITO FEDERAL. *Centro de referência em direitos humanos do DF*. Disponível em: <<http://uniaoplanetaria.org.br/2017/01/06/o-centro-de-referencia-em-direitos-humanos-do-df-retornara-suas-atividades-em-fevereiro/>>. Acesso em: 1 out. 2017.

A questão sobre a segurança é um ponto alarmante para todos em nossa sociedade, onde a violência sofrida pela população em situação de rua é ainda mais preocupante e é pauta debatida pelos órgãos de Direitos Humanos e pelo Movimento Nacional da População de Rua (MNPR), em razão dos inúmeros casos de mortes em pessoas nesta situação, por motivos dos mais diversos, como a retirada não consentida de seus pertences pessoais das ruas, as remoções forçadas dos lugares onde constroem suas moradias provisórias e maus-tratos sofridos pela aparência, bem como as condições de higiene e drogadição.

Em razão disso, uma das ações pela Defensoria Pública do Distrito Federal³⁶ foi a constituição da Cartilha da Pessoa em Situação de Rua, que contém uma página para preenchimento da identificação da pessoa, com espaço para colagem de uma foto 3x4, uma apresentação e parágrafos simples acerca dos direitos dos cidadãos, como a importância da documentação, segurança, saúde, educação, liberdade, moradia, assistência social e previdência social. Ao final, são listados os endereços, telefones e e-mails dos parceiros do projeto (Defensoria Pública, SEDEST e MNPR), e há um espaço para anotações gerais.

O Governo do Distrito Federal dispõe de um atendimento para denúncia direta de violência contra as mulheres, gratuito, o Disque 156 (opção 6). A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República disponibiliza também o canal gratuito Disque 100 para denúncia de violação de Direitos Humanos.

4.5.1 Do acesso à justiça como direito humano: panorama internacional e nacional.

Tal aspecto merece maior destaque por parte do presente estudo, à medida que já se comprovou que a privação do acesso e garantia de Direitos Humanos básicos gera a ausência de autodeterminação social de parte da sociedade, por isso mesmo as próprias Convenções e Tratados de Direitos Humanos já cuidaram de

³⁶ DISTRITO FEDERAL. Defensoria Pública do Distrito Federal. *Carta de serviços da defensoria pública do Distrito Federal*. DPDF. Disponível em: <<http://www.defensoria.df.gov.br/?s=popula%C3%A7%C3%A3o+em+situac%C3%A7%C3%A3o+de+rua>>. Acesso em: 2 out. 2017.

tratar do acesso à Justiça, tendo em vista a relevância do tema, como no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, mais especificamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, que assim dispõe sobre o tema:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

e

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.³⁷

Assim, como afirma Michelle Valéria³⁸, “o acesso à Justiça é direito humano civil e político à disposição dos indivíduos, como instrumento jurídico necessário para a busca da tutela dos demais direitos humanos básicos”.

Neste contexto, levando-se em consideração ainda a falta de efetividade dos Direitos Humanos em muitas sociedades, inclusive a brasileira, sobretudo no que diz respeito à parcela mais vulnerável da população, mostra-se indispensável o papel da Defensoria Pública como instrumento garantidor da concretização dos ideais de justiça social.

Com base no direito humano de acesso à justiça é delineada uma indispensabilidade da Defensoria Pública para o cumprimento da representatividade processual qualificada dos menos favorecidos e grupos sociais vulneráveis.³⁹

³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Convenção americana sobre direitos humanos*: assinada na conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 3 out. 2017.

³⁸ SILVA, Michelle Valéria Macedo. Direitos humanos, acesso à justiça: defensoria pública: pobreza: exclusão social. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília', n. 6, dez. 2013. p. 78.

³⁹ SILVA, Michelle Valéria Macedo. Direitos humanos, acesso à justiça: defensoria pública: pobreza: exclusão social. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília', n. 6, dez. 2013. p. 80.

O que se nota é que não há igualdade de condições entre os indivíduos, seja por questão financeira ou por questão de informação, e tal situação compromete o pleno acesso à justiça e exercício dos direitos e liberdades individuais. Acerca de tal tema, Michele Valéria⁴⁰ trata a pobreza como uma das causas de exclusão social, um fator determinante na falta de oportunidades, que acaba por limitar o exercício das liberdades individuais e a participação plena do indivíduo na sociedade. Mas para tanto, a autora delinea parâmetros para a aferição do que viria a ser pobreza, e se vale do conceito de *capability*, citando Amartya Sen⁴¹.

Como já referido, para a efetivação dos direitos, não basta que estes estejam ao alcance da população, sendo necessário também que os cidadãos tenham conhecimento dos instrumentos que lhe estão disponíveis. Neste diapasão, Boaventura de Sousa Santos leciona que é dever do Estado Democrático garantir aos cidadãos, em especial àqueles socialmente vulneráveis, o conhecimento de seus direitos⁴².

A falta de tal conhecimento e efetivo acesso à justiça faz com que a população acabe por não ter capacidade para discernir e identificar violações a seus direitos, o que gera um estado de insegurança na sociedade. A saída que se faz necessária é a de buscar a informação e empoderamento de toda a população, especialmente de sua parte mais vulnerável, como é o caso da população em situação de rua, momento em que se faz mais necessária a presença de instituições democráticas fortes e atuantes, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, dentre outras. Para Michelle Valéria,

Instituições públicas democráticas além de promoverem um maior controle sobre a legalidade da Administração Pública, concorrem para aumentar a responsabilidade dos entes políticos⁴³.

⁴⁰ SILVA, Michelle Valéria Macedo. Direitos humanos, acesso à justiça: defensoria pública: pobreza: exclusão social. *Revista da Defensoria Pública da União, Brasília*, n. 6, dez. 2013. p. 84.

⁴¹ SEN, Amartya. *Inequality re-examined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2002.

⁴³ SILVA, Michelle Valéria Macedo. Direitos humanos, acesso à justiça: defensoria pública: pobreza: exclusão social. *Revista da Defensoria Pública da União, Brasília*, n. 6, dez. 2013. p. 87

Neste sentido, ainda, cumpre mencionar a Convenção de Viena, que concluiu que instituições democráticas nacionais têm papel de relevância na proteção e promoção dos direitos humanos. No que tange à exigência de comprometimento interno dos Estados para a garantia à efetividade dos Direitos Humanos no âmbito do sistema da ONU, há que se destacar, ainda, que na própria Resolução 48/134 de 1993⁴⁴, da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi estabelecido um conjunto de princípios relativos ao estatuto de Instituições Nacionais de Direitos Humanos, definindo aspectos sobre a sua composição, competência, funcionamento, garantias de imparcialidade e pluralismo. Estes princípios ficaram conhecidos como os Princípios de Paris e são ainda hoje considerados como o padrão de referência mínimo que deve ser respeitado por todas as Instituições Nacionais de Direitos Humanos, tendo em vista a sua plena independência e eficácia na atuação.

Mais especificamente no caso do Brasil, há que se destacar a existência e atuação do Conselho Nacional de Direitos Humanos que, dentre seus membros, possui também um representante da Defensoria Pública da União. Tal Conselho se rege pelas seguintes diretrizes⁴⁵

Art. 1º O Conselho Nacional dos Direitos Humanos - CNDH, órgão colegiado instituído pela Lei nº 12.986, de 2 de junho de 2014, tem por finalidade a promoção e a defesa dos direitos humanos, mediante ações preventivas, protetivas, reparadoras e sancionadoras das condutas e situações de ameaça ou violação desses direitos.

Art. 2º Constituem direitos humanos sob a proteção do CNDH os direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivos ou sociais previstos na Constituição Federal, e nos tratados e atos internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil.

Art. 3º A defesa dos direitos humanos pelo CNDH independe de provocação das pessoas ou das coletividades ofendidas.

Parágrafo único. O CNDH desempenhará sua missão institucional tendo como orientação os Princípios Relativos ao Status das Instituições Nacionais de Direitos Humanos

⁴⁴ UNITED NATIONS. *General Assembly. A/RES/48/134 85th plenary meeting 20 December 1993*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r134.htm>>. Acesso em: 3 out. 2017.

⁴⁵ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Resolução nº 01, de 09 de junho de 2015*. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional dos Direitos Humanos – CNDH. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/resolucoes/2015/aprova-o-regimento-interno-do-cndh>>. Acesso em: 3 out. 2017.

(Princípios de Paris) estabelecidos na Resolução A/RES/48/134 de 20 de dezembro de 1993 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Ora, verifica-se que se coaduna em verdadeira obrigação dos Estados a responsabilidade interna na promoção dos direitos humanos, sobretudo com relação ao acesso à justiça, que não pode ser visto como caridade ou benevolência, e sim como obrigação de dotar os indivíduos de capacidade de autodeterminação social, de modo a garantir-lhes o exercício dos direitos de liberdade⁴⁶. Em análise comparativa entre as normas jurídicas internacionais no que tange ao acesso à justiça, Michelle Valéria defende que

a norma jurídica internacional do Continente Americano em comparação com as emanadas pela Europa é mais enfática ao mencionar a existência de Defensores remunerados pelo Estado para o ofício de prestar assistência jurídica gratuita àqueles desprovidos de recursos.⁴⁷

Tal necessidade se mostra ainda mais pujante quando o assunto tratado é o dos moradores em situação de rua, que encontram limitação em quase todos os aspectos da atuação estatal, tais quais: saúde, educação, assistência social, etc. Grande demonstração de tal falha estatal está no problema da garantia de acesso ao Sistema SUS, que por ter caráter territorial para o atendimento, exige a comprovação de residência para o fim de cadastrar o cidadão; ou de cidadãos que não conseguem o acesso à justiça por não possuírem documentos de identificação, seja por nunca tê-los, ou por tê-los perdido quando em situação de moradores de rua, que ficam sujeitos a aspectos climáticos como chuva e enchentes, perdendo muitas vezes todos os seus pertences; pode-se destacar ainda a dificuldade em pleitear benefícios assistenciais ou previdenciários junto ao INSS, dentre inúmeras outras situações que poderiam ser elencadas.

Devem, pois, ser exigidas do Estado prestações positivas de modo a implementar as instituições necessárias ao amplo e irrestrito acesso da população à justiça, devendo ser garantida a qualidade técnica de tais instituições. Ora, o acesso à

⁴⁶ SILVA, Michelle Valéria Macedo. Direitos humanos, acesso à justiça: defensoria pública: pobreza: exclusão social. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília', n. 6, dez. 2013. p. 88.

⁴⁷ SILVA, Michelle Valéria Macedo. Direitos humanos, acesso à justiça: defensoria pública: pobreza: exclusão social. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília', n. 6, dez. 2013. p. 93.

justiça é o meio de garantir que a parcela da população excluída de outros direitos humanos possa reivindicá-los perante o Poder Judiciário interno e, em caso de ausência de resposta judicial ou omissão estatal, até mesmo perante os Organismos Internacionais de Direitos Humanos, nos quais e faz ainda mais necessária a atuação de instituições fortes e de qualidade, uma vez que a população teria ainda mais obstáculos, como a língua, a questão geográfica e a própria falta de conhecimento acerca da possibilidade de pleitear seus direitos internacionalmente.

Nesse contexto, uma das instituições que tomou maior relevância foi de fato a Defensoria Pública, sobretudo a da União, mas também a dos estados e do DF.

Cada vez mais o cumprimento do direito de acesso à justiça, via Defensoria Pública, tem sido responsável pela redução dos padrões de pobreza experimentados pela população, já que a promoção de assistência judiciária integral e gratuita, judicial ou não, tem proporcionado o aumento do acesso da população aos direitos humanos básicos relacionados ao mínimo existencial. [...] Desta feita, na medida em que a população de baixa renda começa a ter acesso ao mínimo existencial, tais como saúde, educação, moradia, começa a desenvolver sua capacidade de autodeterminação social.⁴⁸

Ademais, o acesso à justiça não é visto apenas em seu aspecto de promoção de assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes de recursos, mas também pela promoção de mecanismos processuais de defesa metaindividual ou coletiva, ou ainda pela busca por verdadeira efetividade na solução dos conflitos com reformas processuais, a exemplo do novo Código de Processo Civil, que prevê o fortalecimento dos métodos consensuais de resolução de conflito. Tais aspectos são doutrinariamente conhecidos como as “ondas renovatórias de acesso à justiça”, conceito conhecido através do italiano Mauro Cappelletti⁴⁹.

Voltando ao enfoque da situação da população em situação de rua no Brasil, sobretudo no Distrito Federal, merece destaque o fortalecimento pelo qual vem passando a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, que passou a ter autonomia funcional e orçamentária com o advento da Emenda Constitucional

⁴⁸ SILVA, Michelle Valéria Macedo. Direitos humanos, acesso à justiça: defensoria pública: pobreza: exclusão social. *Revista da Defensoria Pública da União, Brasília*, n. 6, dez. 2013. p. 96.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

nº74/2013⁵⁰, e ainda o papel importante que tal instituição vem desenvolvendo junto a moradores em situação de rua de modo a garantir seu acesso à saúde, educação, dentre outros direitos.

No âmbito do Distrito Federal, merecem destaque projetos da Defensoria Pública local, que conta inclusive com Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, o mais recente é o Projeto RenovAÇÃO: População em Situação de Rua tem aulas de cidadania⁵¹, que busca proporcionar capacitação e treinamento de pessoas em situação de rua para o mercado de trabalho e para o exercício da cidadania, um curso voltado para o fortalecimento da autoestima, desenvolvimentos das habilidades, melhoria das relações interpessoais e motivação daqueles que estão sofrendo por falta de moradia e emprego. Iniciativas que devem ser estimuladas e aprimoradas.

5 CONCLUSÃO

Depreende-se, após todo o estudo, a importância da garantia e efetividade dos direitos humanos para a autodeterminação dos indivíduos até mesmo para a vida em sociedade, e que os direitos humanos são peça primordial para a evolução das sociedades com respeito ao ser humano em sua essência.

No entanto, o que se encontra são recorrentes violações, sobretudo com relação à parte mais vulnerável da população, vulnerabilidade tanto em seu aspecto de pobreza quanto de falta de informação, e cada vez mais pluralidade de abusos. Nota-se que até há movimentação estatal no sentido de resguardar os direitos da população, mas que este esbarra em suas próprias limitações e em um sistema político falido, em que as políticas públicas ficam à mercê de vontades políticas e interesses do político A ou B, o que torna o Estado brasileiro, sobretudo num panorama internacional, em Estado violador dos Direitos Humanos.

⁵⁰ BRASIL. *Emenda constitucional nº 74, de 6 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc74.htm>. Acesso em: 3 out. 2017.

⁵¹ BRASIL. *Projeto renovação: população em situação de rua tem aulas de cidadania*. Disponível em: <<http://www.defensoria.df.gov.br/?p=29726>>. Acesso em: 4 out. 2017.

Ao longo dos anos, várias são as constatações de prejuízos aos indivíduos em situação de rua que, por serem itinerantes, têm a falta de uma referência habitacional e de um documento que comprove a residência, fatores que se mostram como enormes empecilhos para acessar praticamente toda a estrutura governamental: do Programa Bolsa Família ao atendimento no Sistema Único de Saúde – SUS, passando pela inclusão em programas de habitação popular (Minha Casa, Minha Vida), possibilidade de matrícula dos/as filhos/as no ensino público ou até mesmo nos casos em que a lei permite a liberdade provisória ou prisão domiciliar e acabam sendo punidos mais uma vez por não terem uma referência domiciliar.

Historicamente, muitos são os auxílios de entidades e instituições religiosas para complementar a ineficácia desses programas, na medida em que se não houvesse essas parcerias, esses indivíduos estariam em situação ainda pior do que se encontram, mesmo que essas ações surtam um efeito apenas paliativo e supram uma necessidade momentânea e temporária.

Esse diagnóstico é presente nas ruas e calçadas do Distrito Federal, onde mesmo com as inúmeras medidas apresentadas em nosso estudo pelo Governo, seja no âmbito da renda, saúde, trabalho e justiça, ainda se constata a presença desses indivíduos, com o agravante que a situação só cresce pela vinda de cidadãos de estados próximos à capital do Brasil.

Nesse caminho, o Movimento Nacional da População em Situação de Rua - MNPR tem lutado para ganhar espaço e reconhecimento a esses indivíduos, que muitas das vezes são rejeitados, humilhados pela própria sociedade, e tem buscado criar alternativas de amenizar esses danos morais e sociais e assegurar o mínimo de acesso aos direitos humanos que lhe são devidos. Mas ainda assim nota-se que tal representatividade ainda tem destaque apenas no cenário interno, não havendo ainda expressividade da atuação de tal Movimento no âmbito internacional das Cortes e Comissões de Direitos Humanos, embora a situação de descaso e de inefetividade estatal já permitisse tal peticionamento internacional. Aí é que a população esbarra mais uma vez em situação de patente violação do acesso à justiça.

Assim, o que se pode constatar é que, embora tenha havido comprometimento estatal no sentido de implementar internamente o Conselho Nacional de Direitos Humanos, além de haver instituições nacionais que fazem um trabalho aliado também neste sentido como o Ministério Público e a Defensoria Pública, ainda há um grande déficit na situação brasileira, e ainda são fartos os exemplos de violação a direitos humanos. Nota-se ainda que o número de petições internacionais em desfavor do Estado Brasileiro só não é maior em razão da ausência de conhecimento da população que tem seus direitos violados, e também da dificuldade no acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Guia de atuação ministerial: defesa dos direitos das pessoas em situação de rua*. Brasília: CNMP, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.
- BRASIL. *Decreto de 25 de outubro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn11024.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BRASIL. *Decreto nº. 7.053, de 23 de dezembro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BRASIL. *Emenda constitucional nº 74, de 6 de agosto de 2013*. Altera o art. 134 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc74.htm>. Acesso em: 3 out. 2017.
- BRASIL. *Lei nº. 10.836, de 09 de janeiro de 2004*. Cria o programa bolsa família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 1 out. 2017.
- BRASIL. *Lei nº. 11.258, de 30 de dezembro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11258.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BRASIL. *Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.
- BRASIL. *Lei nº. 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.
- BRASIL. *Lei nº. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº. 940, de 28 de abril de 2011*. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0940_28_04_2011.html>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa Brasil Alfabetizado*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/programa-brasil-alfabetizado>>. Acesso em: 1 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa Consultório na Rua*. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_consultorio_rua.php>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Resolução nº. 2, de 27 de fevereiro de 2013*. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2013/res0002_27_02_2013.html>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde da população em situação de rua: um direito humano*. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_populacao_situacao_rua.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Manual sobre o cuidado à saúde junto a população em situação de rua*. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Centro de referência especializado para pessoas em situação de rua: centro pop*. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/centro-pop>>. Acesso em: 1 out. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Programa Bolsa Família*. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia>>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. *O que são os direitos humanos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. *Projeto renovação: população em situação de rua tem aulas de cidadania*. Disponível em: <<http://www.defensoria.df.gov.br/?p=29726>>. Acesso em: 4 out. 2017.

BRASIL. Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná. *Secretaria de Trabalho promove cursos*. Disponível em: <<http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=97>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Diálogos sobre a população em situação de rua no Brasil e na Europa: experiências do Distrito Federal, Paris e Londres*. Brasília: SDH, 2013.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Resolução nº 01, de 09 de junho de 2015*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/resolucoes/2015/aprova-o-regimento-interno-do-cndh>>. Acesso em: 3 out. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

DISTRITO FEDERAL. *Agência virtual*. Disponível em: <<http://www.agenciavirtual.df.gov.br/setrab/web/setrab/index>>. Acesso em: 4 out. 2017.

DISTRITO FEDERAL. *Centro de referência em direitos humanos do DF*. Disponível em: <<http://uniaoplanetaria.org.br/2017/01/06/o-centro-de-referencia-em-direitos-humanos-do-df-retornara-suas-atividades-em-fevereiro/>>. Acesso em: 1 out. 2017.

DISTRITO FEDERAL. *Conselho distrital de promoção e defesa dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.conselhodedireitoshumanosdf.com/sobre-nos>>. Acesso em: 1 out. 2017.

DISTRITO FEDERAL. *Decreto nº. 33.329, de 10 de novembro de 2011*. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/SINJ/DetalhesDeNorma.aspx?id_norma=72136>. Acesso em: 28 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Defensoria Pública do Distrito Federal. *Carta de serviços da defensoria pública do Distrito Federal: DPDF*. Disponível em: <<http://www.defensoria.df.gov.br/?s=popula%C3%A7%C3%A3o+em+situa%C3%A7%C3%A3o+de+rua>>. Acesso em: 2 out. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria da Educação. *Programa DF alfabetizado*. Disponível em: <<http://www.se.df.gov.br/>>. Acesso em: 1 out. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Subsecretaria de Modernização do Atendimento Imediato ao Cidadão. *Na Hora*. Disponível em: <<http://www.nahora.df.gov.br/>>. Acesso em: 1 out. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Convenção americana sobre direitos humanos*. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 3 out. 2017.

GATTI, Bruna Papaiz; PEREIRA, Camila Potyara (Org.). *Projeto renovando a cidadania: pesquisa sobre a população em situação de rua do Distrito Federal*. Brasília: Gráfica Executiva, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2002.

SEN, Amartya. *Inequality re-examined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

SILVA, Michelle Valéria Macedo. Direitos humanos, acesso à justiça: defensoria pública: pobreza: exclusão social. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília', n. 6, dez. 2013.

UNITED NATIONS. *General Assembly. A/RES/48/134 85th plenary meeting 20 December 1993*. Disponível em:
<<http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r134.htm>>. Acesso em: 3 out. 2017.

PRIVACIDADE FRENTE ÀS INTERCEPTAÇÕES DAS COMUNICAÇÕES E VIGILÂNCIA SECRETA FEITAS PELOS ÓRGÃOS INVESTIGATIVOS NA PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

TÍTULO DO ARTIGO: I ÍNGLIA ESTRANGEIRA (artigo de 14 a 17 nt)

Fellype Marlon Mendes Ribeiro¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo estudar a perspectiva da Corte Europeia de Direitos Humanos, em dois casos que envolvem interceptação das comunicações e vigilância secreta e como é aplicado o respeito ao direito humano à privacidade. Primeiramente, busca trazer o conceito de privacidade em âmbito internacional, depois explica a tipologia obrigacional dos Estados e as limitações as restrições de direitos humanos. Conclui fazendo análise de dois casos da Corte e a quais as conclusões da Corte.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito à privacidade. Interceptação das comunicações. Vigilância secreta.

Abstract

This article aims to study the perspective of the European Court of Human Rights in two cases involving interception of communications and secret surveillance and how it is applied respecting the human right to privacy. First, it seeks to bring the concept of privacy into international recipients, then explains the mandatory typology obligation of states and limits to human rights restrictions. Then it assesses two cases of the Court and its conclusions.

Keywords: Human rights. Right to privacy. Interception of communications. Secret surveillance.

