

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO

COORDENAÇÃO

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ORGANIZAÇÃO

NAIARA FERREIRA MARTINS
ANA CAROLINA RODRIGUES DE SOUZA SILVA
JOSÉ RAMALHO BRASILEIRO JUNIOR
RAMON FRANCO ARAÚJO DOS SANTOS
EMERSON RICARDO ROSSETTO

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

Coordenação
Lilian Rose Lemos Rocha

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

*ESTADO, SOCIEDADE
E DIREITO*

Organização

Naiara Ferreira Martins
Ana Carolina Rodrigues de Souza Silva
José Ramalho Brasileiro Junior
Ramon Franco Araújo dos Santos
Emerson Ricardo Rossetto

Brasília
2022

CEUB

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB

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

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

CEUB

Documento disponível no link
repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: estado, sociedade e direito. /
coordenador, Lilian Rose Lemos Rocha – Brasília: CEUB: ICPD, 2022.

130 p.

ISBN 978-85-7267-074-6

1. Direito. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – CEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

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

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 impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor ICPD/UniCEUB

APRESENTAÇÃO

A disciplina “Estado, Sociedade e Direito” da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do CEUB tem como intuito despertar a reflexão crítico-analítica da transversalidade jurídica. Assim, pensar sob a ótica transversal exige, tanto do corpo discente quanto do corpo docente, a integração de saberes e sistemas para a articulação de novos conhecimentos, o aprimoramento dos argumentos e a visão menos segmentada do campo do Direito.

Em meio à contínua complexidade desenvolvida pelo Estado e pela sociedade, nota-se o fundamental papel do Direito na articulação de contrários a partir do diálogo de diversos campos e na própria movimentação da complexidade que se faz pela operacionalização de instrumentos de áreas distintas na compreensão de que não existe uma única realidade. O diálogo transversal, portanto, demonstra intrínseco à matriz disponibilizada por meio da disciplina “Estado, Sociedade e Direito”, que foi fruto de intensos debates e reflexões no segundo semestre de 2021.

Em conjunto ao exposto, outro instrumento analítico que atravessou a ótica de interpretações e diálogos debatidos relaciona-se à pandemia mundial gerada pelo coronavírus (Covid-19), vírus Sars-Cov-2 e novas variantes. Percebida como um dos maiores desafios mundiais da humanidade no presente tempo, a pandemia foi incluída como lente perceptiva de análise do impacto gerado no Estado, na Sociedade e no redesenho do próprio Direito.

Corroborando para a intensa discussão em sala de aula, os/as estudantes da disciplina realizaram a articulação desses diversos saberes a fim de produzir novos diálogos jurídicos a partir do contexto atual percebido e vivido no cenário brasileiro. A seguir, alguns destes trabalhos (artigos) foram selecionados com o objetivo de contribuir para a disseminação do conhecimento no intuito de que a Educação Superior deve “estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo”, em consonância com o artigo 43, inciso III da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996).

Desse modo, nenhum trabalho busca esgotar os saberes e diálogos sobre o tema que aborda. Pelo contrário, cada estudante teve a missão de iniciar um discurso interpretativo sobre as relações do Estado, Sociedade e Direito a fim de convidar o leitor e a leitora a mergulharem em reflexões atuais e estimulantes em relação às novas repercussões no campo jurídico.

Por fim, a produção escrita consubstanciada nos artigos de cada discente reflete o ambiente de discussões plurais proporcionado em sala de aula. Com isso, os artigos buscam identificar o novo procedimento analítico da capacidade estatal frente às variantes dinâmicas institucionais e sociais, exigindo a adaptabilidade do Direito que insurge uma alteração de paradigma.

Professora Me. Naiara Ferreira Martins

.

SUMÁRIO

A DIGNIDADE HUMANA E O TRATAMENTO ÉTICO AOS ANIMAIS: UMA PERSPECTIVA SOBRE O DIREITO DOS ANIMAIS	07
---	-----------

Ana Carolina Coelho Santos

O ESTADO BRASILEIRO NO RESGUARDO DA SAÚDE PÚBLICA DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19: OBRIGAÇÕES E OBSTÁCULOS	31
--	-----------

Caroline Rabelo Corrêa

PANDEMIA E REPERCUSSÕES JURÍDICAS EM GRUPOS VULNERÁVEIS: CRISE DO PRINCÍPIO DE ACESSO À JUSTIÇA	53
--	-----------

Deivinson Alves Lopes

A DIGNIDADE E PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA EM RELAÇÃO AO TRABALHO INFANTIL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SUA ERRADICAÇÃO	71
--	-----------

Iasmim Aparecida de Mesquita Oliveira

GUERRA ÀS DROGAS: ANÁLISE CRÍTICA DAS POLÍTICAS PROIBICIONISTAS ENQUANTO INSTRUMENTOS DE REDUÇÃO À CRIMINALIDADE E AO CONSUMO DE DROGAS	91
--	-----------

Marcelo Lanna Melo Lisboa

A SAÚDE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA EM TEMPOS DE PANDEMIA	108
--	------------

Maycon Douglas de Miranda Silva

A DIGNIDADE HUMANA E O TRATAMENTO ÉTICO AOS ANIMAIS: UMA PERSPECTIVA SOBRE O DIREITO DOS ANIMAIS

Ana Carolina Coelho Santos¹

RESUMO

Segundo o princípio da igual consideração, forma defensável da igualdade humana, devem ser sopesados igualmente todos os interesses semelhantes. O interesse surge a partir da senciência, pois a partir dela pode-se buscar prazer e evitar dor. Animais são seres sencientes, assim como os seres humanos. Diversos ordenamentos jurídicos vêm reconhecendo essa característica dos animais, de modo que aceitam a potencialidade dos interesses dos animais, os quais, caso constatados, devem ser sopesados de modo igual a de outros seres sencientes, como os seres humanos, sob pena de recair-se em arbitrariedade, fundada no especismo. O Poder Judiciário da Colômbia e do Brasil, em recentes decisões, analisaram a dignidade humana sob uma nova perspectiva, a fim de evitar a crueldade contra os animais, passando a considerar a necessidade de um comportamento ético-moral a ser seguido pelos seres humanos quando em contato com outros seres sencientes, ou seja, animais não humanos; e a possibilidade de os animais estarem abarcados pelo conceito de dignidade, tendo valor intrínseco. Esse artigo, por meio de uma pesquisa descritiva e qualitativa, conjugando métodos de revisão bibliográfica e jurisprudencial, tem por ambição verificar se essa nova perspectiva da condição de dignidade humana corrobora a necessidade de reconhecimento do direito aos animais. Para tanto, primeiro é analisada a igualdade humana e seus fundamentos, passando-se à verificação da condição de senciência dos animais não humanos em diversos ordenamentos jurídicos e se isso poderia impactar o status jurídico dos animais. Por fim, examinam-se esses novos espectros da dignidade humana trazida em decisão da Corte Constitucional Colombiana e do Superior Tribunal de Justiça, para, enfim, constatar o impacto desse novo espectro para um possível reconhecimento do direito dos animais, ou seja, os animais como sujeitos de direito.

Palavras-chave: Direito dos animais. Senciência. Dignidade Humana.

¹ Especialista em Direitos Sociais, Ambientais e do Consumidor pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD. Aluna do curso de Pós-graduação Lato Sensu de Novas Tendências do Direito Público do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD. Advogada. E-mail: anacs92@gmail.com

ABSTRACT

According to the principle of equal consideration, a defensible form of human equality, all similar interests must be balanced equally. Interest arises from sentience, because from it, it's possible to seek pleasure and avoid pain. Animals are sentient beings, just like humans. Several legal systems have recognized this characteristic of animals, so that they accept the potential of the interests of animals, which, if found, must be weighed in the same way as with other sentient beings, such as human beings, under penalty of resorting to arbitrariness, founded on speciesism. The Judiciary Power of Colombia and Brazil, in recent decisions, analyzed human dignity from a new perspective, to avoid cruelty to animals, starting to consider the need for an ethical-moral behavior to be followed by human beings when in contact with other sentient beings (non-human animals); and the possibility of animals being embraced by the concept of dignity, having intrinsic value. This article, through a descriptive and qualitative research, combining bibliographic and jurisprudential review methods, aims to verify whether this new perspective of the condition of human dignity supports the need to recognize the rights of animals. For that, first, human equality and its foundations are analyzed, passing to the verification of the sentience condition of non-human animals in different legal systems and how this could impact the legal status of animals. Finally, it is examined these new specters of human dignity brought in decisions by the Colombian Constitutional Court and the Brazil Superior Court of Justice, to, finally, verify the impact of this new specter for a possible recognition of the rights of animals.

Keywords: Animal rights. Sentience. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

A igualdade dos seres humanos é um preceito presente em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro. Referido princípio não tem por base declarar que todos os seres humanos detêm as mesmas características, mas sim, que eles merecem igualdade de tratamento. Essa igualdade, contudo, não terminará em um tratamento igual apenas, mas também em um tratamento distinto para aqueles que são diferentes, de modo que, com base na consideração dessas características individuais, se chegue à uma igualdade de oportunidades e satisfação de direitos.

Referida igualdade encontra guarida no princípio da igual consideração, segundo o qual, serão sopesados igualmente os interesses de cada indivíduo, de modo que, se alguém tiver um interesse distinto, esse será considerado, o que poderá levar a um tratamento desigual, a fim de que esse interesse seja respeitado.

O interesse decorre da condição de senciência dos seres, eis que a partir da capacidade de sentir, passará a existir a intenção de evitar dor ou buscar prazer, o

que recairá em um interesse. Essa condição essencial a deter interesse, a senciência, é compartilhada com os animais, que vêm sendo reconhecidos como seres sencientes em diversos ordenamentos jurídicos, como França, Portugal, Colômbia, dentre outros.

O reconhecimento jurídico dessa característica, por consequência, recai na admissão de que os animais são seres com potencial de ter interesses, de modo que, caso verificado o interesse, merece esse ser sopesado igualmente. Tendo em vista que os interesses dos homens são resguardados em lei, com a atribuição de direitos e mediante o status de sujeito de direito, deveria ser equivalente para os animais, tendo em vista que compartilham da característica de ser senciente, único requisito necessário para ter interesses e que figura como único limite defensável para a igualdade humana, eis que o único que não precisa ser flexibilizado para abarcar todos os seres humanos.

Contudo, o tratamento jurídico conferido aos animais é distinto, eles figuram como bens semoventes, ou seja, coisas e não sujeitos de direito, o que leva à uma desigualdade no sopesamento dos interesses dos animais com os seres humanos, o que pode inviabilizar, inclusive, a proteção dos animais e seus interesses. Isso pode até ruir o fundamento da igualdade entre os homens, no plano ético, de modo que essa igualdade poderá restar sujeita a arbitrariedades.

Por outro lado, em decisões recentes, o Poder Judiciário colombiano e brasileiro reconheceram novos aspectos da dignidade humana, de todo ser senciente ser tratado com dignidade por aquele que tem sua dignidade reconhecida e, também, ampliou-se o conceito de dignidade de modo a abarcar os animais, o que poderá impactar no reconhecimento do direito dos animais e do seu status de sujeito de direito, de modo que o princípio da igual consideração seja respeitado, considerando-se igualmente seus interesses.

Sendo assim, mediante a análise dos fundamentos da igualdade humana, do princípio da igual consideração e da senciência, do reconhecimento dessa característica por alguns ordenamentos jurídicos, bem como da lacuna jurídica que existe ao se sopesarem os interesses dos animais e seres humanos, seus fundamentos e consequências, e, ainda, dos fundamentos das decisões mencionadas do Poder

Judiciário colombiano e brasileiro, pretende-se verificar se essas decisões podem impactar no reconhecimento do direito aos animais e do seu status jurídico de sujeito de direitos. Para isso foi empregado um método qualitativo, analítico e descritivo.

O tema é matéria de extrema importância por abarcar mudanças jurídicas recentes no ordenamento jurídico de alguns países, por colocar em voga a fundamentação da igualdade humana e o tratamento dado aos animais, bem como os valores ético-morais que amparam esse tratamento e decisões judiciais recentes, que revisam o conceito de dignidade humana, de modo a merecer estudo, eis que poderá trazer esclarecimentos e questionamentos sobre o comportamento do homem perante o animal-não humano e seus iguais, bem como em relação à característica essencial para o sopesamento dos interesses, qual seja, a senciência, que o homem compartilha com os animais não-humanos.

2 DA IGUALDADE, SEUS FUNDAMENTOS ÉTICOS E DO PRINCÍPIO DA IGUAL CONSIDERAÇÃO

A igualdade de todos os seres humanos é prevista em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro, em sua Carta Maior. Conforme dispõe o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”². Assim, o direito à igualdade, segundo a ordem constitucional, é aquele que garante o igual reconhecimento pela lei, de modo que o princípio da igualdade não configura uma constatação de que todos os homens detêm as mesmas capacidades ou características, ou seja, de que são iguais, mas sim que a lei os sopesará da mesma forma.

Nesse ponto, pontua Singer, no plano da ética, que o princípio da igualdade acaba por ser uma prescrição de como devemos tratar os seres humanos, de tal modo que “o princípio da igualdade não é a descrição de uma suposta igualdade de fato

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

existente entre os seres humanos”³, não se afirma um fato, é, na realidade, uma ideia moral de igual tratamento.

Diversos foram os fundamentos éticos buscados para legitimar e fundamentar esse tratamento de igualdade entre os seres humanos, como por exemplo, racionalidade, inteligência, capacidade moral e autoconsciência. Entretanto, segundo leciona Singer, a utilização de qualquer um desses critérios acabaria por ser arbitrário e, antes disso, teria que ser flexibilizado⁴ para que igual tratamento fosse outorgado a todos os seres humanos. Explica-se.

No caso da capacidade moral, nota-se que essa se trata de uma questão de grau, eis que “em termos gerais, algumas pessoas são extremamente sensíveis a questões de justiça e ética; outras, por uma multiplicidade de razões, têm somente uma consciência limitada desses princípios”⁵. De tal modo, terminar-se-ia por ser necessário traçar um grau mínimo de moralidade para que as pessoas restassem abarcadas pelo princípio da igualdade; sendo possível, portanto, que alguns não usufruíssem dessa igualdade.

Ademais, “bebês, crianças pequenas e seres humanos portadores de graves deficiências mentais carecem do necessário senso de justiça”⁶, de modo a constatar que “nem todos os seres humanos são pessoas morais”⁷, o que restaria por deixá-los à margem dessa igualdade. Sendo assim, para que todos os seres humanos fossem abarcados pela igualdade, o fundamento da capacidade moral teria que ser flexibilizado.

No caso da racionalidade, inteligência e autoconsciência, é fácil constatar o mesmo. Bebês, crianças e portadores de deficiência mentais graves não detém a mesma racionalidade, inteligência e autoconsciência da maior parte dos seres humanos adultos. E, até mesmo, entre os seres humanos adultos pode existir uma diferença entre o grau de racionalidade e inteligência. Desse modo, utilizando-se qualquer um desses fundamentos, seria inviável que o princípio da igualdade

³ SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 9

⁴ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 42.

⁵ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 42.

⁶ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 42.