1 INTRODUÇÃO

A investigação criminal se alterou substantivamente devido ao avanço tecnológico, possibilitando diversas formas de obtenção de informações para serem posteriormente utilizadas como meios de provas. Sendo assim, os meios tecnológicos

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Advogado.

e telemáticos são essenciais para a persecução penal nos dias atuais, porquanto a interceptação das comunicações e a vigilância secreta facilitam a colheita de prova, mas tais mecanismos não podem ser utilizados de forma indiscriminada, sob pena de violar o direito humano à privacidade. Essa problemática também se verifica no Brasil, desse modo, se revela importante estudar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos enquanto aporte teórico para a discussão da temática no país.

Assim, o presente artigo trata da análise do direito à privacidade em face da interceptação das comunicações e da vigilância secreta sob a ótica da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), para tanto, será necessário abordar primeiramente o conceito de privacidade em âmbito internacional, a tipologia obrigacional dos Estados e a limitação de direitos humanos. Em seguida, objetiva-se examinar a interceptação das comunicações e vigilância secreta frente ao direito à privacidade, conforme o entendimento da Convenção Europeia de Direitos Humanos, especificamente sobre a aplicação do artigo 8º, que trata sobre privacidade.

Trata-se de pesquisa teórica que se fundamentou no Fac Sheet da Corte Europeia de Direitos Humanos, sobre “*personal data protection*”, e “*interception of communications, phone tapping and secret surveillance*”, considerando, dois casos da Corte, Kennedy contra Reino Unido e Dragojević contra Croácia. Os referidos casos foram escolhidos por serem atuais e ~~tratarem~~ tratarem especificamente sobre interceptações das comunicações e vigilância secreta, diferente de outros casos que tratam da proteção de dados pessoais, mas com foco diverso da interceptação das comunicações.

2 CONCEITO DE PRIVACIDADE EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Para o entendimento da análise dos casos da Corte Europeia de Direitos Humanos, será essencial a compreensão de como é conceituado a privacidade no âmbito internacional.

O conceito de privacidade não é de fácil conceituação. Não se tem um conceito definitivo, nem mesmo a Corte Europeia conceituou quando tratou do

assunto², pois o correto seria analisar o caso-a-caso e não ter um conceito único e engessado.

O Direito Internacional forneceu um quadro claro para o direito à privacidade, tanto o art. 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos quanto o art. 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tratam sobre o direito de privacidade em âmbito internacional³.

No artigo 12, da Declaração Universal de Direitos Humanos, preceitua que:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.⁴

E no artigo 17, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.⁵

Ambos dispositivos, deixam claro a existência do direito à privacidade, mas não tratam de sua implementação.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos não é diferente, deixa claro o direito à privacidade, de acordo com o artigo 8, da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver

² KILKELLY, Ursula. *The right to respect for private and family life: a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. p. 11. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007ff47>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

³ UNITED NATIONS. *Summary of the Human Rights Council panel discussion on the right to privacy in the digital age*. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/28/39>. Acesso em: 05 jun. 2017.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

⁵ BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.⁶

O artigo 8, além de declarar a existência do direito à privacidade e assegurar sua proteção, menciona alguns requisitos de quando será possível restringir o direito à privacidade sem violar os direitos humanos.

Nos dispositivos mostrados existe a semelhança da privacidade serem divididas em quatro tipos: vida privada, familiar, domicílio e correspondência. Além de depois de explicar que existe o direito à privacidade e que tal direito não pode ser violado e que deve ser protegido de ingerências e ataques.

O significado dos quatro conceitos protegidos pelo artigo 8, §1º, da CEDH, citados acima, não são autoexplicativos. A Corte Europeia preferiu não estabelecer regras específicas para sua interpretação. Sua abordagem é referente a aplicabilidade do artigo 8, logo, quando um petionário faz uma queixa a Corte, aí sim é analisado o caso concreto, para identificar qual dos direitos protege em cada caso específico⁷.

Embora a Corte tenha a flexibilidade com relação aos meios tecnológicos e sociais, fica difícil definir categoricamente o que constitui vida privada, vida familiar, domicílio ou correspondência. Ou seja, os conceitos são dinâmicos na medida que seu significado pode evoluir e também por abraçar uma variedade de assuntos, alguns conectados e outros que se sobrepõe⁸.

De acordo com Lee A. Bygrave:

A Comissão Europeia e o Tribunal de Direitos Humanos adotaram uma visão ampla e evolutiva do âmbito do artigo. 8 da CEDH. Isto está de acordo com a sua intenção de aplicar a

⁶ FRANÇA. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2017.

⁷ KILKELLY, Ursula. *The right to respect for private and family life: a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. p. 11. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007ff47>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

⁸ KILKELLY, Ursula. *The right to respect for private and family life: a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. p. 11. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007ff47>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

Convenção como um "instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições atuais."⁹

De acordo com a Corte Europeia de Direitos Humanos, a vida privada é um conceito amplo que é incapaz de definição exaustiva. A Corte, em 1992, disse que seria muito restritivo limitar a noção de vida privada a um "círculo íntimo" no qual o indivíduo pode viver sua própria vida pessoal como ele escolhe e excluir dela inteiramente o mundo exterior, não abrangido dentro desse círculo. O respeito pela vida privada também deve incluir, até certo ponto, o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos. Assim, a vida privada necessariamente inclui o direito de desenvolver relacionamento com outras pessoas e com o mundo exterior.¹⁰

Segundo a Corte, a vida privada é um conceito amplo que é incapaz de definição exaustiva. O conceito é claramente mais amplo do que o direito à privacidade, no entanto, e diz respeito a uma esfera dentro da qual todos possam exercer livremente o desenvolvimento e o cumprimento de sua personalidade. Em 1992, o Tribunal disse que seria muito restritivo limitar a noção [da vida privada] a um "círculo íntimo" no qual o indivíduo pode viver sua própria vida pessoal como ele escolhe e excluir dela inteiramente o mundo exterior não abrangido dentro desse círculo. O respeito pela vida privada também deve incluir, até certo ponto, o direito de estabelecer e desenvolver relacionamentos com outros seres humanos. Assim, a vida privada necessariamente inclui o direito de desenvolver relacionamentos com outras pessoas e com o mundo exterior.¹¹

3 TIPOLOGIA OBRIGACIONAL DOS ESTADOS E OBRIGAÇÃO DE RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

A tipologia obrigacional dos Estados, teve origem em torno do direito à alimentação adequada, no âmbito do Comitê sobre direitos econômicos, sociais e

⁹ BYGRAVE, Lee A. Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 6, p. 247-284, 1998. Disponível em: <https://www.uio.no/studier/emner/jus/JUR5630/v11/undervisningsmateriale/Human_rights.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2017. (Tradução livre).

¹⁰ KILKELLY, Ursula. *The right to respect for private and family life: a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. p. 11. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007ff47>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

¹¹ KILKELLY, Ursula. *The right to respect for private and family life: a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. p. 11. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007ff47>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

culturais, a partir de 1980, começou uma discussão, por Relatores da ONU, sobre quais seriam as obrigações básicas dos Estados em relação a direitos humanos¹².

Depois das discussões chegou-se a um consenso de que para cada direito básico, além de outros direitos, existem três tipos de deveres, os quais devem ser executados de modo a garantir o direito básico de forma integral¹³.

A tipologia tripartida foi adotada a partir da década de 90, devendo o Estado cumprir três obrigações, quais sejam: obrigação de respeitar, obrigação proteger e obrigação de promover¹⁴. Nas palavras de Aline Albuquerque:

Conforme a tipologia obrigacional dos direitos humanos, o Estado tem três obrigações: respeitar, proteger e promover; desse modo, sua violação pressupõe o descumprimento de um ou mais desses deveres. Exemplo de descumprimento, no caso de respeitar, é quando o Estado atua violando diretamente os direitos humanos, ao torturar cidadãos por razões políticas ou quaisquer outras; em se tratando de proteger, é quando o Estado se omite ao deixar de adotar medidas de proteção da população destinadas a impedir a violação de seus direitos humanos; e, por fim, no que concerne a promover, é quando o Estado falha na execução de programas e políticas e na criação de medidas administrativas e legislativas com o objetivo de efetivar os direitos humanos.¹⁵

4 LIMITES AS RESTRIÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, em regra, não são absolutos, podendo sofrer limitações, mas Schutter diz que para isso devem antes obedecer a três condições. Primeiro, Condição de Legalidade, qualquer interferência em um direito deve estar prevista em Lei. Segundo, Condição de Legitimidade, deve ser justificado em conformidade com um objetivo legítimo. Terceiro, Condição de Proporcionalidade, qualquer interferência deve limitar-se ao que é necessário para o cumprimento do objetivo,

¹² SCHUTTER, Olivier de. *International human rights law: cases, materials, commentary*. Cambridge University Press, 2010. p. 242.

¹³ SCHUTTER, Olivier de. *International human rights law: cases, materials, commentary*. Cambridge University Press, 2010. p. 242.

¹⁴ SCHUTTER, Olivier de. *International human rights law: cases, materials, commentary*. Cambridge University Press, 2010. p. 242.

¹⁵ ALBURQUERQUE, Aline. *Perspectiva bioética intercultural e direitos humanos*. p. 86. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n1/1983-8034-bioet-23-1-0080.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

não podendo exceder tal limite para atingir algum objetivo, ou, no mínimo, que todos os interesses envolvidos devam ser cuidadosamente equilibrados entre si¹⁶.

O artigo 8, § 2º, da CEDH, trata sobre a exceção da limitação ao direito à privacidade, e tais limitações devem basear-se em leis acessíveis, transparentes e não discriminatórias e limitar-se ao necessário para resguardar o interesse público. Qualquer vigilância estatal de pessoas deve ser proporcional e justa, em conformidade com normas nacionais e internacionais¹⁷.

Deve haver garantias adequadas e efetivas contra abusos. O artigo 17 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, deve ser base para a discussão princípios limitantes, legalidade e arbitrariedade.¹⁸

Muitas delegações lembraram que qualquer limitação ao direito à privacidade deve basear-se em leis acessíveis, transparentes, claras, abrangentes e não discriminatórias e limitar-se ao necessário para salvaguardar o interesse público em uma sociedade democrática. Qualquer vigilância estatal dos indivíduos deve ser proporcional e justo, em conformidade com as normas e normas internacionais, regidos pelo estado de direito e sujeitos a fiscalização. Deve haver garantias adequadas e efetivas contra abusos. Observou-se que definir a linha entre interferência arbitrária ou ilegal no direito à privacidade seria um dos desafios dos próximos anos. Também foi salientado que a vigilância geral poderia constituir uma infração injustificada. Uma delegação observou que o artigo 17 do Pacto deve ser a base para a discussão dos princípios limitantes - legalidade e arbitrariedade - expressamente declarados.¹⁹

¹⁶ SCHUTTER, Olivier de. *International human rights law: cases, materials, commentary*. Cambridge University Press, 2010. p. 288.

¹⁷ UNITED NATIONS. *Summary of the Human Rights Council panel discussion on the right to privacy in the digital age*. p. 12. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/28/39>. Acesso em: 05 jun. 2017.

¹⁸ UNITED NATIONS. *Summary of the Human Rights Council panel discussion on the right to privacy in the digital age*. p. 12. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/28/39>. Acesso em: 05 jun. 2017.

¹⁹ UNITED NATIONS. *Summary of the Human Rights Council panel discussion on the right to privacy in the digital age*. p. 12. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/28/39>. Acesso em: 05 jun. 2017.

A condição de legalidade exige que se tenha legislação pertinente, com base na qual a restrição é imposta, e que tenham especificamente os detalhes em que as interferências são permitidas²⁰.

A condição de legitimidade deve, em princípio, permitir que os órgãos de supervisão examinem os motivos subjacentes a determinadas restrições que são impostas aos direitos humanos e excluir, em particular, os motivos ilegítimos, tais como quando as restrições são originadas por preconceito contra certos grupos²¹.

O princípio geral da condição de proporcionalidade é de que se justifique a interferência de um direito protegido, à medida que cria a interferência: deve ser apropriada ao cumprimento do objetivo legítimo perseguido (condição referida como “adequação” ou “conexão racional”). Não deve ir além do que é estritamente exigido pela necessidade de alcançar esse objetivo.

A importância de procedimentos para ponderação de todos interesses relevantes, os procedimentos seguidos da adoção de uma medida que alegadamente constitui uma interferência desproporcional a um direito protegido, são considerados decisivos na análise da questão da proporcionalidade.

A importância de avaliações contextuais, caso-a-caso, uma medida, em geral, parecer legítimo, mas quando visto em um caso concreto pode ser considerada que a medida seja ilegítima.

A exigência de tomar as medidas razoáveis que pudessem acomodar necessidades específicas numa base de caso-a-caso, pode tornar-se cada vez mais relevante na avaliação da condição de proporcionalidade, pelo mesmos motivos que importam na avaliação do cumprimento da exigência de não-discriminação.

Embora certas medidas possam ser justificadas tanto como apropriadas como necessárias para a realização de determinados objetivos legítimos, quando considerado em um nível geral, podem parecer menos legítimos quando se pergunta

²⁰ SCHUTTER, Olivier de. *International human rights law: cases, materials, commentary*. Cambridge University Press, 2010. p. 293.

²¹ SCHUTTER, Olivier de. *International human rights law: cases, materials, commentary*. Cambridge University Press, 2010. p. 307.

se, no caso específico em que a execução da medida é alegada resultar em uma violação de direitos do indivíduo, certas exceções poderiam ter sido introduzidas na regra geral.²²

5 DOIS CASOS DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Depois de explicado o conceito de privacidade em âmbito internacional, agora será analisado dois casos da Corte Europeia de Direitos Humanos.

5.1 Caso Kennedy v. the United Kingdom

O caso Kennedy contra Reino Unido, trata de uma reclamação feita pelo requerente Kennedy, que suspeitou de interceptação de suas comunicações pela polícia depois de ter iniciado uma pequena empresa²³.

Mas antes disso, foi condenado a pena privativa de liberdade por homicídio, em um caso que foi bem controverso e com evidências desaparecidas e contraditórias. Saindo da prisão no ano de 1996, e posteriormente se tornou ativo na campanha contra abortos espontâneos²⁴.

O requerente objetivando esclarecer a suspeita sobre a interceptação policial, requereu informações ao Tribunal de Poderes de Investigação. Em 2005 foi informado que nenhuma determinação foi feita em seu detrimento em relação a suas queixas²⁵.

Isso significava que suas comunicações não tinham sido interceptadas ou que o Tribunal de Poderes de Investigação considerava legal qualquer interceptação.

²² SCHUTTER, Olivier de. *International human rights law: cases, materials, commentary*. Cambridge University Press, 2010. p. 313-322.

²³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet: personal data protection*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:\[867914\],itemid:\[001-98473\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:[867914],itemid:[001-98473]})>. Acesso em: 06 jun. 2017.

²⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet: personal data protection*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:\[867914\],itemid:\[001-98473\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:[867914],itemid:[001-98473]})>. Acesso em: 06 jun. 2017.

²⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet: personal data protection*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:\[867914\],itemid:\[001-98473\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:[867914],itemid:[001-98473]})>. Acesso em: 06 jun. 2017.

Nenhuma informação adicional foi fornecida pelo Tribunal de Poderes de Investigação. O requerente reclamou da alegada interceptação de suas comunicações a Corte Europeia de Direitos Humanos, por violação do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que trata da privacidade²⁶.

Analisando o caso, a Corte chegou a uma conclusão e considerou que não houve violação do artigo 8º da CEDH, concluindo que a legislação do Reino Unido relativa à interceptação das comunicações internas, juntamente com os esclarecimentos trazidos pela publicação de um Código de Prática, indicava com clareza suficiente os procedimentos de autorização e processamento sobre os pedidos de interceptação, bem como o processamento, comunicação e destruição de dados coletados²⁷.

Além disso, não houve evidências de falhas significativas na aplicação e operação do regime de vigilância. Em sequência, e tendo em conta as salvaguardas contra os abusos nos procedimentos, bem como as salvaguardas mais gerais oferecidas pela supervisão do Comissário e a revisão do Tribunal de Poderes de Investigação, as medidas de vigilância impugnadas, na medida em que possam ter sido aplicadas, tinham sido justificadas nos termos do artigo 8º, § 2º da CEDH²⁸.

Como visto, a Corte analisou o caso concreto e verificou se houve violação ao artigo 8º, da CEDH. Fundamentou sua decisão, em observância ao artigo 8º, § 2º, da CEDH, em que o Reino Unido possui Lei sobre interceptação das comunicações, e que respeitou a legislação.

5.2 Caso Dragojević v. Croatia

²⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet: personal data protection*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:\[867914\],itemid:\[001-98473\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:[867914],itemid:[001-98473]})>. Acesso em: 06 jun. 2017.

²⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet: personal data protection*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:\[867914\],itemid:\[001-98473\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:[867914],itemid:[001-98473]})>. Acesso em: 06 jun. 2017.

²⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet: personal data protection*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:\[867914\],itemid:\[001-98473\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:[867914],itemid:[001-98473]})>. Acesso em: 06 jun. 2017.

No caso *Dragojević* contra Croácia, a Corte analisou a reclamação do requerente *Dragojević*, que alegou a violação do artigo 8º da CEDH, com respeito à vigilância secreta das conversas telefônicas por ser suspeito de tráfico de drogas. O requerente, alegou, em particular, que o juiz investigador não cumpriu o procedimento exigido pela lei croata para avaliar efetivamente se o uso de vigilância secreta era necessário e justificado em seu caso particular²⁹.

A Corte decidiu que houve violação do artigo 8º da CEDH. Considerou em particular, que a legislação croata, tal como interpretada pelos órgãos jurisdicionais nacionais, não forneceu uma clareza razoável quanto ao poder discricionário das autoridades em matéria de medidas de vigilância e, na prática, tal como aplicado no caso do requerente, forneceu garantias suficientes contra possíveis abusos³⁰.

6 CONCLUSÕES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Os dois casos apresentados, demonstram que a Corte a depender do caso contrato em que se depara, analisa se houve ou não violação de direitos humanos, no caso, com relação à privacidade, nos termos do artigo 8º da CEDH.

No caso *Kennedy* contra Reino Unido, a Corte considerou que o limite a restrição a privacidade não foi violado, pois respeitou as condições de legalidade, por ter uma legislação sobre interceptação telefônica, respeitou a condição de legitimidade, pois um órgão competente fez as interceptações e foi autorizado para tal. Além de respeitar a condição de proporcionalidade, pois no caso foi apropriado ao caso.

Já no caso *Dragojević* contra Croácia, foi ultrapassado o limite para restringir a privacidade, tanto que a Corte entendeu que houve violação ao artigo 8º da CEDH. A Corte destacou que a interpretação dada pelo Judiciário não atentou aos critérios da legislação Croata sobre interceptação telefônica. Ou seja, chegou até a respeitar as

²⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet: personal data protection*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:\[867914\],itemid:\[001-98473\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:[867914],itemid:[001-98473]})>. Acesso em: 06 jun. 2017.

³⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet: personal data protection*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:\[867914\],itemid:\[001-98473\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:[867914],itemid:[001-98473]})>. Acesso em: 06 jun. 2017.

condições de legitimidade e legalidade, autorizado por órgão legítimo e com Lei autorizando o procedimento, mas não respeitou a condição de proporcionalidade, pois no caso não foi justificado em conformidade com a legislação pertinente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi discutido no decorrer do presente artigo, a Corte Europeia não adotou um conceito para o direito à privacidade, preferindo a cada caso concreto analisar como foi restringida a privacidade e decidir se houve ou não restrição a tal direito.

Com relação a interceptação das comunicações e vigilância secreta pelos órgãos competentes, é preciso que os Estados tenham Leis e que sejam claras, objetivas, normatizando como serão feitas as interceptações em quais casos. Além disso é necessário que as decisões de interceptação tenham sido proferidas por órgão competente, dentro do contexto do caso não podendo ultrapassar nenhum limite determinado em Lei.

REFERÊNCIAS

ALBURQUERQUE, Aline. *Perspectiva bioética intercultural e direitos humanos*. p. 86. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n1/1983-8034-bioet-23-1-0080.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.

BYGRAVE, Lee A. Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 6, p. 247–284, 1998. Disponível em: <https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5630/v11/undervisningsmateriale/Human_rights.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2017. (Tradução livre).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet: personal data protection*. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:\[867914\],itemid:\[001-98473\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{dmdocnumber:[867914],itemid:[001-98473]})>. Acesso em: 06 jun. 2017.

FRANÇA. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2017.

KILKELLY, Ursula. *The right to respect for private and family life: a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. p. 11. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007ff47>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

SCHUTTER, Olivier de. *International human rights law: cases, materials, commentary*. Cambridge University Press, 2010.

UNITED NATIONS. *Summary of the Human Rights Council panel discussion on the right to privacy in the digital age*. p. 12. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/28/39>. Acesso em: 05 jun. 2017.

O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA E LIBERDADE DO ADOLESCENTE TRANSEXUAL EM FAVOR À REDUÇÃO DA IDADE MÍNIMA PARA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL

Filipe Ferreira de Oliveira¹

Resumo

O artigo possui como objetivo contribuir no debate referente à redução da idade mínima para a cirurgia de redesignação sexual em razão do exercício da autonomia e da liberdade do adolescente transexual. O presente artigo, à luz dos Direitos Humanos, trata da aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança – aprovada na Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) – bem como outros normativos que versam sobre os direitos das crianças e adolescentes, principalmente no tocante ao direito à saúde. O presente estudo versa sobre a constatação e/ou o entendimento de o adolescente transexual possuir ou não maturidade suficiente para exercer a sua autonomia a fim de deliberar sobre questões referentes à sua saúde, garantindo a realização e desburocratização das práticas cirúrgicas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. O presente artigo foi realizado por meio de método de análise normativa quanto às decisões proferidas pelos órgãos de saúde e judicial acerca do tema, bem como por documentos nacionais e internacionais.

Palavras-chave: Cirurgia de redesignação. Transexualidade. Direitos humanos.

Abstract

The article aims to contribute in the debate regarding the reduction of the minimum age for sexual reassignment surgery due to the exercise of the autonomy and freedom of the transsexual adolescent. This article, in the light of human rights, speaks about the implementing the Convention on the Rights of the Child - adopted in United Nations General Assembly Resolution 44/25 - as well as other norms on the rights of children and adolescents, especially regarding the right to health. The present study will focus on the observation or understanding of transsexual adolescents, if they have enough maturity to exercise their autonomy to deliberate on issues related to their health, in order to ensure the accomplishment and reduction of bureaucracy in the surgical practices of body modification and change of sexual

¹ Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD. É colaborador no Sicoob Confederação, sociedade cooperativa de terceiro grau, sem fins lucrativos, de caráter não financeiro. Correio eletrônico: oliver.fbr@gmail.com

identity. The present article was accomplished by means of normative analysis method regarding the decisions made by health agencies and judicial questions on the subject, as well as by national and international documents.

Keywords: Reassignment surgery. Transsexuality. Human rights.

1 INTRODUÇÃO

A evolução sociocultural e o constante avanço dos fatos jurídicos repercutem no quadro jurídico-social em que vivemos de forma a, gradativamente, atualizar conceitos anteriormente existentes e pacificar eventuais questionamentos que possam vir a surgir em decorrência das relações que repercutam no mundo jurídico.