⁷ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 42.

abarcasse todos os seres humanos sem precisar ser flexibilizado, eis que o critério para sua existência se manifestaria em graus diferentes em cada ser⁸.

Verifica-se, portanto, a necessidade de flexibilização desses fundamentos para que o princípio da igualdade abarcasse todos os seres humanos de igual maneira.

Quanto à arbitrariedade, para que se passe à sua análise, deve-se, primeiramente, elencar que, no plano da ética, novamente visitando Singer, o princípio básico da igualdade não impõe um tratamento idêntico de fato, mas sim uma igual consideração, o que poderá recair, inclusive, em tratamentos e direitos distintos, no caso de se considerarem igualmente interesses de seres distintos⁹.

No âmbito legal, verifica-se que a igualdade pode ser dividida em igualdade formal e igualdade material. A igualdade formal é aquela que impõe um tratamento igual perante a lei, ou seja, todos serão tratados igualmente, o que pode ser verificado no art. 5º, *caput*, da Carta Magna. Contudo, a igualdade não estaria de fato sendo aplicada caso se restringisse a isso, de modo que serão tratados desigualmente as pessoas diferentes, momento em que nos deparamos com a igualdade material, que consiste exatamente na consideração das características individuais dos seres, nas suas diferenças, para que tenham as mesmas oportunidades e seus direitos satisfeitos¹⁰. Em outras palavras, a igualdade material comporta que aqueles que tenham interesses distintos também tenham esses interesses sopesados, o que corrobora o posicionamento acima elencado, sobre abarcar tratamentos distintos a pessoas com interesses diferentes.

Assim, percebe-se que o ordenamento jurídico comporta o princípio da igual consideração para se chegar à aplicação do princípio da igualdade. Nesse ponto, afirma-se que “a essência do princípio da igual consideração está em atribuímos, em nossas deliberações morais, o mesmo peso aos interesses semelhantes de todos os que são atingidos por nossos atos”¹¹.

⁸ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

⁹ SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁰ PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Método, 2019.

¹¹ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 45.

Interesses, por sua vez, surgem a partir da senciência, capacidade de experimentar prazer ou dor, figurando como condição prévia para que se tenha direito à igual consideração, conforme leciona Singer:

A capacidade de sofrer e de sentir prazer é um pré-requisito para um ser ter interesse, uma condição que precisa ser satisfeita antes que possamos falar de interesses de maneira compreensível. Seria um contrassenso afirmar que não é do interesse de uma pedra ser chutada na estrada por um menino de escola. Uma pedra não tem interesses porque não sofre. Nenhum modo de atingi-la fará diferença para o seu bem-estar. A capacidade de sofrer e de sentir prazer, entretanto, não apenas é necessária, mas também suficiente para que possamos assegurar que um ser possui interesses – no mínimo, o interesse de não sofrer. Um camundongo, por exemplo, tem interesse em não ser chutado na estrada, pois, se isso acontecer, sofrerá¹².

Nessa vereda, todo aquele que experimenta prazer ou dor deve ter seu interesse sopesado. Caso um ser não tenha a capacidade de sofrer ou experimentar prazer, não há interesse a ser sopesado. Desse modo, “o princípio da igual consideração de interesses não permite que nossa presteza em considerar interesse dos outros dependa das aptidões ou de outras características destes, excetuando-se a características de ter interesses”¹³.

Assim sendo, o princípio da igual consideração figura como uma forma defensável da igualdade dos seres humanos, pois segundo ele “não existe nenhuma razão de lógica imperiosa que nos leve a pressupor que uma diferença de capacidade entre duas pessoas justifique a diferença na consideração que atribuímos a seus interesses”¹⁴, o que difere de todos os outros critérios anteriormente elencados para fundamentar a igualdade (racionalidade, capacidade moral, inteligência, etc.), os quais acabam por figurar como arbitrários, eis que não se balizam na característica da qual decorre o interesse a ser sopesado, qual seja, a senciência.

Portanto, conclui-se que a senciência é o único limite defensável para que se sopesem os interesses alheios, pois é dela que decorre a capacidade de ter interesse, não sendo necessário que seja flexibilizado para comportar todos os seres humanos. Ademais, sobre a igualdade entre os seres humanos, verificou-se que o princípio da

¹² SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 13.

¹³ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 46/47.

¹⁴ SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 44.

igual consideração figura como uma forma defensável desta igualdade, tendo em vista que comporta exatamente aquilo que prescreve a igualdade formal e material.

3 O RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE SER SENCIENTE DO ANIMAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Conforme delineado anteriormente, o princípio da igual consideração é uma forma defensável do direito à igualdade dos seres humanos. Segundo referido princípio, serão sopesados os interesses de todos os atingidos por uma determinada ação, sem distinção de características físicas ou mentais. O interesse, por sua vez, decorre da capacidade de sentir prazer ou dor, ou seja, da senciência. Assim, quando alguém puder ser afetado por uma ação, seja por visar a um prazer ou para evitar uma dor, essa pessoa passará a ter um interesse, o qual merecerá ser sopesado.

A senciência, conquanto, não é um atributo exclusivo dos seres humanos. Essa característica é dividida com os outros animais, o que vem sendo reconhecido em diversos ordenamentos jurídicos do mundo.

Na França, em 2015, a senciência do animal, capacidade de experimentar prazer ou dor, restou acolhida pelo ordenamento jurídico. Houve uma mudança no código civil, de modo que o artigo 528, que considerava o animal como um bem móvel, foi retirado do ordenamento jurídico¹⁵, passando o animal a ostentar o status jurídico de ser vivo dotado de sensibilidade, conforme artigo 515-14 do Código Civil¹⁶.

Portugal, por seu turno, reconheceu os animais como seres sencientes em seu Código Civil em 2017, mediante a aprovação da Lei nº 8/2017, fazendo constar no

¹⁵ 30 MILLIONS D'AMIS. **Statut juridique: les animaux reconnus définitivement comme des êtres sensibles dans le Code civil (Vidéo)**, 2015. Disponível em: <http://www.30millionsdamis.fr/actualites/article/8451-statut-juridique-les-animaux-reconnus-definitivement-comme-des-etres-sensibles-dans-le-code/>. Acesso em: 27 nov. 2021.

¹⁶ FRANÇA. **Código Civil**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006090204/#LEGISCTA000006090204. Acesso em: 27 nov. 2021.

referido diploma legal que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”¹⁷.

Por sua vez, a Colômbia, em 2016, mediante a Lei 1774, reconheceu que os animais não são coisas e sim seres sencientes, instituindo que receberiam especial proteção contra seu sofrimento ou dor, especialmente, quando causadas de forma direta ou indireta pelos seres humanos¹⁸.

Ainda sobre a Colômbia, na Sentença C-666/10, foi analisada a constitucionalidade do art. 7º da Lei 84 de 1989. Referido dispositivo excepcionava a proteção contra maus tratos aos animais, presente na lei colombiana, quando realizados espetáculos que utilizam animais, como nas touradas e brigas de galos¹⁹. Ao analisar o caso, a Corte Constitucional Colombiana findou por condicionar a sua vigência a algumas situações, dentre elas, que os animais deveriam receber proteção especial contra o sofrimento e dor e que os comportamentos cruéis deveriam ser amenizados ou mitigados no futuro; que somente poderiam ocorrer em lugares com tradição regular, ininterrupta e periódica; e que essas atividades seriam as únicas dispensadas do dever constitucional de proteção aos animais²⁰.

Sobre essa decisão merece destaque o fato de que referida corte, durante a fundamentação da decisão, entendeu que a proteção conferida à fauna superava a sua visão como recurso, reconhecendo a sciência e valor intrínseco do animal, sem a necessidade de ser validado pelo ser humano (por servir como recurso). Ademais, restou expresso que existe um parâmetro de comportamento que deve ser seguido para com os animais, o que será melhor analisado posteriormente. Confira-se sobre o reconhecimento do valor intrínseco e sciência do animal:

¹⁷ PORTUGAL. **Lei nº 8/2017, de 03 de março de 2017**. Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/8-2017-106549655>. Acesso em: 28 nov. 2021.

¹⁸ COLÔMBIA. **Ley nº 1774, de 6 de enero de 2016**. Por médio de la cual se modifican el código civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones. Disponível em: https://www.comisionprimerasenado.com/index.php?option=com_joobdb&task=getFileFromBlob&jooobase=7&id=125&field=ver_ley. Acesso em: 28 nov. 2021.

¹⁹ COLÔMBIA. **Sentença C-666/10, de 30 de agosto de 2010**. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>. Acesso em: 27 nov. 2021.

²⁰ COLÔMBIA. **Sentença C-666/10, de 30 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

Nesse sentido a Corte ressalta que o conceito protegido como parte do meio ambiente é o de fauna, sendo esta ‘o conjunto de animais de um país ou região’; a proteção supera a visão anacrônica dos animais como coisas animadas, para reconhecer a importância que os animais têm dentro do ambiente em que as pessoas vivem, não simplesmente como fontes de recursos úteis para o homem, mas como seres sencientes que fazem parte do contexto no qual ocorre a vida dos principais sujeitos do ordenamento jurídico: os seres humanos. (trad. livre)²¹

O Brasil, apesar de não contar com legislação específica a respeito do tema, tem Projeto de Lei em trâmite para reconhecer legalmente a senciência dos animais. Referida proposta sustenta como um dos objetivos fundamentais da lei, “o reconhecimento de que os animais possuem personalidade própria oriunda de sua natureza biológica e emocional, sendo seres sensíveis e capazes de sofrimento”²².

A proposta legislativa iniciou seu trâmite na Câmara dos Deputados em novembro de 2013, sob o nº 6799/2013²³, e propunha um regime jurídico especial para os animais domésticos e silvestres, tornando inaplicável a disposição do artigo 82 do Código Civil, outorgando-lhes a natureza jurídica *sui generis*, de modo que os animais passariam a gozar do status jurídico de sujeitos de direito despersonalizados, podendo, no caso de violação, contar com tutela jurisdicional. Restaria, ainda, vedado o seu tratamento como coisa²⁴.

Válido salientar, nesse ponto, que atualmente os animais possuem o status jurídico de bem semovente, conforme artigo 82 do Código Civil, ou seja, os animais

²¹ “En este sentido resalta la Corte que el concepto protegido como parte del ambiente es la fauna, siendo ésta “el conjunto de animales de un país o región”[8]; la protección que se deriva de la Constitución supera la anacrónica visión de los animales como cosas animadas, para reconocer la importancia que éstos tienen dentro del entorno en que habitan las personas, no simplemente como fuentes de recursos útiles al hombre, sino en cuanto seres sintientes que forman parte del contexto en que se desarrolla la vida de los principales sujetos del ordenamiento jurídico: los seres humanos.” COLÔMBIA. **Sentença C-666/10, de 30 de agosto de 2010.** Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

²² BRASIL. Câmara dos deputados. **PL 6799/2013.** p.1. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509. Acesso em: 28 nov. 2021.

²³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6054/2019** (No Anterior PL: 6799/2013). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/601739>. Acesso em: 28/11/2021.

²⁴ BRASIL. Câmara dos deputados. **PL 6799/2013.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509. Acesso em: 28 nov. 2021.

são considerados coisas²⁵, o que restaria superado com a aprovação da proposta legislativa. Além disso, cabe mencionar que a Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, inciso VII, veda as práticas que submetam os animais a crueldade²⁶, sendo certo que apenas pode ser submetido a ato cruel aquele capaz de sentir dor, pois o cruel se consubstancia como aquele que “se compraz em fazer o mal, em atormentar”²⁷, “doloroso”²⁸.

No âmbito do Senado Federal, o projeto de lei foi aprovado com emenda que excluiu a tutela jurisdicional acima mencionada “aos animais que são empregados na produção agropecuária, pesquisa científica e aos animais que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro”²⁹, resguardando-se, contudo, sua dignidade. Agora, proposta segue em análise na Câmara dos Deputados³⁰.

Ademais, em decisões do Supremo Tribunal Federal, já se verificou reconhecida a senciência dos animais. A título de exemplo, tem-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983, que declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 15.229, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural, por violação à vedação à crueldade aos animais prevista no texto constitucional. Foi destacado, no julgamento, pelo Ministro Roberto Barroso que a senciência seria o único atributo necessário para a consideração dos interesses dos animais, logo, o interesse de não sofrer dos sencientes deveria ser assegurado³¹. Ou seja, reconhece-se a senciência do animal e seu valor intrínseco.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 10.405, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

²⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **MiniAurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2008. p. 278.

²⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **MiniAurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2008. p. 278.

²⁹ BRASIL. Senado Federal. **Emenda nº 3 - PLEN** (ao PLC 27/2019). p. 5. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7987513&disposition=inline>. Acesso em: 28 nov. 2021.

³⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6054/2019** (No Anterior PL: 6799/2013). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/601739>. Acesso em: 28 nov. 2021.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 4983/CE**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em:

Nessa vereda, verifica-se um movimento de reconhecimento da condição de seres sencientes dos animais em diversos ordenamentos jurídicos do mundo. E, na medida em que a condição de senciência é o pressuposto para ter interesse, e se acolhe legalmente essa característica dos animais, reconhece-se também a possibilidade de os animais terem interesses sopesados legalmente. Assim, caso se verifique um interesse relevante, esse deverá ser sopesado juridicamente.

4 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUAL CONSIDERAÇÃO AOS ANIMAIS E SUA NECESSÁRIA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA.

Na medida em que o ordenamento jurídico passa a reconhecer a senciência dos animais, acolhe-se a ideia de que eles potencialmente detêm interesses, haja vista que a senciência é a única característica necessária para tanto. Dessa maneira, caso reste verificado o interesse, merecerá ser considerado igualmente, conforme prescreve o princípio da igual consideração, o qual, conforme já visto, é base defensável da igualdade dos seres humanos.

Os interesses mais caros aos seres humanos são sopesados e prescritos em lei, mediante a atribuição de direitos, de modo que eles detêm o status jurídico de sujeito de direito, ou seja, de detentor de direitos. Dessa forma, com base no princípio da igual consideração, figura como um imperativo ético-moral que aos animais sejam outorgados direitos e um status jurídico condizente com seus interesses, qual seja, de sujeitos de direito, eis que é dessa forma que se sopesam os interesses humanos mais estimados e deveriam ser também o dos animais.

Válido, ainda, pontuar que isso não implicaria um tratamento igual ou idêntico, mas sim uma consideração igual dos interesses, o que, conforme já visto, pode resultar em direitos e tratamentos distintos. Exemplifica Singer sobre essa ponderação:

O que nossa preocupação ou consideração exige que façamos pode variar de acordo com as características daqueles que são afetados com aquilo que fazemos: a preocupação com o bem-estar de crianças em fase de crescimento nos Estados Unidos

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 28 nov. 2021.

exigiria que as ensinássemos a ler; a preocupação com bem-estar de porcos exigiria apenas que os deixássemos com outros porcos num lugar onde houvesse comida adequada e espaço para correrem livremente. Mas o elemento básico – levar em conta os interesses de um ser, sejam quais foram esses interesses – deve, de acordo com o princípio da igualdade, ser estendido a todos os seres, negros ou brancos, do sexo masculino ou feminino, humanos ou não humanos³².