Em razão das inovações desenvolvidas pela ciência biomédica e quanto à possibilidade de se realizar modificações e/ou intervenções corporais com a finalidade de corrigir a sua própria identidade sexual, efetivada a autonomia, liberdade e privacidade do indivíduo garantidas pelos Direitos Humanos, surgiram discussões sobre o limite da autonomia pessoal e da incorporação dessas práticas na esfera médica e jurídica.

Para facilitar a compreensão do tema abordado neste artigo e em consonância com o ordenamento jurídico atual, transexual é pessoa física e biologicamente normal, dotada de genitália externa e interna perfeitas, mas com a mente pertencente ao sexo oposto daquele designado ao nascer.

Segundo disposto em cartilha elaborada pela Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde, a transexualidade ocorre em uma população que “ostenta uma identidade de gênero diversa da imposta pelos padrões heteronormativos, em que homem é homem e mulher é mulher, e qualquer coisa que fuja dessa norma é encarada com estranhamento”.

A propósito, é notório o constante avanço nas práticas médicas e de novas tecnologias que são utilizadas tanto para a prevenção e o controle de doenças bem como para a correção e a superação de desconfortos em relação ao próprio corpo.

Entretanto, apesar do reconhecimento jurídico do direito da pessoa transexual ao acesso às modificações corporais e a alteração da identidade sexual,

atualmente, a legitimidade dessa prática é condicionada à confirmação de diagnóstico psiquiátrico e ao cumprimento de um protocolo terapêutico no qual a pessoa transexual se submete para a realização do processo transexualizador.

O protocolo terapêutico é mantido em razão do suposto benefício e proteção dispostos ao paciente transexual visto a complexidade das modificações e/ou intervenções corporais e a natureza de sua condição ainda ser tida como um transtorno psíquico, afetando, assim, a capacidade de decidir sobre as modificações e/ou intervenções necessárias a serem realizadas em seu corpo.

No tocante à saúde do adolescente transexual, o debate se faz mais necessário em razão dos questionamentos relativos à autonomia e liberdade do adolescente no campo da saúde, verificando, assim, o adolescente como sujeito de direito apto a deliberar sobre suas próprias escolhas.

2 IDENTIDADE DE GÊNERO E TRANSEXUALIDADE

A identidade de gênero é a característica como cada pessoa se identifica dentro dos padrões estabelecidos socialmente. A identidade de gênero se constitui no gênero do qual você se sente parte. Há algum tempo, a sociedade classificava sexo e gênero de forma binária, como masculino e feminino; homem e mulher.

Dessa forma, a identidade de gênero é uma construção social passível de mudanças. Ana Lucia Sabadell, doutrina que “o termo gênero permite analisar a identidade feminina e masculina sem reduzi-las ao plano biológico e indicando que essas identidades estão sujeitas a variações determinadas pelos valores dominantes em cada período histórico”.

Atualmente, identidades específicas diferentes ao binário de gênero estão ganhando mais espaço e publicidade no meio social. São exemplos: identificação biológica de pessoas com identidade transgênero específica, pessoas intersexo, *genderqueens*, andróginas ou sem gênero.

A incongruência entre a identidade de gênero e o fenótipo físico é uma das características que comprovam o distúrbio de identidade de gênero. Ser transexual é não se identificar com o gênero designado no momento de seu nascimento.

Quando ocorre a não identidade de gênero, há uma forte e incontável identificação com o gênero oposto, consistindo no desejo de a pessoa ser e pertencer ao sexo oposto e, eventualmente, desconfortos ou impropriedades em relação ao sexo anatômico que apresenta, causando confusão mental, crises disfóricas e até negação ao próprio corpo.

Entre as várias e vastas linhas de pesquisa e trabalhos, sejam antigos e/ou atuais, que possuem como objetivo definir o conceito de transexualidade, consensualmente verifica-se que a transexualidade é caracterizada por meio de uma incoerência binária heterossexual entre sexo e gênero. Assim, a transexualidade conforme conhecida atualmente, é condição qual possui como principal característica o desejo de viver e ser identificado como pessoa do sexo oposto ao sexo biológico.

A transexualidade – também conhecida como neurodiscordância de gênero – deixou de ser considerada como uma forma de transtorno mental em 2010, após pronunciamento da Organização Mundial de Saúde (OMS), agência especializada em saúde e subordinada à Organização das Nações Unidas (ONU).

Hoje, utiliza-se o termo Transtorno de Identidade de Gênero (TIG), conforme o manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders - DSM*) utilizado pela Associação Americana de Psiquiatria (*American Psychiatric Association - APA*).

3 CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL

A cirurgia de redesignação sexual, qual possui o propósito terapêutico de adequar o corpo ao sexo psíquico do indivíduo, é regulada no ordenamento brasileiro por meio de resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que definem as diretrizes nacionais para o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).

O Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 1.482/97 que autorizou, a título experimental, reconhecida a sua natureza terapêutica, a realização da cirurgia de transgenitalização e os procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, nos casos de transexualismo (*sic*), como tratamento experimental, cumprido os critérios definidos no instrumento de normatização.

No ano de 2002, o CFM publicou a Resolução nº 1.652 que alterou a anterior e apresenta como condições exigidas para a realização da cirurgia: a existência de desconforto com o sexo anatômico natural; o desejo compulsivo expresso de eliminar a genitália externa, perder os caracteres do próprio sexo e ganhar os do sexo oposto; a permanência do distúrbio de identidade sexual de forma contínua e consistente por, no mínimo, 2 (dois) anos; a ausência de transtornos mentais e que a necessidade de constituição e avaliação de equipe médica composta por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social.

O processo transexualizador foi incorporado na rede assistencial do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio da Portaria nº 1.707, publicada em 18 de agosto de 2008, pelo Ministro da Saúde, qual incorporou os critérios e condições dispostas nas Resolução CFM nº 1.652/2002.

No ano de 2010, o CFM publicou a Resolução nº 1.955 qual considera o bom resultado cirúrgico das intervenções realizadas até então, tanto do ponto de vista estético como do ponto de vista funcional, e cita, ainda, o Parecer CFM nº 20/10 – do mesmo ano – que considera os procedimentos de transgenitalização éticos, retirando da clandestinidade e ilegalidade as intervenções cirúrgicas do processo transexualizador.

No tocante a idade mínima para as intervenções cirúrgicas do processo transexualizador, a Portaria MS/SAS nº 859/2013 determina em seu texto que a “hormonioterapia disposta será iniciada aos 18 (dezoito) anos de idade do paciente, porém permitido seu início também no paciente com idade de 16 (dezesesseis) anos ou mais, nos casos onde há indicação de hormonioterapia pela avaliação e consenso da equipe multiprofissional que acompanha o usuário, desde que haja consentimento informado e autorização dos pais ou responsável.

A Portaria MS/GM nº 1.579/2013 suspende e determina que os efeitos da Portaria MS/SAS nº 859/2013, deverão ser aplicadas as regras previstas na Portaria nº 457/SAS/MS de 19 de agosto de 2008.

A Portaria nº 457/SAS/MS, em seu texto, considera que as intervenções médico-cirúrgicas devem atender aos critérios estipulados pela Resolução nº 1.652/2002 do CFM, retornando como obrigatório, ao paciente transexual, possuir ou ter mais de 21 (vinte e um) anos para a realização do procedimento.

3.1 Criança e adolescente

Há, dessa forma, um primeiro balizamento necessário, visando à compatibilidade dos normativos expedidos pela autarquia regulamentadora como o propugnado no Código Civil Brasileiro, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e nos normativos estabelecidos no âmbito da convenções e comitês da Organização das Nações Unidas, os quais possuem *status* de norma supralegal no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, é necessário comparar o Código Civil anterior (Lei nº 3.071/1916) ao atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002) a fim de entender a exigência da idade mínima para a referida cirurgia e/ou processo terapêutico.

O Código Civil de 1916, vigente no momento da expedição das resoluções iniciais que regulam a cirurgia de transgenitalização, determina que são absolutamente incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer – quanto à vida civil – os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos.

A capacidade de fato poderá ser adquirida no cessar da menoridade civil e cessará para os menores, pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

No mesmo sentido, a hipótese com maior relevância encontra-se legislada no atual Código Civil Brasileiro ao estabelecer em seu art. 5º que “a menoridade civil cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

Conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Neste passo, a Convenção sobre os Direitos da Criança – aprovada na Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) – considera como criança todo ser humano com idade inferior à 18 (dezoito) anos, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

3.2 O exercício da autonomia e liberdade do adolescente transexual

O segundo balizamento se torna necessário a partir da constatação e/ou do entendimento de o adolescente possuir ou não maturidade suficiente para exercer a sua autonomia a fim de deliberar sobre questões referentes à sua saúde.

A autonomia é tida como a capacidade que o indivíduo possui para agir em sua esfera particular de acordo com as suas necessidades e interesses. A cirurgia de transgenitalização é um desejo de grande parte das pessoas transexuais, haja visto ser condição determinante e garantidora de condições saudáveis e dignas de vida.

A primeira hipótese, recai sobre a tomada de decisões por adolescentes que possuam a capacidade de entender os riscos e os benefícios de determinado tratamento, mas que não possuam o consentimento e/ou a permissão dos seus pais para a sua realização.

Neste sentido, determina o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que os Estados partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade que possua.

A prestação de assistência médica e cuidados sanitários, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde, está previsto no artigo 24 da Convenção citada no item anterior. A esse respeito, o Comitê sobre os Direitos da Criança, conforme observação geral publicada no ano de 2013 determina que o conceito do melhor interesse à criança – bem como ao adolescente – é flexível e adaptável caso a caso, de acordo com a criança em questão, levando em consideração o seu contexto pessoal, a sua situação e necessidades.

Tal entendimento, corrobora a teoria do menor maduro – de origem estadunidense – a qual garante ao adolescente o exercício da liberdade firmado no princípio da autonomia. Conforme indica a referida teoria, independentemente da capacidade civil estabelecida na legislação, cabe ao adolescente optar pela realização de determinado procedimento médico em razão de possuir discernimento quanto aos atos que serão praticados.

Conforme dispõe o Comitê, vários adolescentes, em particular aqueles do sexo feminino e os que se identificam como lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros, são impedidos de receber e/ou alcançar os devidos cuidados médicos em resultado de normas e/ou leis sociais que estigmatizam ou criminalizam o seu comportamento sexual. Dessa forma, o direito à saúde sexual que deveriam possuir são comprometidos por fatores como a violência institucional e os valores patriarcais e heteronormativos ainda existentes em nosso ordenamento jurídico.

O impedimento citado acima confronta e viola a determinação do Estatuto da Criança e do Adolescente², conforme descrito a seguir:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

² Lei nº 8.069, de 13 julho de 1990, qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

A segunda hipótese, versa sobre a tomada de decisões por adolescentes que não estejam maduros suficientes e/ou não possuam capacidade de formular – em sua totalidade – os seus próprios pensamentos.

Nesse passo, é disposto pelo Comitê sobre os Direitos da Criança que as crianças (aquelas menores de dezoito anos) deverão ter acesso a terapias, bem como determinados tratamentos e intervenções médicas independentemente da permissão de seus genitores, verificada o benefício da atuação dos profissionais à saúde dos adolescentes.

Além da determinação citada no parágrafo acima, o Comitê preconiza que é dever do Estado proporcionar à criança informação adequada e apropriada a fim de que possa compreender a sua condição de saúde e permitir, quando possível, a tomada de decisão que melhor lhe caiba verificada as suas particularidades.

Há de se perceber, a partir da publicação dos instrumentos normativos citados acima, apesar de o sujeito adolescente ser considerado, sob o prisma do dispositivo civil, relativamente incapaz de praticar certos atos da vida civil, sob o prisma dos Direitos Humanos, deverá ser assegurado ao adolescente a capacidade de expressar as suas opiniões formuladas e estas deverão ser levadas em conta, conforme a sua vontade e os seus interesses nos assuntos relacionados a si próprios.

Dentre os requisitos para a realização da cirurgia elencados em resoluções do CFM, é necessário que o transexual possua idade mínima de 21 (vinte e um) anos e que não apresente dúvidas quanto ao procedimento que será desenvolvido.

Importante salientar, ainda, que, não obstante o Diploma Civil ser desatualizado quanto às normas que disciplina, a aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança se sobressai ao referido diploma em razão do seu *status* supralegal.

Dessa forma, a idade mínima disposta pelo Conselho Federal de Medicina não condiz com o momento em que vivemos. Não obstante, o Parecer CFM nº 8/13 cita centro médicos e de pesquisas com extensa experiência no tratamento de disforia de gênero adolescente que têm introduzido a intervenção médica antes dos

16 (dezesseis) anos, consistindo na administração de medicamentos para bloquear a puberdade hormonal do gênero biológico.

Isto posto, o Parecer determina que “Essa intervenção hormonal [...] não deve ser considerada como mudança de sexo per se. Seus efeitos são reversíveis. Bloqueando, retardando ou congelando a puberdade por esse meio, ganha-se tempo para definições terapêuticas futuras.”

À vista disso, o CFM emitiu parecer em resposta à consulta proveniente da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, reconhecendo que a intervenção médica precoce, com a supressão da puberdade com medicamentos que promovem o bloqueio do eixo hormonal que traz benefícios reais e “que adolescente travestis e transexuais fazem uso regular de hormônio de forma clandestina, ficando sujeitos a efeitos colaterais que podem trazer agravos importantes e permanentes à sua saúde”.

O Parecer, reconhece, também, que o transtorno de identidade de gênero do adolescente provavelmente persiste na idade adulta e que a terapia endócrina para os transtornos de identidade de gênero atualmente encontra-se bastante definida.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de um binário de gênero definido e imposto pela maioria não pode ser considerada como absoluta ou ser utilizada como parâmetro limitador a uma minoria. Principalmente, por esta limitação ser sustentada por intermédio de uma cultura religiosa que não representa a sociedade em sua totalidade, extremamente conservadora e que de forma impositiva restringiu e, continua a restringir moralmente os indivíduos ao longo dos tempos.

As relações sociais atuais em consonância com a evolução do ordenamento jurídico, propõem novos desafios no que tangem à pacificação e aplicação das leis aos casos concretos e na regência da própria vida social.

O atendimento médico dirigido à população de travestis, transexuais e pessoas que apresentam transtornos de gênero em relação ao sexo biológico deve ser pautado no respeito ao ser humano. Considerando que a cirurgia de

transgenitalização evita os sofrimentos que surgem a partir do aparecimento das características físicas da puberdade nos jovens com transtorno de identidade de gênero, poupa a criança do desenvolvimento completo das características sexuais do gênero indesejadas, garante segurança de acesso aos medicamentos e em sua maioria evita cirurgias mais invasivas no futuro é dever do Estado desburocratizar e aplicar de forma mais benéfica, as intervenções cirúrgicas do processo transexualizador.

Dessa forma, o adolescente transexual, como sujeito autônomo, possui capacidade para determinar as suas escolhas e/ou seus atos, devendo ser respeitado pela coletividade nos limites da sua própria vida e intimidade e caso, sinta-se capaz, realizar a cirurgia de redesignação sexual a partir do momento em que complete a sua maioridade.

Atendo-se ao campo técnico e especializado, os pareceres provenientes de consulta pelos órgãos estaduais, propõem que o adolescente transexual deve ser assistido em centro que preste assistência na forma mais precoce possível, iniciando o bloqueio da puberdade através da intervenção hormonal e que persistindo os sintomas que caracterizem o transtorno de gênero, aos 16 (dezesesseis) anos, poderá ser introduzido (gradativamente) o processo de hormonioterapia do gênero oposto.

Apesar de o Novo Código Civil determinar que a menoridade cessa aos dezoito anos completos e a partir desta, fica à pessoa habilitada a praticar todos os atos da vida civil, conforme verificado, as intervenções cirúrgicas para a cirurgia de transgenitalização podem ser iniciadas a partir dos 16 (dezesesseis) anos e as operações serem realizadas a partir dos 18 (dezoito) anos.

Diante do exposto e em observância à Convenção sobre os Direitos da Criança e ao Comitê sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas e pareceres especializados, a não ser por uma fundamentação retrógrada e religiosa, não há óbices quanto à redução da idade mínima para a cirurgia de transgenitalização.

REFERÊNCIAS

- ARÁN, Márcia. *A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.
- ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela; LIONÇO, Tatiana. Transexualidade e saúde pública no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, jul./ago. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63011692015>>. Acesso em: 04 out. 2017.
- ARÁN, Márcia; ZAIDGHAFT, Sérgio; MURTA, Daniela. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. *Psicologia & Sociedade*, v. 20, jan./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/3093/309326454008/>>. Acesso em: 04 out. 2017.
- GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 4 out. 2017.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.482/97*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 4 out. 2017.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.652/2002*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 4 out. 2017.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.955/2010*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 4 out. 2017.
- EDWIRGES, Elaine Rodrigues; ALVARENGA, Maria Amália. Transexualidade e dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 10, n. 1, p. 72-93, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/18583/pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Santos, 1996.

RESPONSABILIZAÇÃO DE UM ESTADO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FORA DE SEU TERRITÓRIO

Igor Xavier Silveira¹

Resumo

O presente artigo é destinado a todas as pessoas que tenham interesse acerca dos temas concernentes aos direitos humanos e tem o escopo de esclarecer se há a possibilidade de um Estado signatário de algum instrumento legislativo internacional de direitos humanos poder ser responsabilizado por violações desses direitos protegidos fora de seu território. Para tanto se fará uma breve abordagem histórica dos direitos humanos no mundo, discorrerá sobre seu surgimento, seus pilares de sustentação, analisará perfunctoriamente os sistemas de direitos humanos existentes hoje e trará à baila alguns casos concretos apreciados pelos sistemas de proteção aos direitos humanos para ilustrar o entendimento desses acerca da responsabilização extraterritorial de um Estado. Concluiremos que hodiernamente existe a possibilidade de responsabilização de um Estado por violação de direitos humanos em decorrência de sua conduta fora de seu território, embora não exista legislação dispondo sobre o tema, contrapondo-se à antiga apreensão de responsabilização unicamente territorial.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Desrespeito. Responsabilização extraterritorial. Possibilidade.

Abstract

This article is intended for all people who have an interest about the issues concerning human rights and has the scope to clarify if there is the possibility of a State signatory to any international legal instrument could be held accountable for violations of the copyright protected outside of your territory. To do so will be a brief historical approach of human rights in the world, speaks about your appearance, on its pillars of support, analyse desultorily on existing human rights systems and will bring up some specific cases examined by human rights protection systems to illustrate the understanding of those about the extraterritorial State accountability. It is concluded that there is still the possibility of a State accountability for human

¹ Advogado; Formado em direito pelo Centro Universitário do RN – UNI RN. Pós-graduando em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Pós-graduando em Direito Tributário pelo IBET Brasília.

rights violations as a result of your conduct out of your territory, unlike the old understanding of only territorial accountability.

Keywords: Human Rights. Disrespect. Extraterritorial accountability. Possibility.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, com a globalização, é indiscutível o fato de existência de dependência entre os países ao redor do mundo para a sobrevivência dos mesmos, haja vista que, ousado falar, nenhum Estado consegue subsistir sem a ajuda de outro, seja em que aspecto for, social, econômico e até mesmo jurídico, dentre outros.

Em virtude de tal desiderato é inegável a existência de relações entre os países e, conseqüentemente, desrespeito às leis existentes – razão precípua do surgimento do Direito – sejam essas internas, ou internacionais, surgindo assim novas problemáticas, novos anseios por parte da sociedade, que nem sempre conseguem ser previstos pelas normas jurídicas existentes.

Destarte, uma vez que não há previsão expressa de responsabilização de um Estado por violação de direitos humanos fora de seu território na atual legislação em vigor, indaga-se: É possível a responsabilização de um Estado signatário de algum instrumento garantidor de direitos humanos pela violação desses fora de seu território? Essa matéria já foi apreciada em todos os sistemas de proteção de direitos humanos? São uníssonos os entendimentos sobre o tema?

Para que nós possamos responder a esses questionamentos, mister se faz captar o conceito de direitos humanos, saber como e quando surgiram, assim como as razões de seu surgimento.

Faz-se imprescindível discorrer sobre os sistemas garantidores de direitos humanos existentes na atualidade, entender o seu funcionamento, saber sobre o recebimento e processamento das reclamações acerca de violações de direitos humanos por parte de um ou mais Estado(s) signatários de suas legislações.

Indispensável, para tanto, a análise do assunto junto aos sistemas internacionais de direitos humanos, estudar alguns casos concretos que foram submetidos à sua apreciação e saber as suas resoluções.

Ao final iremos perceber que, muito embora não haja uma legislação prevendo a responsabilização extraterritorial de um Estado por violação de direitos humanos, até mesmo pelas características desses, a jurisprudência dos tribunais internacionais tem entendido haver essa possibilidade.

2 CONCEITO E ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS

Segundo o ilustre doutrinador Paulo de Barros Carvalho o intérprete é quem insere o significado da palavra no contexto em que se insere:

Tenho insistido, reiteradamente que, ao lidar com a linguagem, o exegeta se vê impelido a construir, a partir do texto, as diferentes possibilidades interpretativas de cada palavra no contexto em que ela se insere. Desvencilham-nos daquele laço que, se pretendeu instituir, durante longo tempo, entre termo e seu significado, como algo que nos teria sido dado, mediante vínculo natural que conhecemos na forma de elementos da realidade. Hoje sabemos que essa *relação entre a palavra e a coisa é artificial*, convencionalmente estabelecida.²

Ante o esposado, uma vez que o conceito de cada palavra depende do ponto de vista de quem a interpreta, é totalmente compreensível que o conceito de direitos humanos tenha diversas acepções, as quais se modificam no decorrer do tempo.

Na perspectiva dos jusnaturalistas, aqueles que utilizam o termo “direito natural”, os direitos humanos seriam inerentes à natureza do homem, o que foi sobrepujado ao se constatar a historicidade de cada um destes direitos, sendo os mesmos verdadeiros direitos “conquistados” ao longo dos anos.

Para a escola alemã de Direito Público do século XIX, os direitos humanos seriam “direitos públicos subjetivos”, visto que possui nítido caráter de direito contra o Estado³, seria um instrumento de limitação da ação estatal em detrimento do indivíduo.

² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 592.

³ VILLEY, M. *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962. Em especial “Les origines de la notion de droit subjectif”, p. 221 e s.

Visto que houve uma evolução no papel do Estado, mudando-se para o Estado Social de Direito, considerando-se o reconhecimento e a aplicação dos direitos humanos, essa expressão se tornou pouco utilizada.

Destaque-se a definição adotada por Peres Luño⁴ que considera direitos humanos o “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”.

Para Jorge Miranda⁵, o Direito Internacional utiliza o termo “direitos humanos” para ficar mais transparente a atinência destes direitos aos indivíduos e não aos Estados ou a outras entidades internacionais.

Assim, o adjetivo “humanos” significa que tais direitos são atribuídos a qualquer indivíduo, sendo assim considerados “direitos de todos”, ou, conforme leciona Santiago Nino⁶, a expressão “direitos humanos” demonstra que tais direitos têm como único requisito de aplicabilidade a condição humana.