Assim sendo, seres humanos e animais não restarão com os mesmos direitos, apenas se observará uma igual consideração de seus interesses, de modo que cada um terá valorado, no ordenamento jurídico, seus interesses mais caros. Ou seja, o princípio da igual consideração será observado plenamente.

Recorde-se que o princípio da igual consideração impõe que a interesses semelhantes seja atribuído o mesmo peso no momento de sua consideração, de modo que “cada um conta como um e ninguém como mais de um”³³; e que a consideração dos interesses não depende da aparência ou das capacidades que seus detentores tenham, de modo que, existindo um interesse, ele deverá ser sopesado³⁴. Recorde-se que há interesses que grande parte dos seres vivos compartilham, como o interesse à vida, ao bem-estar, ao não sofrimento, “não havendo, a priori, nenhuma justificativa para se tratar desigualmente interesses que são substancialmente iguais”³⁵, de modo que mereceriam igual sopesamento. Assim, não considerar igualmente os interesses dos animais seria fruto de mera arbitrariedade.

À essa arbitrariedade, que impede a igualdade na consideração dos interesses no caso dos animais, dá-se o nome de especismo, termo cunhado por Richard Ryder, utilizado para explicar o motivo pelo qual experiências científicas dolorosas poderiam ser infligidas aos animais. No caso, em razão de possíveis proveitos para a espécie humana se justificaria o sofrimento de outras espécies, argumento esse que é colocado como sendo egoísta e não racional³⁶. Segundo Singer, o especismo “é o

³² SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 9-10.

³³ BENTHAM apud SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 9.

³⁴ SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

³⁵ TAVARES, Raul. O Princípio da Igualdade na Relação dos Homens com os Animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 6, n. 8, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11061>. Acesso em: 30 nov. 2021.

³⁶ RYDER, Richard D. Speciesism Again: the original leaflet. **Critical Society**, Issue 2, p. 1-2, Spring 2010. Disponível em: <http://www.veganzetta.org/wp-content/uploads/2013/02/Speciesism-Again-the-original-leaflet-Richard-Ryder.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

preconceito ou a atitude tendenciosa de alguém a favor dos interesses de membros da própria espécie, contra os de outras”³⁷.

Em outros termos, sem qualquer razão ético-moral ou racional para tanto, entende-se que a espécie humana é de alguma forma mais merecedora de terem seus interesses considerados (ou, seja, que as outras espécies, os animais não humanos, seriam menos merecedoras de ter seus interesses sopesados). De modo arbitrário, não são considerados os interesses dos animais. Assim, sem uma justificativa encontrada no que fundamenta a igualdade, ocorrendo essa consideração diversa dos interesses por mera arbitrariedade, com base em um preconceito diante das espécies.

Tal preconceito, por sua vez, desencadeia um abismo no tratamento jurídico concedido aos seres humanos e aos animais, ambos seres sencientes e com interesses a serem sopesados igualmente, segundo o princípio da igual consideração.

A título de exemplo, veja-se a legislação brasileira. Como dito anteriormente, a Constituição Federal garante igualdade de tratamento a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, do direito à vida, à liberdade, dentre outros³⁸. Ou seja, seres humanos são colocados como sujeitos de direito, com proteção constitucional. Por outro lado, o Código Civil, em seu artigo 82, estabelece como status jurídico do animal o de bem semoventes³⁹, considerando-o como bem jurídico, podendo ser utilizado pelo ser humano⁴⁰. O abismo no tratamento resta evidente, pois se constata que um será o proprietário (ser humano) e outro a propriedade (animais), ambos seres sencientes.

Sendo os animais considerados como bens, sem valor intrínseco, e o ser humano seu proprietário, com valor intrínseco, a proteção dos interesses dos animais acontece até onde isso beneficia o seu titular, o ser humano. Diante da diferença de tratamento jurídico, os interesses dos animais são considerados menos importantes. Criaram-se leis de bem-estar animal e de proteção contra crueldade por,

³⁷ SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 11.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 10.405, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁴⁰ REGAN, Tom. A Causa do Direito dos Animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 8, n. 12, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8385>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

supostamente, seres humanos se preocuparem em balizar os seus interesses e o dos animais, mas o resultado dessas leis “é predeterminado pela condição de propriedade do não-humano como um ‘animal para comida’, um ‘animal para experimentação’, um ‘animal de caça’, etc.”⁴¹. Nessa vereda, apesar do sofrimento desnecessário ser supostamente proibido, deixa-se de questionar a necessidade de usar animais em algumas práticas, passando-se apenas a questionar se o uso dos animais em uma prática se mostra razoável, apesar da própria prática poder ser considerada desnecessária⁴².

De tal modo, embora fosse possível dar um melhor tratamento aos animais, o simples status jurídico deles (propriedade, coisa) e o abismo existente em relação ao dos seres humanos (proprietário, sujeito de direito) termina por afastar a percepção humana a respeito de seus interesses⁴³.

A realidade que se depara é de que qualquer violação aos animais é juridicamente uma ofensa ao direito dos seres humanos e nunca ao animal, o que é exemplificado na disposição da Carta Maior, em seu artigo 225, §1º, inciso VII, quando veda a crueldade aos animais como um meio de assegurar o direito do humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁴⁴. Assim, o ofendido nunca será o ser submetido à crueldade, mas sim o ser humano que fica privado de um direito seu. Nesses termos, o único interesse sopesado é o humano.

Dessa maneira, “o direito e as leis apenas oficializam uma relação desigual, onde interesses humanos menos relevantes, como a estética, a moda e a gastronomia

⁴¹ FRANCIONE, Gary L. Animais como propriedade. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2, n. 3, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10356>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁴² FRANCIONE, Gary L. Animais como propriedade. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2, n. 3, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10356>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁴³ FRANCIONE, Gary L. Animais como propriedade. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2, n. 3, 2014. p. 1. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10356>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

são colocadas em um patamar superior a interesses fundamentais, como a aversão à dor e o interesse à vida⁴⁵". Sendo assim,

o erro fundamental é o próprio sistema, que nos faz ver os animais como recursos que existem para serem utilizados, comidos, cirurgicamente manipulados ou explorados por esporte ou dinheiro. Uma vez que aceitemos essa visão dos animais - como recursos - o resto é tanto previsível quanto lastimável. Por que se preocupar com a solidão, a dor ou a morte deles? Uma vez que os animais existem para nós, para nos beneficiar de uma maneira ou de outra, aquilo que lhes causam danos definitivamente não importa - ou importa somente se isso começar a nos incomodar, nos fazendo sentir uma preocupação fútil quando comemos nosso escalopinho de vitela, por exemplo⁴⁶.

Necessário, portanto, retirar o véu que impede sopesar juridicamente os interesses dos animais, ou seja, o especismo, e o abismo jurídico existente entre ambos, e, conseqüentemente, aplicar o princípio da igual consideração de interesses, concedendo-lhes direitos e lhes outorgando o status jurídico de sujeito de direito. De tal modo, não será mais o homem que, por meio do animal, terá um interesse satisfeito ou desconsiderado (como no caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a vedação à crueldade presente na Carta Maior). O animal passará a ser detentor do interesse (de não sofrer), a ofensa será ao seu interesse e é ele que será considerado.

Assim, em termos ético-morais, necessária se mostra a mudança do status jurídico do animal para a condição de sujeito de direito, reconhecendo seus interesses e seus direitos, sob pena de fazer ruir o limite defensável para a igualdade entre os seres humanos, qual seja, a senciência, desrespeitando-se o princípio da igual consideração, possibilitando que qualquer outro fundamento seja colocado para tanto, o que, conforme já se verificou, abre margem para arbitrariedade e, além disso, para que seja flexibilizado, podendo passar a não mais abarcar todos os seres humanos.