A ideia base dos direitos humanos é de que todos são iguais, pregando, assim, o individualismo (onde o cidadão é o mais importante, sendo esse considerado o centro axiológico da sociedade/Estado), bem como o universalismo – onde o mundo é considerado a pátria de todos, que são membros da família humana.

Nessa perspectiva, o foco de proteção dos direitos humanos é sobre o Estado, o qual deverá respeitá-los, seja em desfavor dos cidadãos nacionais ou estrangeiros, assim como dentro e fora de seu território.

Existe um certo consenso no sentido de que o marco dos Direitos Humanos nasce com a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virginia, datada de 16 de junho de 1776, cuja Seção I previa o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

⁴ PERES LUÑO, António. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 48.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v. 4. p. 51.

⁶ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989. p. 41.

Todavia, é com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ocorrida em 4 de julho de 1776, que se consolidou a tônica preponderante da limitação do poder estatal e da democracia moderna.

A supracitada declaração assim prescreveu: “Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, liberdade e busca da felicidade⁷.”

Inobstante a sua contribuição histórica, o certo é que a declaração se dedicou, basicamente, ao reconhecimento e proteção das liberdades de opinião e de religião, bem como os direitos de propriedade e de igualdade perante a lei apenas entre os homens livres.

Salienta-se ainda o fato de que, contraditoriamente, nas Colônias do Sul se introduzia a escravidão negra, em flagrante violação aos direitos de liberdade e igualdade nela proclamados.

Ao contrário da Declaração dos Estados Unidos, que se preocupou exclusivamente com sua independência e com seu próprio regime político, está a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembleia Nacional Francesa de 26 de agosto de 1789, fruto da Revolução Francesa, a qual teve a finalidade de universalizar os princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Assim, assiste razão a Fábio Konder Comparato⁸ quando afirma que os “revolucionários de 1789 julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros”.

Nesse mesmo sentido, Duquesnoy explicitou o caráter universal da declaração francesa:

⁷ Texto original: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness”.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 128.

Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos.⁹

Muito embora a Declaração Francesa tenha sido de extrema importância para a evolução dos direitos humanos, em sua essência, apenas retirou alguns privilégios da nobreza e beneficiou um grupo social específico (burguesia), a qual começava a exigir direitos civis e políticos.

Em virtude de tal desiderato é possível sustentar que não houve, de fato, a implementação de uma igualdade material, nem da fraternidade, pelo contrário, muitos dos parlamentares da Assembleia Nacional alegavam que era preciso inspirar-se na “revolução americana”, ou seja, nas declarações estadunidenses.

Na realidade, dado o caráter nitidamente individualista da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apenas os cidadãos franceses do sexo masculino, de raça branca e proprietários se tornaram cidadãos ativos que desfrutavam do novo regime.

O liberalismo absoluto preconizado pela Revolução Francesa implicou um Estado extremamente abstencionista, que findou por gerar crescentes desigualdades econômicas e sociais entre as pessoas.

Depois da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão vários Estados passaram a editar constituições contendo direitos civis ou individuais, entretanto, é no século XIX que os países começaram a se preocupar com a constitucionalização dos direitos sociais, pós 1º Guerra Mundial.

Após o final da 2º Guerra Mundial, diante da barbárie utilizada nesse período, da devastação dos territórios e inúmeras mortes de cidadãos civis inocentes, foi criada a ONU, cujo objetivo maior seria a manutenção da paz entre as nações.

Em 10 de dezembro de 1948, frente aos atos de barbárie praticados contra as pessoas durante a 2º Guerra Mundial, a Terceira Assembleia Geral da Organização

⁹ DUQUESNOY apud COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 128.

das Nações Unidas, promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

A supracitada Declaração constitui o documento mais importante sobre Direitos Humanos, criando o marco histórico no processo de consolidação, afirmação e internacionalização dos direitos da pessoa humana.

Nela se exalta que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, porque são dotadas de razão e consciência e, em decorrência de tais postulados, devem agir umas para com as outras com espírito de fraternidade, concretizando, assim, o pretendido na Revolução Francesa.

No artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos estão consagrados expressamente os quatro pilares fundamentais dos Direitos Humanos: liberdade, igualdade, dignidade e fraternidade. Vejamos:

Artigo 1º Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

A Declaração Universal de 1948 utiliza o termo “pessoa humana” ao invés de “homem”, deixando claro que não só os homens, mas também as mulheres, independentemente de origem, raça, cor, estado civil, condição social, idade ou qualquer outra forma de discriminação, são igualmente titulares dos Direitos Humanos.

A natureza jurídica da DUDH para os juspositivistas é de mera recomendação e para os jusnaturalistas, um autêntico tratado que reconhece os direitos naturais, portanto, com plena eficácia jurídica, gerando, assim, grandes entraves para a sua operacionalização, pois, ante as divergências criadas, não possui força vinculante para os Estados, necessitando a mesma, para tanto, de ser submetida à ratificação pelos Estados-membros.

Decorrente disso era a apreensão da Comissão de Direitos Humanos da ONU, no sentido de que a DUDH seria apenas uma etapa preliminar para posterior adoção de um pacto internacional, o qual teria normas que adquiririam força vinculante após a sua ratificação formal pelos Estados-membros.

Em razão das divergências políticas entre as grandes potências ocidentais, a Comissão de Direitos Humanos propôs a criação de dois pactos internacionais contendo duas séries de direitos humanos, os quais seriam submetidos à ratificação de todos os Estados-membros da ONU: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais foram aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, que são os principais instrumentos normativos base da proteção universal dos direitos humanos.

A medida que os conflitos foram surgindo os Estados sempre alegavam sua soberania para afastar a possibilidade de o Direito Internacional ser utilizado como parâmetro de proteção dos direitos humanos.

O conceito de soberania estatal era praticamente intangível até o início do século XX, quando então começou a sofrer profundas transformações com o gradual reconhecimento dos direitos humanos, o que passou a acontecer a partir do período pós 2ª Guerra Mundial, com o aparecimento de diversos atos internacionais que exortavam a sua observância.

A sedimentação desse quadro evolutivo consentiu que a proteção dos direitos humanos sobrepujasse a alegada soberania estatal, domínio esse reservado à jurisdição interna, e se integrasse ao Direito Internacional, possibilitando a responsabilização dos Estados pelos ilícitos praticados.

Visando dirimir os conflitos acerca da vinculação dos Estados sobre a legislação internacional que são signatários está o disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁰, adotada em 23 de maio de 1969, que em seu art. 27 dispõe da seguinte maneira: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

Por sua vez o artigo 46 da supracitada legislação assim reza:

¹⁰ BRASIL. *Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 2 maio 2017.

Artigo 46

Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.
2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.

Destarte, clarividente está que, salvo a existência de vícios em relação à competência dos órgãos internos para a conclusão dos tratados, os Estados não podem deixar de executá-los invocando disposições do seu direito interno.

3 O SISTEMA ONU DE DIREITOS HUMANOS

O sistema global, também conhecido por sistema da ONU, tem como fonte normativa imediata a Carta das Nações Unidas de 1945, é composto por mecanismos baseados nos tratados (de monitoramento do cumprimento dos instrumentos normativos especiais), e os baseados na Carta da ONU (de monitoramento do cumprimento dos direitos humanos, em geral).

Os mecanismos baseados nos tratados se fundam em convenções internacionais de direitos humanos e têm o objetivo de monitorar e fiscalizar a implementação de determinados pactos específicos. Alguns exemplos seriam o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Já os mecanismos baseados na Carta derivam, basicamente, da Carta da ONU, sem se reter a nenhuma convenção específica, mas sim em disposições genéricas, obrigando todos os membros da ONU indistintamente. São exemplos os Procedimentos Especiais, o Procedimento de Queixa e a Revisão Periódica Universal.

Atualmente, apesar de existirem diversos organismos voltados à proteção dos direitos humanos, o principal órgão de direitos humanos da ONU é o Conselho de Direitos Humanos da ONU, criado pela Assembleia Geral da ONU em 15 de março de 2006, que substituiu a Comissão sobre os direitos humanos da ONU. Esse Conselho é composto por 47 Estados, que devem solucionar casos de violações dos direitos humanos, além de fazer recomendações sobre elas.

Em nível judicial o sistema da ONU carece de uma corte que tenha uma competência mais ampla acerca dos direitos humanos, visto que a Corte Internacional de Justiça, composta por 15 juízes, principal órgão judiciário da ONU, não tem foco especial nos direitos humanos e ademais, apenas os Estados podem postular ação ou consulta perante a CIJ, mas não os indivíduos.

4 OS SISTEMAS EM NÍVEL REGIONAL

Originaram-se em decorrência da impossibilidade dos indivíduos de postular judicialmente, no plano internacional, a proteção dos direitos humanos, o que, até então, não era possível com o Sistema Universal.

4.1 O sistema europeu

O Sistema europeu nasce em 1950 com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que em 1961 é complementada com a Carta Social Europeia, pois originalmente ela só tratava de direitos civis e políticos.

Primordialmente esse sistema possuía a Corte de Direitos Humanos e a Comissão de Direitos Humanos, as quais se fundiram em 1998 com a entrada em vigor do protocolo nº 11. Nele existe a possibilidade de qualquer pessoa física ou ONG submeter os casos de violação de direitos humanos estabelecidos na Convenção à apreciação da Corte Europeia.

4.2 O sistema interamericano

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem como base a Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi firmada em 1969 na cidade de San José da Costa Rica, entrando em vigência em 1978.

Esse Sistema foi inspirado na Convenção Europeia e instituiu uma ampla gama de direitos civis e políticos e, para assegurá-los, estabeleceu a Comissão de Direitos Humanos (CDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Posteriormente, em 1988, o Protocolo de San Salvador incorporou direitos econômicos, sociais e culturais.

Também aqui, como no modelo europeu, qualquer pessoa física ou ONG poderá se submeter à Comissão de Direitos Humanos; já no que tange à Corte Interamericana de Direitos Humanos, somente os Estados ou a CDH podem levar os casos de violação de direitos humanos à sua apreciação.

4.3 O sistema africano

O Sistema africano tem como fundamento a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, que veio a ser implementada em 1986, apresentando algumas divergências em relação aos dois outros sistemas anteriormente citados.

Inicialmente insta informar que, de forma distinta das Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos, a Carta Africana, por sua vez, conta com uma série de direitos humanos que envolve direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, assim como prevê, ainda, os direitos dos povos e deveres dos indivíduos em relação à família, à comunidade e ao Estado.

5 ANÁLISE DA COMUNICAÇÃO INTERESTADUAL DO ESTADO DO EQUADOR X COLOMBIA

No caso sob exame o Estado do Equador alega que em 1 de março de 2008 as forças armadas colombianas bombardearam um campo das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), localizado na cidade de Angostura, município de Lago Agrio, situado no Equador a 1850 (um mil oitocentos e cinquenta) metros

da fronteira com a Colômbia em virtude de uma ação militar denominada "Operação Fénix".

De acordo com a comunicação interestadual, o cidadão equatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina, que estava no campo bombardeado, teria sido executado extrajudicialmente por membros da força pública colombiana que participaram dessa operação.

O Equador informou que o coronel de DIPOL responsável pela operação na área estabeleceu contato com um suposto membro das FARC, que teria confirmado que Raúl Reyes ficaria no Equador por vários dias, sendo a sua localização na cidade de Angostura realizada pela CIA.

Acrescentou ainda o Estado do Equador que quando houve a localização de Raul Reyes no território equatoriano o Presidente da Colômbia autorizou a operação de ataque ao membro das FARC no local.

De acordo com o Equador vinte e cinco pessoas foram mortas na operação Fénix, incluindo civis e guerrilheiros sendo alguns cidadãos mexicanos e estudantes da Universidade Nacional Autônoma do México.

Acrescenta que "Raúl Reyes" também estava morto e, de acordo com as primeiras versões, ao lado dele teria matado Guillermo Enrique Torres, "Julián Conrado", outro membro das FARC, tendo morrido, também, o soldado colombiano Carlos Edilson León, supostamente em virtude de um ataque das FARC. Ocorre que circulou posteriormente uma versão de que esse teria falecido depois que uma árvore caiu sobre ele.

Alegou o Estado equatoriano que os únicos sobreviventes do ataque eram Martha Perez, de 24 anos; Doris Bohórquez Torres, 21; ambas cidadãs colombianas e supostos membros das FARC; bem como Lucía Morett, 27, uma estudante mexicana.

Acrescentou ainda que Lucía Morett declarou ter sido vítima de assédio e insinuações de natureza sexual por parte de soldados e policiais colombianos, que, apesar de encontra-los feridos, os deixaram abandonados.

Sustentou que os resultados das necropsias realizadas no Equador nos cadáveres encontrados no acampamento revelaram a prática de execuções extrajudiciais de indivíduos que se encontravam indefesos, sendo solicitada uma segunda necropsia a peritos franceses que constataram que as mortes foram causadas por projéteis de arma de fogo disparados a curta distância.

O Estado do Equador também alega que, em 26 de março de 2008, o Diretor do IML da Colômbia confirmou a identidade real do corpo da pessoa que primeiro foi julgada como Julian Conrado e depois Franklin Ponelia, como pertencente a Franklin Aisalla, declarando que esse teria morrido devido a feridas na área cranioencefálica, causadas por material de fragmentação, pela onda explosiva.

Todavia, o Equador decidiu realizar uma avaliação alternativa do corpo de Franklin Aisalla, tendo concluído que as lesões traumáticas do osso no crânio da vítima foram resultantes de diversos golpes infligidos com força e que o agressor estava por trás da vítima.

Aduziu o Estado do Equador que em 6 de maio de 2008 foram divulgados os resultados do relatório de especialistas que, além de verificar um tiro nas costas de Aisalla, que não teria sido letal, a suposta vítima teria morrido por causa dos golpes que explodiu o seu crânio e que seu corpo não tinha evidência de nenhum impacto produzido por uma explosão.

No que diz respeito aos direitos alegadamente violados pelo Estado da Colômbia no contexto dos fatos acima mencionados, o Estado equatoriano afirmou que o Estado denunciado violou o direito à vida constante do artigo 4 da CADH em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento em detrimento do cidadão equatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina, como resultado da privação arbitrária de sua vida durante a operação militar realizada por agentes do estado colombiano no Equador.

O Estado denunciante também alegou que a Colômbia é responsável pela violação do artigo 5 (1) da Convenção Americana em detrimento dos parentes mais novos de Franklin Aisalla Molina devido ao sofrimento causado pela execução

extrajudicial da suposta vítima; o direito à integridade pessoal dos parentes mais próximos da vítima, contida no supracitado artigo, devido à ausência de uma investigação completa e efetiva dos fatos, o que teria gerado sentimentos de angústia, desespero, insegurança e frustração.

Em sua defesa o Estado da Colômbia solicitou à Comissão que excluísse de qualquer análise certos fatos e documentos de prova apresentados pelo Estado requerente, considerando que estão no exterior (Artigo 4.1), integridade pessoal (Artigo 5.1), garantias judiciais (Artigos 8.1 e 8.2) e proteção judicial (Artigo 25 (1) da Convenção Americana em detrimento de Franklin Guillermo Aisalla Molina e seus parentes mais próximos (em relação à alegada violação do direito à integridade pessoal).

Alegou o Estado da Colômbia que falta de jurisdição em razão do local e da causa, bem como a alegada inadmissibilidade da petição por falta de esgotamento de recursos internos.

O Estado da Colômbia, em suas observações sobre a petição interestadual, afirmou que a Comissão Interamericana não tem jurisdição em razão do território porque considera que a suposta vítima não estava sujeita à jurisdição da Colômbia nos termos do artigo 1.1 da Convenção Americana, devendo o termo "jurisdição" ser interpretado no sentido territorial e, conseqüentemente, as pessoas que se beneficiarão dessa proteção devem estar dentro do território desse Estado, caso contrário, a proteção não será efetiva.

O Estado colombiano asseverou ainda que, de acordo com o direito internacional, as únicas duas possíveis exceções à regra que estabelece a territorialidade de jurisdição são operações militares ou atos de agentes diplomáticos ou consulares no território de outro Estado.

Certificou a Colômbia que, para que um Estado seja considerado como tendo exercido sua jurisdição de forma extraterritorial por operação militar no exterior, deve ser demonstrado que houve uma ocupação militar ou que o Estado que implantou a operação exerceu controle sobre o território do outro Estado.

O Estado da Colômbia corroborou que a “operação Phoenix” não implicou a ocupação militar ou o controle do território equatoriano, porque para que haja ocupação, a presença das tropas de um Estado no território de outro não é suficiente, agir de forma a substituir a autoridade do Estado ocupado.

De acordo com a Colômbia existem dois elementos comuns para ocupação e controle: por um lado, a presença de forças armadas do Estado que desdobram ações militares em território estrangeiro e, por outro lado, assembleia ou alguns dos poderes públicos que normalmente se enquadram nas prerrogativas do Estado onde a operação militar foi realizada, deslocando a totalidade ou parte das autoridades governamentais locais.

Na análise de admissibilidade da comunicação interestadual a Comissão de Direitos Humanos anotou que os antecedentes históricos da redação da Convenção não indicam que as partes pretendessem atribuir um significado especial ao termo “jurisdição”.

O trabalho preparatório da Convenção Americana mostra que o texto inicial do n.º 1 do artigo 1º estabelece que “[os] Estados Partes comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nesta Convenção e a garantir o seu livre e pleno exercício a todas as pessoas que são no seu território e sujeito à sua jurisdição, sem discriminação por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status.

No momento da adoção da Convenção Americana, a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos optou por remover a referência ao território e estabelecer a obrigação dos Estados partes na Convenção de respeitar e garantir os direitos reconhecidos a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição.

Desta maneira, a margem de proteção dos direitos reconhecidos na Convenção Americana foi ampliada na medida em que os Estados não só poderiam ser responsabilizados a nível internacional por atos ou omissões que lhes são

imputáveis no seu território, atos ou omissões cometidas fora do seu território, mas dentro de uma área em que exercem jurisdição.

No direito internacional, as bases de jurisdição não são exclusivamente territoriais, mas também podem ser exercidas fora do território, a esse despeito a CIDH estabeleceu que "em determinadas circunstâncias, o exercício da sua jurisdição sobre os atos que ocorrem em um local extraterritorial não só será consistente, mas exigido pelas regras relevantes".

Nesse contexto, embora a jurisdição geralmente se refira a autoridade sobre pessoas dentro do território de um Estado, os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos e não se baseiam na sua cidadania ou localização.

De acordo com a lei interamericana de direitos humanos cada Estado é obrigado a respeitar os direitos de todas as pessoas no seu território e os presentes no território de outro Estado, mas sujeitos ao controle de seus agentes. Esta posição coincide com a de outras organizações internacionais que, ao analisar o alcance da aplicação de instrumentos internacionais de direitos humanos, consideraram sua extraterritorialidade.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, embora o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos seja redigido de forma mais restritiva ao estabelecer a obrigação dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos "a todos os indivíduos que estão dentro do seu território e estão sujeitos à sua jurisdição", admitiu a aplicabilidade extraterritorial do Pacto com base no controle efetivo ou efetivo em múltiplos casos.¹¹

Também declarou na sua Comentário Geral 31 que:

¹¹ Ver López Burgos c. Uruguay, Doc. ONU CCPR/C/13/D/52/1979, 29 de julio de 1981; Celiberti c. Uruguay, Doc. ONU CCPR/C/13/D/56/1979, 29 de julio de 1981; Observaciones Finales sobre Chipre, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.39, 21 de septiembre de 1994, párr.3; Observaciones Finales sobre Israel, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.93, 18 de agosto de 1998, párr.10; Observaciones Finales sobre Israel, Doc. ONU CCPR/CO/78/ISR, 21 de agosto de 2003, párr.11; Observaciones Finales sobre Bélgica, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.99, 19 de noviembre de 1998, párr. 14; Observaciones Finales sobre los Países Bajos, Doc. ONU CCPR/CO/72/NET, 27 de agosto de 2001, párr. 8; y Observaciones Finales sobre Bélgica, Doc. ONU CCPR/CO/81/BEL, 12 de agosto de 2004, párr. 6.

Os Estados Partes estão obrigados pelo Artigo 2.1 a respeitar e garantir a todos os indivíduos do seu território e a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição. Isto significa que um Estado Parte deve respeitar e garantir os direitos estabelecidos no Pacto a qualquer pessoa sujeita ao controle ou controle efetivo desse Estado Parte, mesmo que não esteja no território do Estado Parte. [...] o gozo dos direitos do Pacto não se restringe aos cidadãos dos Estados Partes, mas também deve se estender a todos os indivíduos, independentemente da sua nacionalidade ou status de apátridas. Este princípio também se aplica aos que estão sob controle ou controle efetivo das forças de um Estado Parte atuando fora do seu território, independentemente das circunstâncias em que esse poder ou controle efetivo foi obtido, como as forças que constituem um contingente nacional de um Estado Parte designado para uma operação internacional encarregada da tarefa de pacificação ou manutenção.¹² (grifos acrescentados)

A Corte Internacional de Justiça, principal órgão judicial da ONU, na análise do alcance do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos em seu parecer consultivo sobre as consequências legais da construção de um muro no território palestino ocupado, declarou que "enquanto a jurisdição dos Estados é principalmente territorial, às vezes pode ser exercida fora do território nacional" e que "ele conta o objeto e propósito do [ICCPR], parece lógico pensar que, mesmo que tal seja o caso, os Estados que são partes no Pacto são obrigados a cumprir as suas disposições."¹³

Nesse mesmo sentido a CIJ, analisando o caso da República Democrática do Congo contra a Uganda, decidiu que o direito internacional dos direitos humanos se aplica em relação aos atos praticados por um Estado no exercício de sua jurisdição fora do seu território.¹⁴

Ao nível dos órgãos regionais, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também concluiu que o termo "jurisdição" não se limita ao território nacional de um

¹² Comentário Geral Nº 31, Observações Gerais adotadas pelo Comitê de Direitos Humanos, A natureza da obrigação legal geral imposta, a oitenta sessão, U.N. Doc. HRI / GEN / 1 / Rev.7 em 225 (2004), para. 10.

¹³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça sobre as Consequências Jurídicas da Construção do Muro no Território Ocupado da Palestina*, 9 de julho de 2004, p. 109. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf>. Acesso em: 02 maio 2017.

¹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Caso relativo às atividades armadas no território do Congo (República Democrática do Congo contra Uganda)*, 19 de dezembro de 2005, parágrafo. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2017.

Estado Parte, uma vez que podem surgir responsabilidades por atos das suas autoridades que produzem efeitos fora do seu território.¹⁵ Asseverou que o exercício da jurisdição é uma condição necessária para responsabilizar um Estado por atos ou omissões que lhe são imputáveis e que resultaram em violação dos direitos e liberdades protegidos.¹⁶

No caso *Loizidou contra Turquia* o Tribunal Europeu declarou que no momento em que um Estado exerce controle efetivo sobre um território, como no caso de ocupações militares, exerce jurisdição¹⁷, estabelecendo os seguintes termos:

A este respeito, o Tribunal recorda que, embora o artigo 1 (artigo 1) estabeleça limites ao alcance da Convenção, de acordo com esta disposição, o conceito de "jurisdição" não se restringe ao território nacional das Altas Partes Contratantes. A responsabilidade das Partes Contratantes pode ser envolvida por atos das suas autoridades, realizadas dentro ou fora das suas fronteiras nacionais, com efeitos fora do seu próprio território ..."

Na sua decisão no *Bankovic e outros contra a Bélgica*¹⁸, o Tribunal Europeu reiterou que o significado do termo "jurisdição" deriva do direito internacional e é primário, mas não exclusivamente, territorial, sendo o requerimento de *Bankovic* declarado inadmissível, pois se considerou que o bombardeamento aéreo não constituía um controle efetivo sobre a área em questão.

Na análise do caso de *Issa e outros contra a Turquia*¹⁹, que trata de "controle efetivo", o Tribunal Europeu reafirmou que a responsabilidade de um Estado pode ser causada pela violação dos direitos e liberdades de pessoas que se encontrem no território de outro Estado, mas que estavam sob o controle e autoridade de agentes do primeiro estado que operava, legal ou ilegalmente, no território deste último.

¹⁵ Tribunal IDH, *Droz e Janousek c. França e Espanha*, acórdão de 26 de junho de 1992, já referido. 91. Ver também as decisões da Comissão Europeia de Direitos Humanos relativas à admissibilidade das petições 1611/62, X c. República Federal da Alemanha, 25 de setembro de 1965; pedido não. 6231/73, Hess c. Reino Unido, 28 de maio de 1975; petições 6780/74 e 6950/75, Chipre c. Turquia, 26 de maio de 1975; petições 7289/75 e 7349/76, X e Y c. Suíça, 14 de julho de 1977; Petição 9348/81, W. c. Reino Unido, 28 de fevereiro de 1983.

¹⁶ Tribunal IDH, *Ilascu e outros C. Moldávia e Rússia*, [GC] nº 48787/99, 8 de julho de 2004, parágrafo. 311.

¹⁷ Corte IDH, *Loizidou c. Turquia (Exceções Preliminares)*, Julgamento de 23 de março de 1995, parágrafo. 62 e Corte EDH, *Loizidou c. Turquia*, acórdão de 18 de Dezembro de 1996.

¹⁸ Tribunal IDH, *Bankovic e outros c. Bélgica e o.*, Acórdão de 12 de Dezembro de 2001, parágrafos 59-61.

¹⁹ Tribunal IDH, *Issa et al. Turquia*, julgamento de 16 de novembro de 2004, parágrafo. 71

De acordo com o Tribunal Europeu, a responsabilidade em tais situações decorre do facto do artigo 1º da Convenção Europeia não poder ser interpretado de modo a permitir que um Estado Parte cometa violações de direitos humanos no território de outro Estado, que em seu próprio território não poderia cometer.

Assim como caso em apreço, em Issa contra Turquia, o Estado denunciado realizou uma operação militar transfronteiriça destinada a perseguir e eliminar os supostos terroristas. Como informado, o Tribunal Europeu aceitou que, como consequência desta acção, o Estado em causa exerceu, temporariamente, um controlo global efetivo sobre uma determinada parte do território em que a operação militar foi realizada.

Nessa esteira, tal fato implica na conclusão de que as vítimas estavam sob a jurisdição do Estado denunciado, no entanto, parece que no momento relevante, não houve atividades militares na área onde os parentes dos peticionários morreram e, portanto, as mortes não podem ser atribuídas a esse.

A CIDH entendeu de forma semelhante aos órgãos internacionais acima referidos, no sentido de que detém jurisdição *ratione loci* em relação a um Estado para ocorrências ocorridas no território de outro Estado, quando as supostas vítimas foram sujeitas à autoridade e ao controle de seus agentes²⁰.

Caso assim a CIDH não percebesse, haveria um vácuo jurídico na proteção dos direitos humanos das pessoas que a Convenção Americana procura proteger, o que contrariaria o objeto e propósito deste instrumento²¹.

Destarte, na determinação da competência, é decisivo que a CIDH exerça autoridade sobre pessoas por agentes de um Estado, mesmo que não seja realizada no seu território, sem necessariamente exigir a existência de um relacionamento legal formal ou estruturado e prolongado ao longo do tempo para vincular a responsabilidade de um Estado por atos cometidos por seus agentes no exterior.

²⁰ CIDH. Relatório No. 109/99, Caso 10.951, Coard et al. (Estados Unidos). 29 de setembro de 1999, parágrafo. 37; CIDH. Relatório No. 14/94, Petição 10.951, Callistus Bernard et al. (Estados Unidos). 7 de fevereiro de 1994, parágrafos 6 e 8; CIDH. Relatório No. 31/93 Processo 10.573, Câmaras (Estados Unidos), 14 de outubro de 1993, parágrafo. 6.

²¹ Tribunal IDH, Chipre c. Turquia, acórdão de 10 de Maio de 2001, já referido. 78.

O que precede não implica no fato da ação extraterritorial de um Estado derivar, necessariamente, de um dever de garantir os direitos substantivos estabelecido na Convenção Americana, mas somente no período de interferência de agentes de um Estado na vida de pessoas no território de outro Estado, tendo esses desrespeitado os direitos humanos de algum(uns) indivíduo(s).

Os fatos alegados pelo Estado do Equador indicaram que 25 pessoas morreram no local do bombardeio e três pessoas sobreviveram e estavam ferida, assim como, foi aduzido que, após o bombardeio, agentes colombianos estiveram presentes no campo bombardeados por várias horas, durante as quais teriam exercido autoridade sobre os sobreviventes e teriam descartado alguns dos corpos dos mortos, bem como dos objetos encontrados no lugar.

Neste diapasão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que tinha provas suficientes para comprovar que o Estado da Colômbia exerceu jurisdição extraterritorial sobre a área sujeita ao ataque – Angostura no Equador.

Em virtude de tal desiderato a CIDH firmou que tem competência *ratione loci* para apreciar a comunicação interestadual feita pelo Equador em desfavor da Colômbia, haja vista que apresenta violações de direitos protegidos na Convenção Americana que teriam sido cometidos por agentes do Estado de um Estado Parte desse instrumento no território de outro Estado Parte.

O Estado da Colômbia argumentou ainda que o artigo 45 da Convenção Americana apenas habilita a CIDH a ouvir comunicações interestatais sobre violações dos direitos nele contidos e que os fatos da operação "Fénix" bem como a morte do Sr. Franklin Aisalla são regidos pelo Direito Internacional Humanitário (DIH), sendo esse uma regulamentação mais detalhada para a proteção dos direitos humanos durante o conflito armado e que, como lei especial, revoga a lei geral.

Antes de determinar a competência em razão da matéria a Comissão considerou necessário esclarecer a interrelação entre o direito internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional Humanitário (DIH), bem como a base jurídica que permite à CIDH interpretar as disposições relevantes da Convenção

Americana tomando como referência as normas do Direito Internacional Humanitário.

Entendeu a Comissão que, como outros instrumentos universais e regionais de direitos humanos, a Convenção Americana e as Convenções de Genebra de 1949 compartilham um núcleo comum de direitos não suspensivos e o objetivo comum de proteger a integridade física e a dignidade inerente da pessoa humana²².

Nesse contexto, tanto o artigo 3º comum das Convenções de Genebra quanto o artigo 4º da Convenção Americana protegem o direito à vida e, conseqüentemente, proíbem as execuções extrajudiciais em todas as circunstâncias, por conseguinte, as denúncias alegando a privação arbitrária do direito à vida atribuível aos agentes do Estado são claramente da competência da Comissão Interamericana.

Todavia, havendo existência de um conflito armado, é indispensável recorrer ao DIH como fonte de interpretação autorizada, que permite a aplicação da Convenção Americana com uma devida consideração das características particulares desta situação.

A CIDH ressaltou que "de fato existe uma equivalência entre o conteúdo do artigo comum 3 das Convenções de Genebra de 1949 e o das disposições da Convenção Americana e outros instrumentos internacionais relativos a direitos humanos não derogáveis (tais como direito à vida e direito de não ser submetido a tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes)"²³ e reiterou "que as disposições relevantes das Convenções de Genebra podem ser tidas em conta como elementos de interpretação da própria Convenção Americana"²⁴.

²² Relatório da CIDH nº 55-97, caso 11.137 Juan Carlos Abella (Argentina), 18 de novembro de 1997, parágrafo. 158. Ver também, Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Comunicação 227 / 99- D.R. Congo c. Burundi, Ruanda e Uganda, 33ª Sessão Ordinária da Comissão Africana, maio de 2003, parágrafos. 64 e 65.

²³ Tribunal I.D.H. Caso de Bámaca Velásquez c. Guatemala. Antecedentes. Julgamento de 25 de novembro de 2000. Série C, Nº. 70, parágrafo. 209.

²⁴ Tribunal I.D.H., Caso Las Palmeras c. Colômbia. Exceções preliminares. Julgamento de 4 de fevereiro de 2000. Série C No. 67, parágrafos 32-34.

Assim, a Comissão Interamericana apreendeu que o fato de alguns dos eventos denunciados terem ocorrido no contexto de um conflito armado, não excluem o poder de se pronunciar sobre eles.

Asseverou a CIDH que o artigo 27 da própria Convenção permite a suspensão de certos direitos no contexto de conflitos armados, mas de modo algum suspende a validade da Convenção na íntegra, nem a priva de seus poderes.

Salientou ainda que na etapa fundamental a Comissão deve analisar as obrigações do Estado nos termos da Convenção, à luz das normas do direito internacional humanitário que serão utilizadas como parte da interpretação como lei especial.

Em virtude da sua complementaridade, bem como ao fato de que ambas as regras se baseiam nos mesmos princípios e valores, o direito internacional dos direitos humanos e o DIH podem se reforçar mutuamente, utilizando-se como método de interpretação o consagrado no Artigo 31.3 (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que aduz que, ao interpretar uma regra, deve ser considerada "qualquer regra relevante de direito internacional aplicável nas relações entre as partes"²⁵.

Daqui decorre que o direito internacional dos direitos humanos pode ser interpretado à luz do DIH e este, por sua vez, pode ser interpretado à luz do direito internacional dos direitos humanos, se necessário.

Muito embora a *lex specialis* em relação aos eventos que ocorrem no contexto de um conflito armado é o DIH, isso não implica que o direito internacional dos direitos humanos não se aplique, pelo contrário, o que significa é que, ao aplicar os

²⁵ NÚCLEO DE ESTUDOS SOBRE COOPERAÇÃO E CONFLITOS INTERNACIONAIS. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)*. Disponível em: <https://docs.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDMjRkY2I5ZWQtZThjMC00ODIxLTlkMGUyYTI1YzA4NzFkM2U4/edit?hl=pt_BR>. Acesso em: 2 maio 2017.

direitos humanos, o DIH é usado pela Convenção para fins de interpretação como regulamentos específicos que regem um conflito armado²⁶.

6 CONCLUSÃO

Posto isto, muito embora os Estados tenham sempre alegado a incompetência das Cortes Internacionais em detrimento de sua soberania, ou em virtude de atos realizados por seus agentes fora de seu território, sob o argumento de que o termo “jurisdição” previsto nas legislações correspondem à territorialidade, como vimos, tal entendimento já foi ultrapassado e se encontra sedimentado nos Tribunais Internacionais em sentido contrário, bastando apenas determinar se existe um nexo de causalidade entre o comportamento extraterritorial de um Estado e a alegada violação dos direitos humanos previstos na legislação internacional vigente.

²⁶ CIDH. Relatório No. 109/99, Fundo, Caso 10.951, Coard et al. (Estados Unidos). 29 de setembro de 1999, parágrafo. Ver também CIJ, parecer consultivo sobre a legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares, ICJ, relatórios de 1996, parágrafo 25.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.
- CERNADAS, Pablo Ceriani. *Controle migratório europeu em território africano: a omissão do caráter extraterritorial das obrigações de direitos humanos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100010>. Acesso em: 27 ago. 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.
- GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não convencional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Ana Luisa Zago de. *Guantánamo na Suprema Corte dos Estados Unidos*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7064/4276?source=/revistadireito/article/view/7064/4276>>. Acesso em: 08 set. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 03 out. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Informe N° 112/10*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kIP9kB3lskkJ:cidh.org/annualrep/2010sp/EC-CO.PI-02ADM.SP.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 29 set. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Sistema de casos e Petições da CIDH*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf>. Acesso em: 01 set. 2017.

PERES LUÑO, Antônio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORRES, Pedro Sakr C. *Os sistemas de proteção aos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://pedrosakr.jusbrasil.com.br/artigos/397147698/os-sistemas-de-protecao-aos-direitos-humanos>>. Acesso em: 04 out. 2017.

VILLEY, M. *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962.

TORTURA E VIOLÊNCIA CONTRA A POPULAÇÃO LGBTI NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Maria Clara D'Ávila¹

Pedro de Moraes Dalosto²

Tomás Gonçalves Klink³

Resumo

O presente artigo busca discorrer acerca da abordagem pelo Sistema Interamericano a respeito de violência contra pessoas LGBTI, especificamente na modalidade de tortura e maus tratos, por se tratar de uma gravíssima violação de direitos humanos que incide sistematicamente sobre esta minoria e é dotada de grande impunidade. Para isso, os autores buscaram estabelecer inicialmente uma relação entre a configuração do crime de tortura e as peculiaridades da violência contra LGBTIs de acordo com os parâmetros normativos e jurisprudenciais do sistema interamericano, apontando as responsabilidades dos Estados-Membros da OEA em face a tais violações. Por fim, discorremos a respeito de recente caso paradigmático em trâmite perante a CIDH que trata explicitamente da tortura de uma pessoa LGBTI, o caso Luis Alberto Rojas Marín vs. Peru, buscando abordar a forma como um Estado pode ser responsabilizado perante ao sistema pela prática de tortura e maus-tratos contra pessoa LGBTI por motivo de discriminação.

Palavras-chave: Tortura. Direitos LGBTI. Sistema Interamericano.

Abstract

This article seeks to discuss the approach taken by the Inter-American System of Human Rights regarding violence against LGBTI people, specifically when dealing with torture and ill treatment cases, since these are grave violations of human rights that systematically targets this minority group, with great impunity of the perpetrators. In order to begin that discussion, the authors initially sought to establish the relation between the configuration and incidences of torture crimes and the peculiarities of violence that targets the LGBTI population. This was done in accordance to the norms and precedents established in the Inter-American international system, pointing out the responsibilities of the OAS member states in

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

³ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

face of such violations. In the final part of the article, the authors refer to a recent important case in the IACHR that deals explicitly with the torture of an LGBTI person, the case Luis Alberto Rojas Marin v. Peru. In the analysis of the case, we address how a State can be held accountable for grave crimes, such as torture and ill-treatment, against LGBTI persons on the grounds of discrimination.

Keywords: Torture. LGBTI Rights. Inter-American System of Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra pessoas LGBTI consiste em assunto importante e de atual interesse da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em razão das diversas violações constatadas e a ausência de respostas estatais eficientes frente a esta problemática nos países do continente americano⁴. Há, claramente, uma ausência de medidas efetivas para prevenir, investigar, sancionar e reparar atos de violência cometidos contra esta parcela da população, de acordo com os parâmetros internacionais de diligência⁵.

No presente artigo, objetiva-se discorrer sobre a atual concepção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca das violações contra LGBTIs configuradas sob os moldes da tortura e maus-tratos, conforme o enquadramento nos parâmetros internacionais, por se tratar de graves violações de direitos humanos que vem incidindo com frequência sobre pessoas pertencentes a esta população fragilizada.

Depara-se com o cenário de violações sistemáticas de direitos de pessoas LGBTIs, no contexto internacional, sem haver uma carta específica abarcando os direitos dessa população. Há apenas uma proteção geral baseada no princípio fundamental da não-discriminação, fragilizando a defesa de direitos no âmbito internacional. A análise casuística passa então a ser a principal fonte para a construção teórica acerca de direitos de pessoas LGBTIs.

⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

Assim, buscou-se estabelecer inicialmente uma relação entre a configuração do crime de tortura e as peculiaridades da violência contra LGBTIs de acordo com os parâmetros normativos e jurisprudenciais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, apontando as responsabilidades dos Estados-Membros da OEA em face a tais violações.

Por fim, aborda-se o recente caso paradigmático em trâmite perante a CIDH que trata explicitamente da tortura de uma pessoa LGBTI, o caso Luis Alberto Rojas Marín vs. Peru. Tal caso demonstra com clareza a forma como um Estado pode ser responsabilizado perante ao sistema pela prática de tortura e maus-tratos contra pessoa LGBTI por motivo de discriminação. Na análise deste, utilizou-se as decisões oficiais disponibilizadas pela Comissão, traçando-se, inicialmente um breve relato fático, para posteriormente discorrer-se acerca da discussão dos direitos violados, com base na legislação internacional, e das medidas a serem futuramente tomadas pelo Estado peruano.

2 TORTURA E VIOLÊNCIA CONTRA A POPULAÇÃO LGBTI NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A Declaração dos Direitos e Deveres do Homem (1948), em seu artigo primeiro, estabelece que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade, à segurança de sua pessoa. Tais direitos foram detalhados em uma série de normas vinculantes dentro do Sistema Interamericano, dentre os quais a própria Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH), firmada em 22 de novembro de 1969. Neste documento, o direito à integridade pessoal já se encontra diretamente relacionado à proibição da prática de tortura:

Art. 5º Direito à integridade pessoal.

1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa

privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano⁶.

A Convenção representou significativo avanço no sentido da prevenção e combate à tortura pois, além de estabelecer um sistema regional de proteção próprio para o Continente Americano, destacando-se por criar a Corte Interamericana de Direitos Humanos, passou a prever expressamente a vedação a essa prática. No entanto, a CADH não define os tipos de condutas que configuram tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Tal conceito, no âmbito do Sistema Interamericano, só veio a ser definido na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 9 de dezembro de 1985, o qual considera tortura:

Todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica⁷.

Assim, o conceito utilizado pelo Sistema Interamericano contém um elemento substancial, relacionado ao ato capaz de gerar sofrimento, e um elemento de finalidade, relacionado ao objetivo que se busca pelo ato realizado por agente estatal. O elemento substancial é, portanto, a geração intencional de penas ou sofrimentos voltados para a anulação da personalidade da vítima ou diminuição de suas capacidades. Para determinar tais atos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos levam em consideração o período de tempo no qual se infligiu o sofrimento; o método utilizado; as circunstâncias políticas e sociais; a privação de liberdade; a idade, sexo e vulnerabilidade da vítima. Já a finalidade do ato é determinada ante à constatação do descumprimento por parte do Estado de obrigação negativa de abster-se de realizar

⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura*. 1986. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/tortura.asp>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

atos de tortura ou que possam afetar a integridade pessoal, ou pelo descumprimento de obrigação positiva de garantir esse direito⁸.

Ante a esse sistema de proteção contra tortura e maus-tratos, busca-se aqui realizar o recorte em relação aos atos de violência cometidos contra pessoas LGBTIs que configuram tortura ou maus-tratos cometidos pelo Estado, de modo a gerar responsabilização internacional por violações de direitos humanos.

A própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou que atos de violência contra as pessoas LGBTI ou percebidas como tal mostram-se especialmente cruéis, sendo alguns caracterizados por níveis superiores de brutalidade daquela observada em outros crimes de ódio. Com efeito, a discriminação por motivo de orientação ou identidade sexuais pode contribuir muitas vezes para desumanizar a vítima, o que frequentemente é uma condição necessária para que ocorram a tortura e os maus tratos⁹.

Seguindo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tanto Estados Membros da OEA como organizações da sociedade civil indicaram de maneira consistente que os crimes contra pessoas LGBTI caracterizam-se por altos níveis de violência e crueldade. Também a Relatora Especial da ONU sobre a Violência contra a Mulher indicou que os homicídios por motivo de gênero associados à orientação sexual e identidade de gênero apresentam um grau de violência física grave, que em alguns casos supera aquele encontrado em outros crimes de ódio¹⁰.

Em que pese esse terrível cenário de violações sistemáticas de direitos de pessoas LGBTIs, no contexto internacional, ainda não é possível encontrar convenções que explicitamente ofereçam proteção a minorias sexuais. Ainda assim, a

⁸ ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA; CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. *La tortura en el derecho internacional: guía de jurisprudencia*, 2008. p. 98-99. Disponível em: <https://www.apr.ch/content/files_res/JurisprudenceGuideSpanish.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2015.

⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

legislação internacional de direitos humanos oferece uma proteção geral baseada no princípio fundamental da não-discriminação.

O principal documento a abarcar tal proteção é o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), adotado em 19 de dezembro de 1966, que consagra, em generalidade, os vários direitos da pessoa humana, em especial a liberdade e igualdade. Além de reafirmar o direito dos povos à autodeterminação, o Pacto estabelece o compromisso de que os Estados partes devem garantir aos indivíduos que se encontram em seus territórios todos os direitos civis e políticos consagrados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza. Constitui um importante instrumento para a proteção pela efetivação da auto-aplicabilidade dos direitos nele reconhecidos, agregando uma base normativa para os potenciais desdobramentos, como por exemplo os direitos de pessoas LGBTIs.

O Artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, consagra o princípio de que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção da lei, sem qualquer discriminação”, e que, “com base nisso, a lei deve proibir qualquer discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e efetiva contra discriminação sob qualquer circunstância e com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, ou origem social, pobreza, nascimento ou outros status”. Além disso, as referências em tratados de direitos humanos que se refiram a formas de discriminação não são, em geral, exaustivas e comumente incluem “outros status”, que devem ser lidos de forma a incluir a discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero¹¹.

Em resposta à ausência de proteção específica para pessoas LGBTI, a Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, em nome de uma coalizão de organizações de direitos humanos, realizou um projeto com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com

¹¹ BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 31 jul. 2015.

base na orientação sexual e identidade de gênero, em busca de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados. Assim, em novembro de 2006, foi realizada uma reunião entre um grupo de especialistas em direitos humanos de inúmeras regiões e contextos, chegando-se à aprovação dos “Princípios de Yogyakarta”. O documento reúne um conjunto de princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, afirmando normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados¹².

Embora a adoção do documento, além de outras movimentações de organismos internacionais no sentido de conceder interpretações às normas internacionais que proíbem todas as formas de discriminação, tenha sido considerado um avanço na pauta, as pessoas LGBTI seguem compondo números alarmantes de vítimas em proporção excessiva de tortura e maus tratos.

Em dezembro de 2014, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou os resultados de seu Registro de Violência contra pessoas LGBTI nas Américas, documento utilizado para conhecer e visibilizar os níveis alarmantes de violência que enfrentam as pessoas LGBTI nas Américas. No documento, há numerosos exemplos de homicídios especialmente cruéis, incluindo casos de pessoas apedrejadas, decapitadas, queimadas e empaladas. Muitas vítimas são esfaqueadas ou golpeadas repetidamente até a morte, queimadas com ácido, ou asfixiadas. Algumas das vítimas no Registro foram atropeladas por carros reiteradamente, mutiladas ou incineradas. Em muitos casos, as vítimas foram assassinadas depois de sofrer horríveis atos de tortura, tratamentos desumanos ou degradantes, e múltiplas formas de extrema humilhação, degradação e estupro¹³.