⁴⁵ TAVARES, Raul. O Princípio da Igualdade na Relação dos Homens com os Animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 6, n. 8, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11061>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁴⁶ REGAN, Tom. A Causa do Direito dos Animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 8, n. 12, 2013. p. 11. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8385>. Acesso em: 30 nov. 2021.

5 A DIGNIDADE HUMANA E O TRATAMENTO MORAL PARA COM OS ANIMAIS

Conforme mencionado, o ordenamento jurídico de diversos lugares do mundo vem reconhecendo a condição de senciência do animal, de modo que, diante do princípio da igual consideração, figura como um imperativo ético-moral a necessidade de sopesar juridicamente os interesses dos animais que venham a aparecer, outorgando-lhes direitos e alterando o seu status jurídico para o de sujeito de direito.

Recentemente, decisões proferidas, no sentido de evitar o sofrimento dos animais, reconheceram essa característica de seres sencientes e acabaram por colocar em voga um outro viés para essa proteção, qual seja, o da dignidade humana.

Na sentença C-666, da Colômbia, foi colocado que o conceito de dignidade tem uma relação direta e principal com o ambiente no qual se desenvolve a existência humana, do qual os animais fazem parte. A Constituição colombiana, a seu turno, em seu artigo 79, consagra deveres que dizem respeito à integridade do meio ambiente, não excluindo a fauna (os animais) desse complexo protegido constitucionalmente. Assim, restou entendido que o legislador, na sua atuação, deve estar calcado na dignidade humana quando decide regular as relações entre seres humanos e animais, bem como o juiz, que deve construir o raciocínio lógico de suas decisões tendo por base o conceito de dignidade inerente nessa relação⁴⁷.

Considerou-se, no caso, que independentemente das características dos animais (se silvestres ou domésticos, se ameaçados ou não de extinção) e de seus impactos ao meio ambiente (se ajudassem no equilíbrio dos ecossistemas, servissem de recursos aos seres humanos ou não), seria necessário respeitar os preceitos constitucionais de proteção ao meio ambiente, concluindo-se pelo valor intrínseco do animal, longe da visão utilitarista⁴⁸.

Ressalta-se, sobre a dignidade humana como limitadora da atuação do legislador e do juiz, quando o objeto de análise for a relação entre o ser humano e os

⁴⁷ COLÔMBIA. **Sentença C-666/10, de 30 de agosto de 2010.** Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁴⁸ COLÔMBIA. **Sentença C-666/10, de 30 de agosto de 2010.** Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

animais, que esta foi considerada como “o fundamento das relações que um ser senciente – humano – possui com outro ser senciente – animal” (trad. livre)⁴⁹. A dignidade humana resultaria da essência do Estado social, o qual teria como fundamento, para o impulsionamento da atuação estatal e como parâmetro de interpretação jurídica, a solidariedade, de tal maneira que não seria possível conceber a indiferença ao sofrimento que as ações humanas pudessem causar a outros seres sencientes, como restaram reconhecidos os animais⁵⁰.

Assim, o ser humano estaria vinculado a um comportamento diante da sua dignidade, pois não poderia esta dignidade ser reconhecida caso agisse de forma contrária aos padrões acordados pela comunidade e previstos na Constituição (integridade do meio ambiente, que abarca a fauna). Essa necessidade de um tratamento digno, por sua vez, teria por fundamento a conexão que existe entre os seres humanos e animais em sentir, ou seja, a senciência; tendo-se considerado que não há qualquer interesse mais primordial do que o de não sofrer e que este deve ser um dos valores primários de uma comunidade moral⁵¹.

O Brasil, por sua vez, mediante o julgamento do Recurso Especial nº 1797175, de São Paulo, considerou que seria necessário refletir acerca do conceito kantiano de dignidade e adaptá-lo ao que se vivencia na atualidade, de modo que restasse mais próximo dos valores culturais e morais movidos pelos valores ecológicos⁵². O conceito Kantiano, antropocêntrico e individualista da dignidade, mereceria ser adaptado para que abarcasse os animais não humanos, de modo que haveria “limitações dos direitos fundamentais dos seres humanos com base no reconhecimento de interesses não humanos”⁵³.

⁴⁹ “el fundamento de las relaciones que un ser sintiente –humano- tiene con otro ser sintiente –animal.” COLÔMBIA. **Sentença C-666/10, de 30 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁵⁰ COLÔMBIA. **Sentença C-666/10, de 30 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁵¹ COLÔMBIA. **Sentença C-666/10, de 30 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁵² SARLET *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1797175/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 13 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1797175&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1797175/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 13 de fevereiro de 2018. p. 8. Disponível em:

No plano filosófico, o valor intrínseco seria o elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser. O homem é visto como fim em si mesmo e por esse motivo não está sujeito ao utilitarismo⁵⁴. Referida característica, quando tratada por Kant, foi restrita aos seres humanos. Assim, o que se buscou no julgado foi ampliar a noção de dignidade humana restrita anteriormente aos seres humanos, de modo que os animais fossem reconhecidos como tendo um fim em si mesmo, com valor intrínseco, e, dessa forma, dignidade a ser respeitada.

Essa ampliação do conceito de dignidade também foi pontuada no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 4983, no qual a Ministra Rosa Weber expressamente colocou que “o atual estágio evolutivo humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introjeção da dimensão ecológica ao Estado de Direito”⁵⁵. Nesse mesmo julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao votar, destacou que a Carta da Terra reconheceu o valor de cada forma de vida, independentemente da sua utilidade para o ser humano, de modo que mereceriam respeito em sua alteridade⁵⁶. Ou seja, o animal teve seu valor intrínseco sopesado.

Dos julgados expostos, percebe-se a ampliação do conceito de dignidade. No caso do Brasil, essa dilatação do conceito ocorreu para abarcar os animais não humanos, de modo que pudessem ter sua dignidade reconhecida e para que fossem sopesados os seus interesses quando fossem impactados pela ação humana. No que tange à Colômbia, analisou-se uma nova perspectiva da dignidade humana, colocando como imperativo que seres que têm dignidade trate seres sencientes com valores morais condizentes com essa dignidade reconhecida; de modo que a base da necessidade de tratamento digno estaria em uma conexão existente entre os seres

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1797175&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=ipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁵⁴ KANT in BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 4983/CE**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 4983/CE**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 28 nov. 2021.

humanos e animais, qual seja, a de sentir. A senciência, portanto, foi tida como característica da dignidade que impõe a necessidade de seguir padrões acordados pela comunidade, que estariam previstos na Constituição por meio da proteção aos animais e da solidariedade.

Válido esclarecer que o mesmo raciocínio construído pela Corte Colombiana poderia ser feito no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, eis que a vedação à crueldade foi colocada no ordenamento jurídico constitucional (artigo 225, § 1º, inciso VII) e figura dentro dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I)⁵⁷.

Esse alargamento do conceito da dignidade humana, bem como esse novo espectro dela, parecem corroborar com a necessidade de reconhecimento do direito dos animais e de seu status jurídico como sujeito de direito, pois se iguala a dignidade dos humanos com a dos animais, demonstra-se que é necessário que ambos sejam respeitados segundo um padrão ético-moral condizente com essa dignidade, o que não poderia ser considerado como satisfeito caso o véu do especismo impedisse a consideração de seus interesses com igual peso. Não haveria como considerar que um ser humano teria sua dignidade respeitada se não fosse detentor de direitos unicamente por ser diferente dos demais em alguma característica, o mesmo raciocínio parece servir para os animais.