¹² INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS & INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

¹³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

Se a violência contra a população LGBTI já é constantemente apagada e invisibilizada, marcada por legitimação social e impunidade de agressores, essa situação mostra-se ainda mais preocupante quando a violação é perpetrada por agentes do Estado, especialmente por forças de segurança. São numerosas as situações e os tipos de risco que enfrentam as pessoas pertencentes a minorias sexuais envolvidas com o sistema de justiça criminal, pois, ainda que todas as pessoas em custódia policial corram risco de sofrer tortura e outras formas de maus tratos no início da privação de liberdade, as pessoas LGBTI estão ainda mais expostas a abusos como prisão arbitrária, o assédio, a violência física e psicológica, as confissões forçadas, e o estupro por outros presos ou por agentes de segurança têm sido documentados¹⁴.

Na Argentina, por exemplo, um relatório oficial do Estado do ano de 2012 demonstrou que 83% das mulheres trans entrevistadas tinham sido vítimas de graves atos de violência e discriminação perpetrados por policiais¹⁵. Vale lembrar também que, em abril de 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi informada sobre a situação de violência e discriminação enfrentada por Verônica Bolina, uma mulher travesti negra privada de liberdade em São Paulo, Brasil. Na situação, Verônica foi agredida violentamente, torturada e submetida a tratamentos degradantes praticados pela polícia após morder a orelha de um guarda¹⁶.

O Registro de Violência elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos identificou que a violência ocorre em todas as etapas de custódia policial, inclusive na captura, no transporte em viaturas policiais e, principalmente, nas

¹⁴ ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Pessoas LGBTI privadas de liberdade: parâmetros para o monitoramento preventivo*. Penal Reform International, 2013. p. 8. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/ef33cb31770fd65d5d996639eac09a88.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

¹⁶ Em 27 de abril de 2015, a CIDH enviou uma carta solicitando informação sobre as medidas tomadas para investigar os ataques perpetrados contra Verônica e garantir sua segurança, assim como informação sobre a situação de outras pessoas trans privadas de liberdade em São Paulo (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.).

instalações das delegacias e centros de detenção¹⁷. Dentre as formas de abuso mais comumente denunciadas estão: as extorsões e a exigência de favores sexuais; uso excessivo da força; pauladas; uso de armas de fogo para machucar ou incapacitar as vítimas; situações em que as mulheres trans são obrigadas a se despir completamente em público; assim como constante hostilidade e atos de humilhação, como arrancar com força suas perucas; uso maldoso ou deliberado de um gênero distinto ao qual se identificam para se referir a elas e abusos verbais reiterados¹⁸.

A fase de interrogatório oferece riscos ainda maiores no caso das minorias sexuais, uma vez que ameaças adicionais podem ser usadas por agentes de segurança para forçar uma confissão. Por exemplo, policiais podem ameaçar revelar a orientação sexual da pessoa detida aos seus familiares, amigos ou colegas para obter uma confissão; ou uma pessoa transgênero pode mesmo ser levada à delegacia de polícia sob falso pretexto com a intenção de solicitar-lhe dinheiro ou favores sexuais em troca de sua liberdade. Subornos e extorsões por parte da polícia podem ocorrer não apenas com a finalidade de extrair uma confissão, mas também como requisito para garantir a liberação da pessoa¹⁹.

Em que pese os elevados números de denúncias em relações a tais casos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou uma diferença gritante entre o número de casos em que se abriu um inquérito e o número de casos com decisão judicial, indicando níveis alarmantes de impunidade:

[...] organizações do Brasil afirmam que em 67% dos homicídios cometidos contra pessoas LGBTI no ano de 2013, os perpetradores não foram detidos. Em 2011, uma organização local da Guatemala – que analisa seus próprios dados, assim como informação compilada de órgãos governamentais oficiais e meios de comunicação – indicou que

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

¹⁹ ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Pessoas LGBTI privadas de liberdade: parâmetros para o monitoramento preventivo*. Penal Reform International, 2013. p. 8. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/ef33cb31770fd65d5d996639eac09a88.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

em 66% dos casos de violência registrados contra mulheres trans, os agressores não foram identificados. Organizações do Peru indicam que em 2011, a Polícia Nacional peruana e o Ministério Público decidiram abrir inquéritos em apenas 15% dos casos de homicídio de homens gays e mulheres trans registrados naquele ano. Na Guiana, organizações da sociedade civil informaram que não foram apresentadas denúncias penais em nenhum dos três homicídios de pessoas LGBTI registrados em 2013. Em dezembro de 2014, uma organização da Colômbia informou a CIDH que as investigações sobre os casos ocorridos em 2008 e 2009 dos homicídios dos defensores de direitos humanos Fredys Darío Pineda, Álvaro Miguel Rivera, e Wanda Fox, não haviam avançado²⁰.

Dessa forma, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos conclui que a impunidade em relação a execuções extrajudiciais, homicídios, torturas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes contra as pessoas LGBTI encontra-se generalizada. Ainda que haja diversos fatores que contribuem para esse cenário, os problemas relativos à investigação de crimes contra pessoas LGBTIs estão, em parte, vinculados à orientação sexual ou ao gênero das vítimas.

Em virtude do preconceito existente nos sistemas de justiça penal nos países da região interamericana, homicídios de pessoas LGBTI, por exemplo, não são categorizados como crimes de ódio ou crimes por preconceito, mas sim como crimes que resultam de emoções, ciúmes, ou motivos relacionados a um relacionamento prévio. Quando os crimes estão genuinamente motivados por preconceito, mas não são classificados como tal, a culpa é atribuída à vítima, e o preconceito, pode ser utilizado para “justificar” o crime. Este processo oculta aspectos culturais que reproduzem os estereótipos homofóbicos que formam a base do preconceito²¹.

Além disso, há países onde a violência contra LGBTIs é exacerbada inclusive pela própria legislação mediante, por exemplo, leis que criminalizam as relações sexuais consensuais em âmbito privado entre pessoas adultas do mesmo sexo, leis

²⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

²¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

contra a mendicância, leis que protegem a “moral pública” e protocolos médicos sancionados pelo Estado que permitem a violência médica contra as pessoas interssexo.

Nesse sentido, a CIDH constatou que em 11 Estados Membros da OEA, da região do Caribe Anglófono, continuam vigentes leis que criminalizam as relações sexuais e outros atos sexuais consensuais entre adultos realizados em privado, e um Estado mantém vigente legislação que criminaliza o uso de roupas tradicionalmente associadas a outro gênero, o que provoca um impacto negativo na vida das pessoas trans. Em tais contextos, ainda que não seja comum que sejam iniciadas ações penais com base em tais disposições legais, esse tipo de legislação reforça um ambiente que tolera a discriminação, estigmatização e violência contra as pessoas LGBTI, além de serem utilizadas para justificar detenções arbitrárias, abuso policial, extorsão e tortura. Como resultado, as pessoas LGBTI são criminalizadas dentro do sistema de justiça penal.

Outros tipos de legislações que, apesar de não penalizar diretamente a atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo ou pessoas trans, são também interpretadas e aplicadas para criminalizar vítimas LGBTI dizem respeito às chamadas leis contra a “vadiagem”. Isto é, leis que buscam proteger a “moral pública” ou a “conduta apropriada” e que penalizam a conduta considerada “indecente”, “obscena”, “provocante” ou “afrontas à moral pública e aos bons costumes”²². Estas normas outorgam às forças de segurança poderes amplos e discricionários que permitem sua utilização para discriminar especificamente as pessoas trans, regulamentando o uso de espaços públicos de forma arbitrária, e julgando as pessoas com base na sua aparência física²³.

²² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

²³ ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Pessoas LGBTI privadas de liberdade: parâmetros para o monitoramento preventivo*. Penal Reform International, 2013. p. 8. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/ef33cb31770fd65d5d996639eac09a88.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

Todas estas circunstâncias desempenham um papel importante na obstrução da justiça, e ajudam a perpetuar as barreiras que impedem um julgamento e sanção adequados, dificultando assim a reparação dos crimes contra as pessoas com orientações sexuais e identidades de gênero não normativas²⁴. Nesse sentido, segundo o Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, as obrigações dos Estados deve também incluir a adoção de medidas legislativas e de outra natureza para proibir, investigar e punir todos os atos de violência e incitação à violência motivados por preconceito e praticados contra as pessoas LGBTI; proporcionar reparação às vítimas e proteção contra represálias; condenar publicamente estes atos; e registrar estatísticas sobre tais crimes e sobre o resultado das investigações, os procedimentos judiciais e as medidas de reparação.

Ainda, vale a menção à decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos em que afirma que a obrigação de prevenir a violência motivada pelo ódio, ainda que proveniente de particulares, e investigar a existência de um possível vínculo entre o ato de violência e o motivo discriminatório pode estar contemplada na obrigação de proibir a tortura (artigo 3), e também pode ser encarada como parte das obrigações positivas do Estado derivadas da proibição da discriminação (artigo 14)²⁵. Isso porque, segundo as normativas internacionais, toda violação de direitos reconhecidos pela Convenção Americana (ou pela Declaração Americana) e praticada por um ato do poder público ou de pessoas que atuam imbuídas dos poderes que ostentam por seu caráter oficial, é imputável ao Estado²⁶.

Ademais, segundo entendimento da Corte Interamericana, ao interpretar o artigo 3º da Convenção Interamericana de Prevenção e Combate à Tortura (CIPST), o Estado será responsabilizado sempre que demonstrado seu apoio ou tolerância a uma violação por parte de autoridade pública. Conforme afirmou no caso Velásquez

²⁴ Identidade de gênero não normativa aqui significa “não cisgênero”, ou seja, abarca amplamente as demais identidades de gênero que não sejam a cisgênero, termo este utilizado para se referir ao indivíduo que se identifica, em todos os aspectos, com o seu “gênero de nascença”.

²⁵ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, 2015, apud ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

Rodriguez vs. Honduras²⁷, “um ato ilícito violador de direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser ato de um particular ou por não ter sido identificado o autor da transgressão, pode acarretar em responsabilidade internacional do Estado, não por esse ato em si, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou tratá-la nos termos requeridos pela Convenção”²⁸.

Assim, para prevenir a violência sistemática praticada contra a população LGBTI, especialmente violações praticadas por agentes públicos no âmbito do sistema de justiça penal os Estados devem garantir que seus sistemas de justiça tenham a capacidade de investigar de maneira exaustiva e efetiva todo caso de abuso policial e todo caso de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Os Estados devem agir com a devida diligência na investigação da violência por preconceito, visto que a impunidade das violações de direitos humanos fomenta sua repetição.

Diante da explanação feita, considera-se relevante analisar especificamente o caso Luis Alberto Rojas Marín vs. Peru. O caso apresenta grande relevância no cenário do Sistema Interamericano por ser o primeiro caso de tortura contra uma pessoa LGBTI analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos de modo que decorrentes da decisão dele resultante poderá gerar impactos nos demais Estados Membros, bem como será um meio de dar efetiva visibilidade a essa forma de violência que ainda segue tão impune na maior parte dos países da região.

3 O CASO LUIS ALBERTO ROJAS MARÍN VS. PERU

A importância de trazer o caso Luis Alberto Rojas Marín contra o Estado peruano está assentada nos potenciais precedentes a serem firmados em relação à

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*: sentença proferida em 29 de julho de 1982. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²⁸ ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA; CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. *La tortura en el derecho internacional*: guía de jurisprudencia, 2008. p. 98-99. Disponível em: <https://www.apt.ch/content/files_res/JurisprudenceGuideSpanish.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2015.

representatividade LGBTI para acesso às vias internacionais de proteção aos direitos humanos, especialmente com relação à violência praticada por agentes de segurança. Trata-se de uma longa trajetória, de quase uma década, de um homem gay buscando reparação por violências sofridas nas mãos de agentes policiais peruanos, em face da ausência de devida resposta estatal para seu pleito.

O caso ganhou atenção internacional por ser primeira vez que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi acionada para decidir um pedido fundado em uma possível tortura de um membro da comunidade LGBTI²⁹. A divulgação do caso paradigmático ganhou força após a publicação da decisão de admissibilidade pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 6 de novembro de 2014, no Informativo n.º. 99/14³⁰. Deste Informativo é possível extrair o relato fático do ocorrido, as tramitações processuais interna e internacional, além das posições elencadas tanto pela vítima, o senhor Luis Alberto Rojas Marín, quanto pelo estado, o Peru.

Os peticionários relatam que no dia 25 de fevereiro de 2008, aproximadamente às 00h30, Luis Alberto Rojas Marín, de 26 anos, se dirigia a seu domicílio quando foi abordado e detido por agentes da força de segurança do governo, sob a justificativa de encontrar-se em “atividade suspeita”. Contudo, ao ser abordado, o senhor Luis Alberto não portava seus documentos de identidade, sendo então conduzido à Delegacia do Distrito de Casagrande, Província de Trujillo, sob o pretexto de realizar sua devida identificação. Ocorre que, neste estabelecimento, Luis Alberto foi privado de sua liberdade, sendo liberado somente às seis horas da manhã. Durante a detenção, a vítima teria sido agredida física e verbalmente por três agentes de polícia, posteriormente identificados, os quais teriam conduzido o interrogatório de forma grosseira, insultando-o com frases alusivas à sua orientação sexual. Então, o forçaram a se despir e o mantiveram neste estado até sua liberação. Seu corpo foi

²⁹ MOLONEY, Anastasia. *Americas' top human rights body hears first LGBTI torture case*. 2016. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-peru-LGBTI-idUSKBN13Q5WD>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*: sentencia de 29 de julio de 1988. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/2014/PEAD446-09EN.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

manuseado e torturado mediante a introdução de um cassete de goma em seu reto, em duas oportunidades, atos estes que resultaram em lesões com sangramento. Durante tais atos os policiais o questionaram acerca do paradeiro de seu irmão, “Tuco”, foragido e sob investigação por um homicídio.

Após o fato, a vítima buscou providência estatal denunciando o atentado ao Comissariado de Casagrande em 27 de fevereiro de 2008. Em 24 de março do mesmo ano, o Ministério Público ordenou a abertura de investigação do ocorrido pela tese de violência sexual agravada e abuso de autoridade. A vítima solicitou, em 5 de maio de 2008, a ampliação da investigação para enquadrar o crime de tortura, a qual foi negada por falta de dolo ou provas que consolidassem os elementos constitutivos de tortura, conforme os ditames do artigo 321 do Código Penal peruano. O senhor Luis recorreu da decisão que descartou a tortura, alegando que os agentes policiais agiram com o intuito de castigá-lo por sua orientação sexual. Solicitou novamente que a investigação incluísse a tipificação da tortura, indicando que, à luz das normas de Direito Internacional, não poderia se classificar somente como abuso de autoridade e violência sexual. Tal recurso foi declarado como infundado em 28 de agosto de 2008 e confirmado pela instância superior em 15 de outubro do mesmo ano.

Ademais, a investigação já vigente, que corria sem tipificar o crime de tortura e que considerava o caso somente como violência sexual agravada com abuso de autoridade, foi suspensa pelo Juiz Penal responsável em 21 de outubro de 2008, alegando-se falta de fundamentos para dar continuidade. Tal suspensão foi confirmada em 9 de janeiro de 2009 pela Corte Superior de Justiça, sob o fundamento de não existirem elementos suficientes de convicção. A vítima apelou desta decisão, sendo novamente rejeitada, desta vez sob o pretexto de intempestividade, pois a apelação foi interposta quatro dias após o término do prazo estabelecido no regulamento interno da Corte Superior.

Paralelo a este trâmite, a vítima também interpôs, em 28 de março de 2008, uma queixa contra dois promotores, alegando ter sofrido nova perseguição e discriminação por sua orientação sexual. Tais novas violações decorreram de dois acontecimentos: um dos promotores responsáveis pelo caso atrasou o pedido para

exame médico legal da vítima, que deveria ter sido realizado de imediato, e o outro promotor acompanhou presencialmente a própria realização do exame, sem prévio consentimento da vítima, constantemente interrogando o examinado se os ferimentos sofridos realmente advieram de uma violação sexual. Tal queixa foi considerada admissível em 24 de julho de 2009, sendo posteriormente revogada e arquivada pela Promotoria Geral da Nação.

Por Luis Alberto Rojas Marín não ter obtido resposta por parte do Estado peruano, havendo feito uso dos remédios jurídicos internos a seu alcance, três organizações defensoras de direitos humanos (CNDDHH, PROMSEX e REDRESS) apresentaram petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos representando a vítima. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a petição inicial no dia 14 de abril 2009, transmitindo-a, após obter informações adicionais da parte acionadora em três ocasiões distintas, ao Estado peruano no dia 5 de junho de 2013, após finalizar o exame preliminar da mesma. O prazo do Estado foi prorrogado por uma única vez, sendo a resposta apresentada no dia 24 de março de 2014, após a solicitação de pronunciamento sobre a admissibilidade, por parte dos peticionários. A partir destes eventos, os peticionários e o estado enviaram suas respectivas observações nos dias 26 de junho e 12 de setembro de 2014.

O Estado peruano, em sua resposta, solicitou a inadmissibilidade da petição pelo não preenchimento do requisito de esgotamento de todos os remédios jurídicos da jurisdição interna, especialmente por haver perda do prazo do último recurso de apelação, por parte da vítima. Sustentou que houve uma investigação séria e exaustiva por parte de suas autoridades, com análise das provas autuadas durante o processo, e que a Polícia Nacional do Peru agiu conforme a discricionariedade legalmente abarcada no Código de Processo Penal nacional, desconsiderando o pleito da vítima pela falta de provas necessárias para o prosseguimento da investigação.

Em sua decisão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que a vítima teria sido discriminada por sua orientação sexual tanto no momento de sua detenção quanto no decorrer da investigação dos acontecimentos, destacando

que até mesmo os agentes da administração da justiça agiram de forma intimidante e deram causa à demora da investigação preliminar, presumidamente por motivos de discriminação pela orientação sexual do ofendido. Assim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu que a obrigação de dar continuidade a uma investigação com a devida diligência é de suma importância no caso em evidência devido ao fato de que há um elemento específico associado ao fato da vítima ter sido discriminada por sua orientação sexual. Isto representa uma direta objeção à obrigação de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pela própria Convenção Americana especificamente seu primeiro artigo.

Decidiu-se que, como os remédios internos foram encerrados na etapa de investigação, a vítima não teve acesso efetivo à justiça, por haver sido discriminado por sua orientação sexual. Dessa forma, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou que o caso representava exceção ao pressuposto de esgotamento dos recursos da jurisdição interna do estado, descartando os argumentos de intempestividade apresentados pelo Peru, conforme preceituado pelo artigo 46(2)(a) e (b) da Convenção Americana.

Consagrou-se, no caso, a violação dos seguintes artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH): 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 11 (proteção da honra e da dignidade), 24 (igualdade perante a lei) e 25 (proteção judicial). Tais violações estão em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1(1) (obrigação de respeitar os direitos e garantias) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) do mesmo instrumento. Também foram consagradas violações à obrigação de prevenir e, especificamente os artigos 1 (obrigação dos estados de prevenir e punir a tortura), 6 (obrigação de implementar medidas efetivas) e 8 (garantia de investigação em caso de denúncia de tortura).

No tocante à configuração de tortura, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos levou em consideração os critérios adotados pelo Sistema Interamericano, buscando identificar a existência três condições: (i) imposição intencional de dor e sofrimento grave; (ii) ter determinado fim ou propósito; (iii) realização por agente

público³¹. No caso, Luis Alberto foi submetido a um ato de violência sexual profundamente humilhante e doloroso perpetrado por um agente policial e na presença dos demais. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos notou que o sofrimento físico e psicológico foi agravado pelas circunstâncias em que ocorreram os eventos: a vítima encontrava-se sob o controle absoluto por parte dos autores, em situação de extrema vulnerabilidade e sendo insultado por ser uma pessoa homossexual assumida³².

As autoridades peruanas haviam alegado a não configuração da tortura em razão de os agentes policiais não terem atuado com a intenção de cometer o delito de tortura, mas sim delito de violação sexual. Essa alegação ecoa na atuação de vários sistemas de justiça da região interamericana, inclusive no Brasil. Não obstante, parte de um pressuposto falacioso: de que a violência sexual necessariamente não configura tortura e sim um delito próprio.

A Corte Interamericana já consolidou o entendimento de que, para analisar se o fato configura tortura, é necessário levar em consideração elementos subjetivos que envolvem as circunstâncias do fato, buscando verificar a existência intenção em gerar sofrimento com vistas a anular a personalidade da vítima ou diminuir sua capacidade. Para determinar tais atos, a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos levam em consideração o período de tempo no qual se infligiu o sofrimento; o método utilizado; as circunstâncias políticas e sociais; a privação de liberdade; a idade, sexo e vulnerabilidade da vítima³³. Nesse sentido, é possível que a violência sexual seja praticada de forma, em circunstâncias e contra pessoas em condições de vulnerabilidades que cheguem a configurar ato de tortura ou

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Report n. 99/14: case 446-09: report on admissibility: Luis Alberto Rojas Marín Peru*. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/2014/PEAD446-09EN.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Report n. 99/14: case 446-09: report on admissibility: Luis Alberto Rojas Marín Peru*. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/2014/PEAD446-09EN.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

³³ ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA; CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. *La tortura en el derecho internacional: guía de jurisprudencia*, 2008. p. 98-99. Disponível em: <https://www.apt.ch/content/files_res/JurisprudenceGuideSpanish.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2015.

tratamento cruel, desumano ou degradante, especialmente se baseada em discriminação de gênero.

No caso Penal de Castro Castro vs. Peru, por exemplo, a Corte decidiu a respeito de violações ocorridas por agentes penitenciários contra mulheres em um local de privação de liberdade. Dentre outros elementos analisados no caso, a Corte foi instada a se manifestar a respeito de um procedimento de revista vexatória no qual as mulheres, praticamente desnudas, tiveram que passar. O procedimento era semelhante ao exame de toque feito por homens usando diretamente seus dedos e com rispidez e uma mesma mulher era tocada por vários homens encapuzados:

309. Além disso, no presente caso, foi provado que uma interna, que foi transferida para o Hospital de Saúde da Polícia passou por uma revista vexatória vaginal (feita com o dedo) por várias pessoas encapuzadas de uma só vez, com extrema rispidez, sob o pretexto de revista-la [...].

311. O Tribunal reconhece que uma violação sexual de uma interna detida por um agente do Estado é um ato especialmente grave e abominável, tendo em vista a vulnerabilidade da vítima e do abuso de poder exibido pelo agente [...]. Além disso, a violação sexual é uma experiência muito traumática, que pode ter consequências graves [...] e causa um grande dano físico e psicológico, deixando a vítima “humilhada física e emocionalmente”, uma situação dificilmente superada com o passar do tempo, ao contrário do que acontece outras experiências traumáticas [...].