Diante dessa nova perspectiva da dignidade humana (necessidade de tratamento digno com os animais) e ampliação do seu conceito (para caber os animais), seria necessário outorgar direitos aos animais e, dessa forma, modificar a forma como o animal é tratado, reconhecendo-se o seu valor intrínseco e sua senciência, bem como seus interesses, sopesando-os igualmente e lhes dando tutela jurídica pertinente, qual seja, de titular de direitos, em outros termos, sujeito de direitos.

⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se, ao longo do artigo, que a senciência é o único limite defensável para a igualdade existente entre os seres humanos, pois a única que não comporta flexibilização como fundamento para essa igualdade. Essa igualdade, por sua vez, encontra guarida no princípio da igual consideração, que impõe o sopesamento igual para os interesses semelhantes, o que não impossibilita um tratamento desigual quando seres tiverem interesses diferentes.

O interesse surge a partir da senciência, que é a característica fundamental para se ter interesse, pois é através dela que se percebe a necessidade de se evitar uma dor ou buscar um prazer. Essa característica humana é compartilhada com os animais, de modo que, segundo o princípio da igual consideração, esses deveriam ter seus interesses sopesados igualmente. Como essa característica vem sendo reconhecida em diversos ordenamentos jurídicos, a potencialidade de ter interesse também é reconhecida, de modo que figuraria como possível a consideração jurídica desses interesses, conforme acontece com aqueles mais caros aos seres humanos, que restam protegidos em direitos.

Contudo, constata-se uma discrepância no ordenamento jurídico que coloca os animais como objetos, bens semoventes, e seres humanos como sujeitos de direitos, detentores desses bens, o que termina por demonstrar um sopesamento diferente dos interesses, o que compromete, inclusive, a proteção dos interesses mais caros dos animais, como o não sofrimento. Na realidade, o que se verifica é que apenas os interesses humanos são sopesados em lei, figurando os animais como um meio para alcançar esses interesses humanos.

Na parte final do artigo, foram elencadas mudanças na perspectiva da dignidade humana, trazidas em decisões do Poder Judiciário colombiano e brasileiro, quais sejam, sua ampliação para comportar os animais e a necessidade de comportamento ético-moral com seres sencientes condizente com a dignidade reconhecida. Esses dois posicionamentos corroboram a necessidade de serem considerados legalmente os interesses dos animais, tendo em vista que agora estariam abarcados por esse conceito de seres com dignidade reconhecida e cujo tratamento a ser dispensado a eles deve ser digno. Ou seja, merecem tratamento

correspondente com a dignidade a eles reconhecida, o que não seria possível se o véu do especismo impedisse, de maneira arbitrária, de sopesar seus interesses e, assim, continuarem a serem tratados como objetos, apesar de reconhecidamente seres sencientes, com valor intrínseco, e com dignidade reconhecida.

REFERÊNCIAS

30 MILLIONS D'AMIS. **Statut juridique: les animaux reconnus définitivement comme des êtres sensibles dans le Code civil (Vidéo)**, 2015. Disponível em: <http://www.30millionsdamis.fr/actualites/article/8451-statut-juridique-les-animaux-reconnus-definitivement-comme-des-etres-sensibles-dans-le-code/>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Câmara dos deputados. **PL 6799/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1198509. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.405, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Emenda no 3 - PLEN (ao PLC 27/2019)**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7987513&disposition=inline>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1797175/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 13 de fevereiro de 2018. p. 8. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1797175&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 4983/CE**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4425243>. Acesso em: 28 nov. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6054/2019** (No Anterior PL: 6799/2013). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/601739>. Acesso em: 28 nov. 2021.

COLÔMBIA. **Ley nº 1774, de 6 de enero de 2016**. Por médio de la cual se modifican el código civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones. Disponível em: https://www.comisionprimerasenado.com/index.php?option=com_joobdb&task=getFileFromBlob&joobase=7&id=125&field=ver_ley. Acesso em: 28 nov. 2021.

COLÔMBIA. **Sentença C-666/10, de 30 de agosto de 2010**. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-666-10.htm>. Acesso em: 27 nov2021.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **MiniAurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.

FRANÇA. **Code Civil**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006090204/#LEGISCTA000006090204. Acesso em: 27 nov. 2021.

FRANCIONE, Gary L. Animais como propriedade. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2, n. 3, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10356>. Acesso em: 30 nov. 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Método, 2019.

PORTUGAL. **Lei nº 8/2017, de 03 de março de 2017**. Estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/8-2017-106549655>. Acesso em: 28 nov. 2021.

REGAN, Tom. A Causa do Direito dos Animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 8, n. 12, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8385>. Acesso em: 30 nov. 2021.

RYDER, Richard D. Speciesism Again: the original leaflet. **Critical Society**, Issue 2, p. 1-2, Spring 2010. Disponível em: <http://www.veganzetta.org/wp-content/uploads/2013/02/Speciesism-Again-the-original-leaflet-Richard-Ryder.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TAVARES, Raul. O Princípio da Igualdade na Relação dos Homens com os Animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 6, n. 8, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11061>. Acesso em: 30 nov. 2021.

O ESTADO BRASILEIRO NO RESGUARDO DA SAÚDE PÚBLICA DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19: OBRIGAÇÕES E OBSTÁCULOS

Caroline Rabelo Corrêa¹

RESUMO

A pandemia do novo Coronavírus representou um grande desafio para as nações mundo afora, e no Brasil não poderia ser diferente. Apesar de o surgimento e a forma de contágio do Covid-19 serem, de certa forma, semelhantes à pandemia do H1N1 (“gripe suína”) em 2009, os altos índices de transmissibilidade, de hospitalização e de mortes causadas pela pandemia do novo Coronavírus resultaram na necessidade de adoção de medidas preventivas e repressivas contra as infecções, e o papel do Estado Brasileiro na garantia do direito constitucional à saúde foi redefinido sob uma relevância jamais vista na história republicana. Em um cenário em que o direito a uma saúde de qualidade torna-se cada dia mais necessário à garantia de um mínimo existencial e à defesa da vida, o desconhecimento acerca da gravidade da pandemia, a falta de articulação entre os entes políticos da federação e a finitude de recursos orçamentários colocaram esse direito, mais uma vez e mais do que nunca, em confronto com a tese da reserva do possível. O objetivo deste artigo reside, através da pesquisa bibliográfica, na análise da forma que o Brasil aborda o direito à saúde e como ele lidou com a pandemia do Coronavírus, na proporção das suas capacidades, obrigações constitucionais e possibilidades fáticas para garantia ao direito à saúde de sua população. O método utilizado pela pesquisa foi o qualitativo e os resultados foram obtidos pelo método dedutivo.

Palavras-chave: Pandemia. Direito à saúde. Limitações estatais.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic represented a great challenge for nations around the world, and the same happened in Brazil. Although the origin and form of transmission of Covid-19 are somehow similar to the H1N1 pandemic in 2009, the high rates of transmissibility, hospitalization and deaths caused by the new Coronavirus resulted in the need to adopt preventive and repressive measures against infections, and the role of the Brazilian Government in maintaining the

¹ Aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD. Advogada. E-mail: caroline.rabelo@sempreceub.com.

constitutional right to health was redefined under a relevance that Brazilian republican history has never seen. In a scenario in which the right to quality health becomes increasingly necessary to guarantee an existential minimum and the defense of life, the lack of knowledge about the severity of the pandemic, the lack of articulation between the political entities of the federation and the finiteness of budgetary resources placed this right, once again, in confrontation with the thesis of the reserve of the possible. The purpose of this article is to analyze, through bibliographical research, how Brazil approaches the right to health and the way that the country dealt with the Coronavirus pandemic to guarantee conditions of health to its population, according to its capacities, constitutional obligations and factual possibilities. The research was made through the qualitative method and the results were obtained by the deductive method.