312. Com base no exposto, e tendo em conta a determinação no Artigo 2º da Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura, este Tribunal conclui que os atos de violência sexual a que uma interna que foi submetida na revista vexatória feita com os dedos [...] constitui uma violação sexual que, por seus efeitos, constitui tortura³⁴.

Assim, considerando os efeitos traumáticos causados pela violação sexual, bem como o estado de vulnerabilidade em que se encontrava a vítima e o abuso de poder por parte dos agentes, a Corte entendeu que se tratava efetivamente de tortura, havendo responsabilizado o Estado pela violação do art. 5º da Convenção Americana

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Castro v. Peru*: sentença proferida em 25 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

de Direitos Humanos e o art. 2º da Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura.

O entendimento proferido se mostra especialmente relevante no que se refere às violências registradas contra população LGBTI nos países que compõem o Sistema Interamericano. Isso porque tal população é muito mais sujeita a violações sexuais. De acordo com o Escritório de Estatísticas Judiciais do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, as pessoas privadas de liberdade LGBTI em centros de detenção nesse país estão entre os grupos mais vitimados por atos de violência sexual³⁵.

Em visita ao Brasil realizada em 2016, o Relator Especial sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanos ou Degradantes, Juan Mendez, observou que, em parte considerável dos casos de tortura contra pessoas LGBTI, há indícios de que são frequentemente submetidos a “atos de violência de índole sexual, como estupros ou agressões sexuais, a fim de ‘castigá-los’ por ultrapassar as barreiras do gênero ou por questionar ideias predominantemente sobre o papel de cada sexo” (ONU, 2016). A Relatora Especial sobre Violência Contra a Mulher, também expressou sua preocupação sobre as mulheres lésbicas detidas em celas com homens como castigo por rejeitar as propostas sexuais de agentes penitenciários. Segundo a Relatora, as mulheres privadas de liberdade que são vistas pelo agentes de custódia como “masculinas” são submetidas a assédio, abuso físico e “feminização forçada”³⁶.

Também os homens gays ou as mulheres trans privadas de liberdade podem ser vítimas de situações de servidão forçada impostas por outros internos ou são obrigados a fornecer “serviços sexuais”. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos identificou, ainda, que existem denúncias de que policiais incitam outras pessoas a abusar sexualmente das pessoas LGBTI que estão detidas, como relatos de agentes penitenciários que permitem que pessoas LGBTI privadas de liberdade sejam

³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

³⁶ ONU. Conselho de Direitos Humanos, Causas, condições e consequências do cárcere para as mulheres, A/68/340, 21 de agosto de 2013, paras. 58, 59 e 63, citado em Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, Discriminação e violência contra as pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, A/HRC/29/23, 4 de maio de 2015, para. 36. apud CIDH, 2015, p. 148.

agredidas ou deixam que outros internos abusem sexualmente delas; assim como guardas que colocam as pessoas LGBTI privadas de liberdade em delas com pessoas notoriamente conhecidas como perpetradores de atos de violência sexual³⁷.

No caso de Luis Alberto Rojas Marín, foi constatado que a vítima foi violada pela via anal com um cassetete policial, pelos três agentes de polícia. O abuso sexual neste caso, decidido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos constituiu, inegavelmente, forma grave de agressão ao direito à intimidade, à honra e à dignidade de um indivíduo, o que, no contexto avaliado, também demonstrou clara a prática de tortura³⁸.

Outro ponto a ser ressaltado diz respeito às observações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a problemática do dispositivo legal da lei peruana. Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a definição de tortura no Peru não cumpre os parâmetros legais internacionais, constituindo, assim, uma violação das obrigações internacionais por parte deste país. A definição de tortura contida no artigo 321 do Código Penal peruano não inclui em seus elementos o propósito de discriminar a vítima. Tampouco contém uma formulação mais ampla do delito, conforme preceituado na Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou a alteração da referida norma, uma vez que constitui um fato gerador de impunidade, devendo o Estado não só reparar integralmente a vítima neste caso apresentado, mas evitar que futuros casos semelhantes se propaguem, devido à construção legal do dispositivo problemático³⁹.

Em relação ao dever de investigação adequada sobre os eventos ocorridos, além de omissões estratégicas clássicas, como não inspecionar o local do crime,

³⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

³⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Luis Alberto Rojas Marín v. Peru*: observações adicionais sobre o mérito: caso 12.982 de 24 mar. 2015. Disponível em: <>. Acesso em: 2 maio 2017.

³⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Luis Alberto Rojas Marín v. Peru*: observações adicionais sobre o mérito: caso 12.982 de 24 mar. 2015. Disponível em: <>. Acesso em: 2 maio 2017.

arrolar de testemunhas independentes ou criar obstáculos burocráticos à vítima em sua denúncia, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos chamou atenção para que, no caso, a presença de determinadas violações únicas, relacionadas às condições da vítima como cidadão LGBTI. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos observou que a recusa de expandir a investigação para tratar de um caso de tortura representa clara afronta aos direitos da vítima de receber a devida proteção judicial por parte do estado⁴⁰.

Como já foi exposto, não há como desconsiderar que houve a prática do crime de tortura contra o Sr. Luis Alberto, logo, a falta de uma investigação adequada e o não enquadramento por parte do Estado do Peru no crime de tortura representam graves violações ao artigo supracitado. Assim, autoridades estatais não agiram com a devida diligência, ignorando o contexto de discriminação e a humilhação presente no caso de Luis Alberto. Era necessário ter a adequada caracterização jurídica dos eventos como tortura, já que estavam configurados os elementos objetivos do tipo. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também considerou importante notar que a tipificação da tortura tem importância pela atrocidade e gravidade desta situação⁴¹.

As autoridades também faltaram com uma investigação adequada do caso ao se negarem a receber, a princípio, a denúncia de Luis Alberto, tentaram dissuadir sua intenção de prosseguir com tal denúncia por falta de credibilidade do alegado. Além disso, houve uma demora no exame médico da vítima após o abuso sexual sofrido, que deveria ter sido solicitado de maneira imediata⁴².

No caso, a culpa pela demora recaiu sobre a vítima, que supostamente não queria realizar os testes, e, durante o exame, a vítima foi pressionada a minimizar a

⁴⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Luis Alberto Rojas Marín v. Peru*: observações adicionais sobre o mérito: caso 12.982 de 24 mar. 2015. Disponível em: <>. Acesso em: 2 maio 2017.

⁴¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Luis Alberto Rojas Marín v. Peru*: observações adicionais sobre o mérito: caso 12.982 de 24 mar. 2015. Disponível em: <>. Acesso em: 2 maio 2017.

⁴² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Luis Alberto Rojas Marín v. Peru*: observações adicionais sobre o mérito: caso 12.982 de 24 mar. 2015. Disponível em: <>. Acesso em: 2 maio 2017.

gravidade do relato, formulando-se a hipótese que os ferimentos anais examinados poderiam ter sido causados em encontros sexuais prévios da vítima e que só agora estariam sendo relatados na forma de violação sexual. Isto é, não bastou os exames realizados ou o fato de que a vítima relatou, perante diferentes órgãos públicos, sua versão dos eventos de forma coerente: houve um questionamento de sua credibilidade baseado em discriminação sexual.

Estas repetidas tentativas das autoridades nacionais em desacreditar o relato de Luis Alberto refletem a singularidade das violações quando se teve a descrença na vítima sobre seus ferimentos, exacerbada quando se observa que a vítima não mencionou os abusos sofridos a algum meio de comunicação, por vergonha de ser novamente desacreditada e pelo trauma da experiência que viveu.

4 CONCLUSÕES

O caso Rojas Marín vs. Peru representa um importante precedente ainda a ser julgado quando se trata do assunto de tortura contra pessoas LGBTIs, por se tratar do primeiro de seu tipo. A orientação sexual da vítima toma o plano central por configurar-se como a razão motivadora das violações sofridas, a importância do caso decorre do potencial assentamento de precedentes sobre a matéria e seu impacto em futuras decisões que passem a incorporar a proteção de pessoas LGBTIs como foco central para a promoção dos direitos civis e políticos consolidados.

Apesar das esquivas do Estado peruano em tentar minimizar a gravidade das violações e o dano causado à vítima, entende-se pela configuração do crime de tortura, visando à reparação da vítima e o prosseguimento do devido processo de investigação e julgamento dos responsáveis. Trata-se de uma decisão de um grande potencial para a defesa de direitos de pessoas LGBTI que sofrem por suas condições como tais.

A discriminação sistemática sofrida pelo senhor Luis Alberto Rojas Marín demonstra a necessidade de mudança, tanto dos ordenamentos violadores dos direitos destas pessoas historicamente marginalizadas, quanto da mentalidade da população no tratamento destas situações. Além disso, a discussão sobre o papel do

Estado em relação à tortura é essencial para compreender porque as discussões sobre tortura no sistema de justiça criminal Brasil são mais focadas no agente privado do que no agente público.

À luz do direito internacional, o Estado deve tomar todas as medidas que estiverem ao seu alcance para evitar violações de direitos humanos e, se ainda ele incorrer em uma violação, é seu dever adotar todas as ações para investigar e responsabilizar os agentes e compensar as vítimas da violação.

REFERÊNCIAS

ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA; CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. *La tortura en el derecho internacional*: guía de jurisprudencia, 2008. p. 98-99. Disponível em: <https://www.apt.ch/content/files_res/JurisprudenceGuideSpanish.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2015.

ASSOCIAÇÃO PARA A PREVENÇÃO DA TORTURA. *Pessoas LGBTI privadas de liberdade*: parâmetros para o monitoramento preventivo. Penal Reform International, 2013. p. 8. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/ef33cb31770fd65d5d996639eac09a88.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 31 jul. 2015.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Luis Alberto Rojas Marín v. Peru*: observações adicionais sobre o mérito: caso 12.982 de 24 mar. 2015. Disponível em: <>. Acesso em: 2 maio 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*: sentença proferida em 29 de julho de 1982. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*: sentencia de 29 de julio de 1988. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/2014/PEAD446-09EN.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Castro v. Peru*: sentença proferida em 25 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Report n. 99/14: case 446-09: report on admissibility: Luis Alberto Rojas Marín Peru*. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/2014/PEAD446-09EN.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS & INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível

em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

MOLONEY, Anastasia. *Americas' top human rights body hears first LGBTI torture case*. 2016. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-peru-LGBTI-idUSKBN13Q5WD>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura*. 1986. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/tortura.asp>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Violencia contra personas LGBTI*. 12 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO COMO VISÃO LEGITIMADORA DA ESCRAVIDÃO: UMA PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Renan Emanuel Rocha Melo¹

Resumo

O presente artigo é uma singela exposição que demonstra que a proposta ideológica de tendência neoliberal, anti-laboral e minarquista, que propugna a desregulamentação do Direito do Trabalho como resposta às crises econômicas enfrentadas pelo Brasil, contribui para agravar os casos de trabalho análogo ao escravo, representando uma perspectiva que enfraquece os Direitos Humanos, porquanto visa afastar a responsabilidade estatal em oferecer normativamente a proteção ao trabalhador e o necessário equilíbrio da relação entre este e seu empregador, o que denota claro retrocesso social.

Palavras-chave: Desregulamentação. Trabalho escravo. Direitos Humanos

Abstract

The present article is a simple exposition that demonstrates that the neoliberal, anti-labor and minarchist ideological proposal that advocates the deregulation of Labor Law in response to the economic crises faced by the Brazil, contributes to aggravate the cases of work analogous to slavery, representing a perspective that weakens Human Rights, since it seeks to eliminate the State's responsibility to provide normatively the protection to the worker and the necessary balance of the relationship between him and his employer, which indicates a clear social retrogression.

Keywords: Deregulation. Slavery. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

De tempos em tempos, conforme os contextos das diferentes épocas, as sociedades enfrentam mudanças sociopolíticas que lhes demandam uma readequação à nova realidade posta, de renovação do paradigma jurídico que lhes serve de alicerce, em razão mesma do âmbito contemporâneo de primazia do Estado

¹ Advogado e sociólogo formado pela Universidade de Brasília (UnB), atualmente faz pós-graduação em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD). *E-mail:* advoc.renan.rocha@gmail.com

democrático de Direito. Essa readequação geralmente ocorre em uma perspectiva progressista, de evolução de direitos outrora conquistados pelos indivíduos, bem como aquisição de tantos outros novos, concedendo-lhes uma existência mais digna no mundo.

É nesse ambiente de progresso que a humanidade, ao longo de sua história, determinou para si direitos essenciais e fundamentais, que a medida que se desenvolvem, atravessam as fronteiras nacionais, para salvaguardar os integrantes da condição humana, onde quer que estejam, das vicissitudes de outrem que lhes possam suprimir o seu valor intrínseco existencial.

É o contexto que se operou, a título de exemplos, na Revolução Francesa de 1789 contra o absolutismo do Estado e a miséria a que estava submetido o povo francês, cujo resultado foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que se postulou os direitos naturais de todo ser humano: de ser livre, de ser considerado um igual e de resistir a qualquer opressão (arts. 1º e 2º); e em outra época, já posterior ao período das mais maledicentes das guerras, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, promulgada por inúmeros povos em comunhão, que atestava, além daqueles, outros tantos novel direitos, como: à vida, à dignidade e de não ser escravizado (arts. 1º, 3º e 4º), objetivando, enfim, a paz mundial.

São, portanto, situações fáticas como essas que orientam um sentimento de progresso jurídico, de direitos universais, atemporais, inalienáveis, que não são simplesmente disponíveis ao bel-prazer, além de os entes políticos representativos das diversas nações, os Estados, hodiernamente deverem assegurar-los como parte essencial de seu mister, o que se colima de forma geral e notória, à anuência mundial dada à Declaração de Viena de 1993 sobre os Direitos Humanos (art. 5º), a clara sintomática do apogeu jurídico em prol da humanidade. Nesse sentido, é que Pérez Luño (2010, p. 50) esclarece serem os Direitos Humanos um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, realizam as exigências de dignidade, de liberdade e de igualdade humana, passando a serem positivamente reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Não se olvide aqui, entretanto, que dentre as transformações históricas sociais e políticas mais significativas das sociedades, há também aquelas que interferem, em especial, nos seus âmbitos produtivos, que não são outra coisa senão os parâmetros socioeconômicos de superação das necessidades humanas, diante da escassez de recursos que a própria natureza se lhes impõe. Em outras palavras, os seus modos de produção propriamente ditos (MANKIW, 2009, p. 3-4), que se simplificam na relação jurídica mais notória entre indivíduos que é a do trabalho.

É de bom alvitre lembrar que os fatos da historicidade humana, que orientam o surgimento e aprimoramento daqueles direitos universais e atemporais com vistas a melhorar a situação do ser humano no mundo, também orientam o surgimento de outras formas normativas, como os direitos trabalhistas, que postulam a mesma proposta adaptativa situacional do indivíduo ante sua realidade social, naquilo que é operacionalmente essencial às sociedades: suas economias. Embora tais direitos não possuam a mesma pretensão universalizante – no sentido de acatamento quase que idêntico pelos diferentes Estados –, por representarem igualmente um progresso jurídico-social, são tidos por toda parte de forma similar, em conformidade com o desenvolvimento da humanidade. Esse ponto notório acaba lhes rendendo uma salvaguarda, ainda que indiretamente, dos próprios Direitos Humanos, como, por exemplo, a vedação à escravidão e o direito a um trabalho digno como vistos no art. 6º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.

Essa importância dos critérios laborais e econômicos para as sociedades, que se consubstanciam na relação de trabalho, é observada no pensamento de economistas políticos clássicos, como Karl Marx (1818-1883) e Max Weber (1864-1920), que embora tenham partido de pontos diferentes², compreendiam que tais critérios representavam a forma de operação de toda vida social, a própria predisposição de uma sociedade em acatar determinado acervo normativo orientador, como reflexo mesmo das alterações sociopolíticas pelas quais passa, o

² Marx entendia a sociedade por uma ótica estrutural: a infraestrutura (meios de produção, economia) determinando as diretrizes da superestrutura (cultura, sistema político, etc.). Enquanto Weber via nas ações individuais a organização da sociedade, porquanto perspectivas socioculturais e políticas delineariam a economia e as relações de trabalho.

que incluiria, em certa interpretação, a adesão a determinadas cartas jurídicas de Direitos Humanos.

Por uma definição mais específica, conforme a doutrina pátria³, a relação de trabalho é um gênero de relação jurídica, do qual notadamente é espécie a relação de emprego, e que, em geral, representa um acordo de vontades entre duas partes: uma figurando credora de uma atividade laboral produtiva, seja na forma de produção de bens ou de prestação de serviços, à qual se obriga a exercê-la a outra parte mediante uma contraprestação, normalmente pecuniária. Significa, portanto, verdadeiro negócio jurídico constitutivo de uma relação de reciprocidade oriunda do encontro de vontades livres e espontâneas, cujo equilíbrio é mantido por normas, regras e princípios jurídicos, que orientam tanto o Direito Civil quanto o Direito do Trabalho, conforme a modalidade e características dessa relação.

Nesse contexto, encontra-se guarida sob égide protetiva do Direito do Trabalho a relação de emprego, espécie de relação de trabalho como já se mencionara, que se constitui por um contrato de trabalho e possui como elementos principais a personalidade, ou execução da atividade laboral pelo próprio trabalhador (empregado), a não eventualidade da referida atividade, posto que necessária a sua constância ao empregador, devendo ser remunerada com a regularidade de seu exercício e estando sob o comando e direção deste, ou seja, entabulando-se uma relação de subordinação do trabalhador ao empregador⁴. Havendo um natural desequilíbrio entre as partes no tipo de negócio jurídico avençado, por tornar uma exclusivamente dependente da outra, afim de se corrigir essa desigualdade inerente, razão primeira de seu surgimento histórico, fez com que o Direito do Trabalho tivesse como essência o princípio da proteção, reconhecendo ao trabalhador uma posição de hipossuficiência ensejadora de criação, interpretação e aplicação de normas laborais a ele mais benéficas.

³ Nas doutrinas de Alice Monteiro de Barros, Maurício Godinho Delgado e de Francisco Ferreira Jorge Neto, referências bibliográficas ao final.

⁴ O Decreto-Lei n. 5.452/43 (CLT) define empregador e empregado no *caput* dos arts. 2º e 3º: “Art. 2º, *caput*: considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” e “Art. 3º, *caput*: considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Ora, essa forma protetiva no exercício do Direito do Trabalho pelo Estado brasileiro, em atenção a um momento em que assim ansiava a sociedade, é resguardada e corroborada pela função exercida pelos Direitos Humanos, qual seja, de proteger o ser humano de injustiças, violências e abusos, uma vez que estabelecem, no caso, a necessidade de a pessoa humana ter um trabalho condigno, ser devidamente remunerada, entre outras prerrogativas, que são nesse conjunto verdadeiramente sucedâneos de direitos sociais-econômicos, responsáveis por justificar que o Estado cumpra os respectivos compromissos internacionais assumidos de proteção ao labor, mantendo os direitos trabalhistas legislados, ou ainda, prontamente os aprimorando afim de alcançar os objetivos firmados.

Todavia, a proteção propugnada pelo Direito do Trabalho e a própria existência deste são postas em questionamento durante períodos de crise econômica, havendo a proliferação de ideólogos neoliberais, anti-laborais e minarquistas⁵, que projetam um afastamento da atuação estatal nos negócios jurídicos entre particulares, em especial o empregatício. Assim, dentro dessa concepção, reza-se que a desregulamentação do Direito do Trabalho contribuiria para a resolução derradeira da situação econômica da sociedade, permitindo-a desenvolver novas formas de relação de trabalho para sanar desempregos, enriquecer, além de minimizar gastos (que considera) desnecessários com o Estado, afastando-se igualmente, na prática, a eficácia dos Direitos Humanos do labor assumidos pelo ente político.

Dessa forma, ante todas as considerações apresentadas, a desregulamentação do Direito do Trabalho – este que surgiu justamente dentro de um contexto de problemas sociais graves por ausência de proteção ao trabalhador, que acabou por demandar uma mudança jurídica paradigmática – ensejaria uma significativa intensificação ou mesmo legitimação do trabalho análogo ao escravo, indo na contramão do progresso social apaziguador conquistado pelas sociedades desde as primeiras Constituições Sociais do início do século XX, bem como das cartas jurídicas de proteção ao labor pelos Direitos Humanos, as quais inauguraram, numa

⁵ As ideologias mais significativas são aquelas que propugnam o retorno do liberalismo clássico, na defesa do capitalismo *laissez-faire*, atualmente denominadas de libertarianismo econômico, originado de pensadores da Escola Austríaca.

leitura de Vasak (1982), os direitos sociais de segunda geração, pelo viés igualitário, demonstrando a importância do pilar laboral, oriundo de relações econômicas, na normalização da vida social e política de uma sociedade.

2 A DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO COMO IDEOLOGIA NEOLIBERAL

Assim como se ressaltou do enredo histórico dos Direitos Humanos, dos fatos da historicidade humana, o Direito do Trabalho surgiu como resposta às condições desumanas nas quais se encontravam os trabalhadores após as duas primeiras Revoluções Industriais (séculos XVIII e XIX), responsáveis por estabelecer uma nova visão social, inaugurando igualmente um novo modo de produção que atraía para os polos urbanos a massa trabalhadora antes alocada nas zonas rurais. Esse fato ocorreu sobretudo nas nações europeias, as primeiras a passar pela respectiva experiência transformadora, cujo o mote principal era a necessidade de se produzir bens e serviços em escalas jamais vistas nas eras anteriores da história econômica humana, relegando, portanto, os trabalhadores a uma situação quase análoga a da escravidão dos primeiros séculos do alvorecer da humanidade: locais insalubres e extensas jornadas de trabalho acompanhadas de baixíssima remuneração, quiçá, quando muito, em patamar mínimo necessário para uma sobrevivência temporária dos que alienavam sua força de trabalho.

Com o passar das décadas, essa situação se evidenciou como um grave problema social, gerando conflitos entre o patronato e a massa trabalhadora empregada, motivo pela qual, após diversas revoltas populares como o levante da Primavera dos Povos de 1848 e até mesmo o posicionamento da Igreja Católica, que ainda mantinha importante esfera de influência no velho continente, com a edição da encíclica papal *Rerum Novarum* de 1891, fez com que os Estados se apresentassem como interventores e reguladores das relações de emprego, ante a inexistência ou mesmo exiguidade de normas laborais protetivas, afim de se minimizar o problema e apaziguar a conflitualidade. O ponto culminante foi o surgimento das Constituições Sociais no início do século XX, tendo como ação inauguradora a Revolução Mexicana de 1910 fim da qual surgiu a Constituição

mexicana de 1917, a primeira do gênero e responsável por inserir os direitos sociais, notadamente trabalhistas, como normas fundamentais da sociedade, assim, servindo de orientação primaz do Direito do Trabalho.

É dessa origem comum, notadamente, conforme lembra Calil (2010, p. 2), da Revolução Francesa de 1789 e de sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 18), que se consta o berço dos Direitos Humanos laborais e antiescravagistas, que corroboram com os direitos fundamentais do trabalho, instigando os Estados à continuidade de proteção aos trabalhadores, ou ainda a legislação nesse sentido em caso de ineficiência normativa.

É, pois, como ressalta Feliciano (2013, p. 127-134), que o Constitucionalismo Social advindo das transformações na base econômica das sociedades teve como premissa maior a organização política do Estado lastreada na justiça social, com escopo de diminuir as desigualdades sociais, a redistribuição de riquezas e o primado da solidariedade entre os fatores de produção (capital e trabalho). Nesse contexto, o Estado passou a ser protagonista em combater, através da edição de normas protetivas, os abusos do poder econômico e preservar a dignidade dos trabalhadores. A própria Constituição Federal brasileira de 1988, por exemplo, adotou tal viés, elevando a justiça social como fundamento da ordem econômica e financeira, colimando-a todo o direito infraconstitucional, seja na área jurídica propriamente trabalhista quanto a civil, sem se quedar da observação e da internalização das cartas jurídicas de Direitos Humanos que o Brasil assumira compromisso.

É nesse conjunto de pontos que se torna questionável a legitimação, no âmbito pátrio, das ideologias neoliberais, anti-laborais e minarquistas, que visam a desregulamentação do Direito do Trabalho.

Ora, a desregulamentação é uma modalidade da chamada flexibilização *lato sensu* do Direito do Trabalho, como nos aponta Feliciano (2013, p. 139-140), representando uma visão jurídica-política que afirma que um contexto econômico conturbado da sociedade serve de justificativa para a redução de direitos sociais trabalhistas, ainda que salvaguardados e exigidos pelos Direitos Humanos, no sentido de se remover a presença do Estado-normador para priorizar o acordo

autônomo e privado de vontades entre empregador e empregado, preservando-se o que entre eles for avençado. Assim, supostamente, reduziriam os entraves legais e burocráticos para favorecer o desenvolvimento econômico societário como um todo, e por via de consequência, melhorar as condições de vida dos trabalhadores, que produzindo mais ganhariam mais.

Em compreensão similar, Delgado (2017, p. 70) diz ser a desregulamentação:

Retirada, por lei, do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho, de maneira a permitir o império de outro tipo de regência normativa”, assim, “a desregulamentação trabalhista aponta no sentido de alargar espaços para fórmulas jurídicas novas de contratação do labor na vida econômica e social, naturalmente menos interventivas e protecionistas [...] pretendendo afastar a incidência do Direito do Trabalho.

Ambas definições indicam que a desregulamentação propõe a subordinação da proteção social-laboral às leis do mercado, extinguindo-a paulatinamente, priorizando a adequação das normas estatais à realidade econômica, e não o seu inverso, no sentido de resguardar a autonomia da vontade e do consequente avençado entre as partes trabalhistas, o que claramente desconsidera as conquistas e o progresso social por relativizar a dignidade do trabalhador, bem como ignora o contexto histórico, dos graves problemas sociais e das revoltas populares, que tornou necessário o Direito do Trabalho, a pacificação proposta pelos Direitos Humanos, e da intervenção estatal nas relações de emprego.

É notório que a desregulamentação não é uma simples flexibilização *stricto sensu* do Direito do Trabalho, mas seu esvaziamento normativo. A diferença mais significativa é que a flexibilização propriamente dita visa dobrar o Direito do Trabalho em tempos de crise econômica para preservar empregos e ganhos empresariais (do empregador), reduzindo, por exemplo, os impactos financeiros dos direitos sociais trabalhistas e consequentemente dos custos da contratação laboral, sem, no entanto, extingui-los ou tornar insipiente a atuação estatal. É o caso de desregramento, que assim como a desregulamentação, privilegia os acordos autônomos, ao qual se confere o mote “negociado sobre o legislado”.

Todavia, a história parece mostrar que nenhuma mudança nas relações econômicas, sociais e políticas de dimensões significativas pode ocorrer de uma hora para outra na sociedade senão através de um movimento de revolução, com a quebra obtusa de seus paradigmas sociais vigentes, o que acarretaria um conflito, em maior ou menor escala, entre apoiadores e opositores à referida mudança, gerando instabilidade social. Caminho mais seguro é a mudança sucessiva, tanto para o progresso quanto para o retrocesso sociais, porquanto permite um maior controle e apaziguamento das posições dissidentes. É com essa ótica que se faz a leitura da flexibilização direcionada ao desregramento do Direito do Trabalho, pois atendendo uma ideologia específica, visa desconstruir continuamente as conquistas sociais centenárias, ruborizadas pelo sangue escarlate derramado sobre trincheiras de guerra, para em um momento futuro, após ter preparado o terreno, permitir a desregulamentação completa das normas protetivas, relegando os trabalhadores à possibilidade de literal escravidão.

3 O TRABALHO ESCRAVO POR AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO LABORAL: A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

No Brasil, o trabalho análogo ao escravo, em sua acepção moderna, é um problema permanente nas relações trabalhistas, pois embora exista um conjunto de normas protetivas do Direito do Trabalho pátrio, alinhado a direitos fundamentais constantes da Constituição Federal brasileira de 1988, bem como a diversas cartas jurídicas de Direitos Humanos ratificadas, que fazem menção direta à vedação do trabalho escravo e da necessidade de as pessoas humanas terem trabalhos dignos, anota-se que em locais onde o Estado brasileiro não consegue exercer sua vigilância preventiva com esmero, pelas razões ou circunstâncias que sejam, intensifica-se o fenômeno de afastamento e não observância dessa normatividade laboral, quase sempre propositadamente, pelos detentores do poder econômico, ora empregadores, em prol da redução dos custos do seu empreendimento e maximização dos lucros a serem auferidos, em detrimento dos empregados agrilhoados às condições insalubres de trabalho, muitas vezes sem escolha pela falta de outras oportunidades melhores e regulares.

Esse fenômeno é denominado de *dumping* social e está intimamente relacionado às formas de trabalho escravo moderno (SCAFF, 2010, p. 198), como atesta o próprio informativo das Nações Unidas⁶, representando a ausência de proteção laboral por critérios fáticos-práticos, conquanto exista um Direito do Trabalho, bem como Direitos Humanos, que ainda se orientam por princípios protetivos. Em outras palavras, se aquela situação ocorre havendo normas, o que se esperar de um cenário onde ideologias por trás da desregulamentação tenham prevalecido?

Não são raras as denúncias sobre irregularidades e vulnerabilidades laborais que indicariam a ocorrência de trabalho escravagístico, propugnando uma atuação da polícia e do Ministério Público do Trabalho até mesmo em estabelecimentos de grandes corporações e multinacionais instaladas no país, como foi o caso da empresa espanhola Zara amplamente noticiado em 2011⁷, fato que demonstra que o fenômeno do trabalho análogo ao escravo não acontece apenas em locais afastados, isolados, mas mais próximos do que se imagina.

Entretanto, a situação é geralmente encontrada em periferias, regiões mais pobres e em áreas isoladas, onde o Estado encontra dificuldades para alcançar. Esse problema, diante da violação de Direitos Humanos, já ensejou, por exemplo, a responsabilização internacional do país, ao menos em duas situações notórias, a primeira do lavrador José Pereira consubstanciado no caso n. 11.289 e a segunda a da Fazenda Brasil Verde sob o caso n. 12.066 na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Ambas ocorridas no interior do Estado do Pará.

O caso de José Pereira foi relatado à CIDH através de petição proposta em 1994 pelos peticionários Américas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), acusando o Brasil de negligência e omissão, com a consequência de se lhe ter violado, entre outros, os direitos de liberdade (art. 1º) e de

⁶ Ficha informativa sobre Direitos Humanos n. 14 do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos – CNUDH, que trata das formas contemporâneas de escravatura, mencionando o trabalho infantil e a servidão por dívida como uns dos maiores problemas referentes ao trabalho análogo ao escravo.

⁷ A título de exemplo, a notícia veiculada na revista Veja da época: <<http://veja.abril.com.br/economia/marca-zara-esta-envolvida-em-denuncia-de-trabalho-escravo/>>.

ter um trabalho digno e remunerado (art. 14) da Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem de 1948, de proibição de escravidão e servidão (art. 6º) e de ter garantias judiciais protetivas (art. 8º) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. A situação de José Pereira era que este havia sido aliciado em fins da década de 80, quando tinha 17 anos, para trabalhar na Fazenda Espírito Santo através de falsas promessas de condições de trabalho e remuneração, porém, ao chegar no local, acabara se vendo em situação de escravidão junto a vários outros trabalhadores, sob constante ameaça de morte caso tentassem fugir. Não lhe restando alternativa, empreendeu a fuga, porém foi alvejado por tiros. Na ocasião, seus algozes pensaram que ele havia morrido, vez que se fingiu de morto, única forma encontrada para conseguir às duras penas a própria liberdade.

Assim, embora o Estado brasileiro tivesse recebido inúmeras denúncias a respeito da prática ilegal de trabalho análogo ao escravo naquela região do Estado do Pará, não providenciou medidas preventivas em tempo hábil para preveni-la, sendo omissis e, portanto, reconhecendo a própria responsabilidade perante a CIDH. O caso de José Pereira acabou sendo amistosamente solucionado mediante o pagamento de indenização e o compromisso de o Estado brasileiro promover modificações nas legislações trabalhista e penal para assegurar uma melhor proteção jurídica de trabalhadores, bem como fortalecer o Ministério Público do Trabalho e as medidas de fiscalização, conforme atesta o Relatório n. 95/03 da CIDH. No ponto de modificações legislativas, Scaff (2010, p. 208) lembra, que para o caso, houve a proposta da PEC n. 438/01, que incluía no art. 243 da Constituição Federal de 1988 a expropriação de terras para os casos em que se verifique a ocorrência de trabalho análogo ao escravo – o que de fato veio a lume em 2014, com a Emenda Constitucional n. 81.

O caso Fazenda Brasil Verde, como sintetiza Dias (2016, p. 74-76), apresentou as mesmas características do caso José Pereira, inclusive envolvendo os mesmos petionários, localização e período de ocorrência dos fatos (Pará, fins da década de 80 e início da 90), teor das acusações, dos dispositivos de Direitos Humanos tidos por violados, para a CIDH, com a diferença de que não houve solução amistosa,

tendo sido o caso remetido para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, representando assim o primeiro caso de temática de exploração de trabalho escravo a ser julgado por esse órgão da OEA.

Perante esses casos, Nascimento (2014, p. 966-976) já apontara que o Brasil, dentro do cenário internacional, está entre os países com os maiores índices de trabalho análogo ao escravo, muito embora possua, em sua opinião, órgãos eficientes no combate e prevenção a essa situação, como a força tarefa do Ministério Público do Trabalho (MPT), mas a maior dificuldade está na fiscalização de locais empregatícios onde o fato, se ocorrente, é ocultado e cujos empregados não sentem veemência em denunciar (ou simplesmente não conseguem, por estarem “agrilhoados” no local), assim, sem conhecimento o Estado não consegue atuar para resguardá-los, além de encontrar certa dificuldade no próprio conjunto normativo do Direito do Trabalho para circunscrever o problema.

Nesse sentido, o nobre doutrinador aduzia que nem mesmo a legislação brasileira, ao menos na seara jurídica trabalhista, parece esclarecer o que vem a ser esse contexto de vulnerabilidade do trabalhador que se reveste como trabalho análogo ao escravo, até para efetivar a proibição existente nas diversas cartas jurídicas de Direitos Humanos (ex. art. 6º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e 4º da Declaração Universal de Direitos Humanos). É porque a norma objetiva mais próxima disso é aquela disposta no art. 149 do Código Penal brasileiro⁸, onde se encontra rubricado o crime de redução a condição análoga à de escravo, sem, no entanto, estabelecer quaisquer efeitos trabalhistas protetivos interessáveis à operação do Direito do Trabalho, ou mesmo que pudesse ser objeto de uma eventual desregulamentação obreira, como preconizado pelas ideologias neoliberais já mencionadas.

⁸ Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Nascimento (2014) lembrava, no entanto, haver dois pressupostos normativos que identificavam e caracterizavam o trabalho análogo ao escravo, com vistas a circunscrever o primado da proteção laboral: o primeiro, a Instrução Normativa Inter Secretarial n. 1/94 editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que aduz:

[...] Constitui-se forte indício de trabalho forçado a situação em que o trabalhador é reduzido à condição análoga a de escravo por meio de fraude, dívida, retenção de salários, retenção de documentos, ameaças ou violência que impliquem no cerceamento da liberdade dele ou de seus familiares, em deixar o local onde presta seus serviços, ou mesmo quando o empregador se negar a fornecer transporte para que ele se retire do local para onde foi levado, não havendo outros meios de sair em condições seguras, devido às dificuldades de ordem econômica ou física da região. (NASCIMENTO, 2014).

O segundo pressuposto normativo encontra guarida no Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT, relativo aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, decorrente da 89ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, onde se indica como trabalho forçado a contratação coercitiva, que impossibilita ao empregado abandonar o ambiente de trabalho estabelecido pelo empregador física ou (i)legalmente, e que não deve ser confundido com o trabalho mal remunerado ou que apresenta certa periculosidade própria da atividade exercida, tendo como público vulnerável as mulheres, minorias étnico-raciais, migrantes, crianças e em situações de pobreza extrema, o que confirma o entendimento acostado na Ficha informativa sobre Direitos Humanos n. 14 do ACNUDH, em que se atesta esse mesmo perfil das vítimas.

Em outras palavras, Nascimento (2014, p. 975-976) chamava atenção para o fato de o trabalho análogo ao escravo ser aquele em que se qualifica um tipo específico de relação empregatícia entre trabalhador e empregador, envolvendo nichos específicos de pessoas vulneráveis que ficam impossibilitadas de saírem daquela situação por espontânea vontade, sendo vitimadas por imposições de sanções que não encontram qualquer respaldo ou licitude em normas trabalhistas, ou como apontava o doutrinador, uma situação de:

[...] constrangimento no recrutamento, o trabalho forçado no seu desenvolvimento, a restrição à liberdade do prestador de se desligar da situação que se formou, direta por meios físicos ou morais, ou indireta em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto com o fim de retê-lo no local de trabalho, pela apreensão de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, para mantê-lo, contra a sua vontade, na situação subjugada em que ele ou seus familiares se encontram.

Assim, esclarecida a posição de vulnerabilidade dos trabalhadores no que se refere ao trabalho análogo ao escravo, fica evidente a periculosidade de visões político-ideológicas que procuram ocasionar uma mudança mais incisiva na sociedade, ou seja, que tencionam modificar as relações socioeconômicas para cumprir uma agenda específica, claramente anti-laboral, pró-empregador e minarquista, que tem como escopo a mitigação da presença do Estado, notadamente na economia e nas relações de emprego, para promover um capitalismo *laissez-faire*, um retorno ao período de conturbações sociais oitocentistas, que, em poucas palavras, diz Feliciano (2013, p. 145-148) representar um verdadeiro retrocesso social. Isso diante da assertiva exemplificada do caso José Pereira, em que se constata o compromisso do Estado brasileiro com as Convenções e Tratados de Direitos Humanos que ratificou, no sentido de legislar e aprimorar a legislação trabalhista interna para coibir o desequilíbrio nas relações de trabalho, objetivando-se evitar a ampliação de situações análogas à escravidão.

Como já se ressaltara, a desregulamentação do Direito do Trabalho faz parte da agenda neoliberal, a qual não propõe soluções alternativas factíveis e executáveis que pudessem evitar o recrudescimento da desigualdade e do desequilíbrio entre as partes laborais, empregado e empregador, com o fito de se combater os abusos do poder econômico e preservar a dignidade do trabalhador. Em outras palavras, é a verdadeira coisificação da força de trabalho e do próprio trabalhador, que ante a ausência do poder estatal para solucionar eventuais problemas mantidos com seu empregador, até por estar em situação de hipossuficiência, torna-se mero insumo mercadológico, correndo, portanto, o risco de ter inclusive a sua liberdade não apenas física, mas também mental, cerceada pelos grilhões das jornadas de trabalho

exaustivas, muitas vezes sem qualquer alternativa, porquanto aprisionado pelas circunstâncias.

Eis a razão de se afirmar a hipótese de que a desregulamentação do Direito do Trabalho apenas ensejaria a proliferação de trabalhos análogos ao escravo, submetendo o Estado a uma violação constante dos Direitos Humanos laborais, posto que o empregado em uma posição fragilizada perante o empregador, precisando escolher entre ter um emprego para sua subsistência ou viver à própria sorte, não teria os meios necessários para equilibrar uma eventual negociação jurídica laboral, portanto, submetendo-se inteiramente ao crivo do senhorio patronal. E se não existem mais normas proibitivas, ao mesmo tempo protetivas, e tampouco um Estado para sopesar os respectivos casos, cabe a retórica: o que impediria a alienação da força de trabalho a jornadas de 16 horas diárias em troca de uma baixíssima remuneração? As resoluções autônomas, se não estiverem proibidas expressamente por normas, não vincula suas partes senão aos próprios desígnios; e ainda que se postule haver a seara penal para coibir as práticas não mais protegidas por um Direito do Trabalho que se encontre desregulado, nada impede que esse próprio processo de desregulamentação seja apenas um passo para a completa desregulamentação da área econômico-trabalhista, ou seja, afastando inclusive o delito tipificado naquele art. 149 do Código Penal acima lembrado.

A história humana recente marca muitos casos assim, de completa ausência de proibição criminal às práticas vultuosas contra a dignidade e existência do ser humano, em nome de se operar um capitalismo *laissez-faire*, bem como, pelo período em apreço, a inexistência de direitos sociais e de um Direito do Trabalho... E qual fora o resultado desastroso desse proceder? O descontentamento societário, ou a vida em sociedade tornada insuportável. As mudanças no mundo jurídico posteriores foram consideradas um progresso porque se atentaram a essas situações, no entanto, como Feliciano (2013, p. 148-149) mesmo aponta, há de tempos em tempos o renascimento de pensamentos que procuram fazer aquelas eras do passado já superadas ressurgirem, com a pretensão de retornar o novel paradigma jurídico progressista ao seu estado ante.

O risco de se retornar trabalhos com características de escravidão, não mais proibidos, é grande perante o cenário desregulamentado. E isso não aconteceria apenas em locais distantes e longe dos olhos cidadãos, mas dentro da própria vizinhança, tal como os casos noticiados de labor análogo ao escravo promovido por grandes empresas dentro de metrópoles, como o da Zara e de muitas outras, tanto no Brasil quanto no mundo. Se já não há respeito pelas normas protetivas existentes, se estas não mais existirem, nada mais limitará tais práticas, quedando-se o Estado em não efetivar os próprios desideratos dos Direitos Humanos, assim, o que hoje é exceção, será neste cenário a regra. Verdadeiro “apocalipse” laboral, sujeitando os trabalhadores a situações degradantes, em evidente precarização.

É por esse motivo que Feliciano (2013, p. 145-149) exorta a necessidade, com a qual corroboramos, de um movimento popular contrário àquelas ideologias que preconizam a flexibilização pelo desregramento do Direito do Trabalho, o que se poderia incluir aí a desregulamentação, porquanto se faz mister a defesa do garantismo social, das conquistas sociais auferidas pelos séculos de transformações pelas quais perpassaram as sociedades, rumo à melhoria da condição humana, não permitindo, assim, que ideais de eras passadas, de um tempo que sequer havia a compreensão, ainda que positivista, de Direitos Humanos, se sobreponham ao progresso social já obtido. Dessa forma, evita-se ou ao menos se coloca em xeque argumentos que possam, uma vez executados, colocar em risco a integridade dos trabalhadores e relega-los a situações similares às das primeiras Revoluções Industriais, ou seja, análogas à escravidão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil ainda se encontra em uma situação de crise ideológica, visto apresentar hodiernamente vários problemas estruturais, seja na economia de forma geral, seja mais especificamente no setor empregatício, na relação entre suas partes laborais, além é claro de todas as dificuldades inerentes a gestão de um país de dimensões continentais, de acentuada desigualdade social e de frágeis bases políticas e democráticas.

Nesse espaço de contexto crítico, invariavelmente, surgem diversas correntes de pensamento propondo soluções derradeiras para se colocar o país no “eixo”, seja através de ideais autoritárias, requisitando-se o retorno de uma ditadura militar, seja, mais por um aspecto econômico, desejando-se a redução da presença do Estado na vida privada e coletiva, em especial, seu completo afastamento da seara de acordos celebrados entre partes para o exercício de um atividade laboral produtiva, na suposição de se promover o desenvolvimento econômico e por via de consequência enriquecendo os próprios trabalhadores, o que seria preceito da tese da desregulamentação do Direito do Trabalho em propagação de um capitalismo *laissez-faire*.

No entanto, acreditamos que as referidas visões ideológicas colocam em descrédito todas as transformações sociais, conquistas democráticas obtidas pela sociedade, e até mesmo pela humanidade sob a forma dos Direitos Humanos, ante os graves problemas sociais já enfrentados no passado. Não é sem motivo que surgiu o Direito do Trabalho, as Constituições Sociais ou mesmo as cartas jurídicas de Direitos Humanos, preservando-se a pessoa humana e a dignidade do trabalhador, não permitindo que fosse tornado um mero objeto e insumo do capital, caso em que se afiguraria como um escravo dos primeiros séculos, propriedade particular de um senhorio, um fetiche obreiro.

Assim, a ideia de se desarticular a legislação protecionista trabalhista de forma definitiva periga em redundar no retorno ao passado, ou seja, representando literalmente um retrocesso social, e colocando o trabalhador novamente naquela situação análoga à escravidão, como sequer fosse um ser humano, mas um animal de carga qualquer.

É bom lembrar que os casos recentes de trabalhadores nessa situação de vulnerabilidade são significativos para informar que se já existindo leis laborais protetivas e Direitos Humanos proibitivos (ex. que vedam a servidão por dívidas), esse conjunto normativo nem sempre é observado... E se quiçá houver o desregulamento do Direito do Trabalho em si? A situação só tenderia a piorar.

Diante disso, exortamos o posicionamento de Feliciano (2013, p. 145-149), reafirmando a necessidade da massa trabalhadora, destinatária de quaisquer reformas e mudanças de paradigmas legais, que se estas estão colocando em risco todas as conquistas obtidas nos séculos anteriores, que se levante e exija democraticamente a manutenção das mesmas e que as mudanças, se necessárias, sejam em direção ao progresso social e não ao retrocesso. É necessário que exijam do Estado brasileiro os compromissos em efetivar os Direitos Humanos para resguardar a toda sociedade a sua dignidade existencial.

REFERÊNCIAS

- ACNUDH. *Direitos humanos: formas contemporâneas de escravidão*. 14. ed. Genebra: Nações Unidas, 2004.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direitos humanos do trabalho: a proteção legal aos direitos fundamentais dos trabalhadores. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 13, n. 76, maio 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- DIAS, Priscila Vazquez. *Trabalho escravo no Brasil: do caso José Pereira ao caso Fazenda Brasil Verde*. 2016. 117 f. Monografia (Graduação) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2017.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2010.
- SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Estudo do caso José Pereira: o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Acadêmica Direitos Fundamentais*, ano 4, n. 4, 2010.
- VASAK, Karel. *As dimensões internacionais dos direitos do homem*. Brasília: Unesco, 1983.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.