Keywords: Pandemic. Health guarantee. Government limitations.

1 INTRODUÇÃO

Que o direito à saúde no Brasil é definido como um direito de todos e um dever do Estado, todos sabem – e a afirmação pode parecer óbvia quando se considera o direito à saúde como decorrente lógico do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Não obstante as atuais previsões constitucionais no tratamento da saúde como direito social e fundamental no país, tal direito tardou a ser adotado pelas Constituições brasileiras e a ser reconhecido como direito humano na doutrina internacional.

Entretanto, foi em 2020 que o acesso público adequado à saúde tornou-se a principal pauta e preocupação das nações ao redor do mundo, com a pandemia do Covid-19. No Brasil, questões como garantia do mínimo existencial em conflito com a reserva do possível, naturalmente afetas aos direitos sociais, bem como a atuação do Estado Brasileiro no combate à doença causada pelo vírus, devem ser analisados para indicar se os resultados da pandemia no Brasil são justificáveis e, principalmente, se foram satisfatórios ou não, na medida das exigências públicas por ela atribuídas.

Logo, o objetivo deste trabalho é trazer a definição e as características do direito à saúde à luz da pandemia do Covid-19 no Brasil para traduzir, em um breve estudo, os efeitos dela no país. Primeiramente, uma conceituação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro é realizada, ao tempo em que se explica as origens do novo Coronavírus e o motivo pelo qual a gestão estatal deve ser mais

contudente do que a observada em outros cenários de emergência sanitária global. Após, serão abordadas as doutrinas do mínimo existencial e da reserva do possível aplicáveis ao direito à saúde como um direito social no Brasil, e como elas podem afetar o acesso à esse direito. Por fim, a competência constitucional atribuída aos entes da federação em matéria de saúde será estudada sob a ótica de decisões proferidas em 2020 pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, e de fatos sociopolíticos de grande repercussão que influenciaram, senão determinaram, os rumos da pandemia no país e o resultado dela no tocante à garantia da saúde pública como dever estatal e direito do povo.

2 O DIREITO À SAÚDE E A PANDEMIA DO COVID-19

O Dicionário Michaelis define “saúde” como sendo o “estado do organismo com funções fisiológicas regulares e com características estruturais normais e estáveis, levando-se em consideração a forma de vida e a fase do ciclo vital de cada ser ou indivíduo”, bem como o “bem-estar físico, psíquico e social”². Em sendo um importante fator para manutenção da vida, a saúde como um direito universal recebeu maior atenção das nações a partir da primeira metade do século XX, após a gripe espanhola e as Guerras Mundiais. Além disso, ensejou a criação da Organização Mundial da Saúde em 1946 e figura-se como um dos direitos preconizados em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Assembleia Geral das Nações Unidas (art. 25, 1)³.

No Brasil, entretanto, a saúde como um direito tardou a ter uma relevância consubstanciada em respaldo constitucional. Nas Constituições de 1824 (Brasil Império) e de 1891 (Brasil República), por exemplo, era um direito que sequer fora mencionado. A partir da Constituição de 1934 até a Constituição de 1967, a saúde foi abordada apenas à título de atribuição de competências administrativas e legislativas entre os entes da federação.

Já na atual Carta Magna, cuja participação de autoridades sanitárias e da sociedade civil foi expressiva (dado o contexto da redemocratização e da

² MICHAELIS. **Dicionário on-line.** Saúde. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=sa%C3%BAde>. Acesso em 12 nov. 2021.

³ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em 12 de nov. 2021. P. 6.

necessidade de se resgatar a participação popular nas definições de políticas de Estado), a saúde foi considerada um dos direitos sociais previstos no *caput* do art. 6º. Reputados integrantes dos direitos de segunda geração/dimensão, os direitos sociais são, nas palavras de Vitorino:

[...] Aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos. Referidos direitos realizam-se por meio da atuação estatal [...]. Adotou a CF [Constituição Federal] uma enumeração meramente exemplificativa, que indica, neste artigo, apenas alguns dos direitos que são considerados sociais e se apresentam como direitos de crédito do cidadão, pois envolvem poderes de exigir comportamentos positivos do Estado, que é o sujeito passivo da obrigação de proporcionar ao cidadão saúde, educação [...]⁴.

No título destinado à Ordem Social, a saúde é abordada na atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) nos seguintes termos:

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

Complementando a Constituição, dispõe a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990) que:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.⁵

Em um país que optou pela dignidade da pessoa humana como um dos princípios maiores de sua formação (art. 1º, III, da CRFB/1988) e cujo direito à vida é considerado há muito pela doutrina constitucionalista e pela jurisprudência um dos

⁴ VITORINO, Odair Márcio. Capítulo II: Dos Direitos Sociais. p. 54. In: MACHADO, Costa. (Org.). **Constituição Federal Interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.

⁵ BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

direitos fundamentais mais elementares do ordenamento jurídico, o direito à saúde (e a relevância que lhe é dada) é uma consequência lógica. Nesse sentido, nada mais natural do que, em situações excepcionais – como uma pandemia global – ou em um conflito de direitos – saúde coletiva e liberdade individual de locomoção –, a balança da ponderação favoreça o direito à saúde em detrimento dos demais, uma vez que estritamente relacionada à vida e à dignidade da pessoa humana.

Logo, em um contexto pandêmico, o direito à saúde é, notadamente, um dos direitos fundamentais cuja importância é reflexo da necessidade e da obrigação do Estado em promover a defesa do direito fundamental maior: o direito à vida. Nesse sentido, importante analisar o direito à saúde sob a ótica da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2 ou Covid-19).

O Covid-19 foi detectado pela primeira vez na província de Wuhan, na China, em dezembro de 2019. Na primeira semana de 2020, cientistas chineses identificaram sua composição, e a Organização Mundial da Saúde (OMS), apenas alguns dias depois, declarou o surto viral na China como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Entretanto, em 11 de março de 2020, dada a ampla propagação geográfica do novo coronavírus no mundo, a OMS declarou o estado de pandemia⁶, situação que perdura até a data de encerramento deste artigo.

Na declaração da condição de pandemia do SARS-CoV-2, muito se discutiu acerca da sua real gravidade e das suas semelhanças e diferenças com a pandemia mundial anterior causada pelo vírus H1N1, que também causou preocupação mundial entre os anos 2009-2010. Teixeira *et al* explicam a relação entre esses dois agentes infecciosos:

Em relação à transmissão, ambos se espalham por gotículas de saliva ou muco de infectados, principalmente através de tosse e espirros. No entanto, O COVID-19 possui maior taxa de transmissão [...]. Além disso, há casos de COVID-19 em pacientes assintomáticos, no H1N1, não. O COVID-19 possui maior taxa de letalidade quando comparado ao H1N1 [...]. Em relação a sobrecarga do sistema de saúde, apenas em 3 (três) meses o COVID-19 superou 16 meses do H1N1; Atualmente não há medicação recomendado nem vacinas para o COVID-19. Em contrapartida, para o H1N1, utilizou-se Oseltamivir e

⁶ HISTÓRICO da pandemia de Covid-19. **Organização Pan-Americana de Saúde**, [s.d.]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 13 nov. 2021.

Zanamivir (drogas aprovadas pelo FDA [Food and Drug Administration] desde 1999).⁷

Em entrevista à CNN Brasil no dia 28 de março de 2020, o infectologista Rodrigo Contrera do Rio, do Instituto de Infectologia Emílio Ribas e da Santa Casa de Misericórdia São Paulo, explica o motivo pelo qual o Coronavírus exigia um compromisso maior a comunidade governamental e médica do que aquele prestado na pandemia do H1N1:

O que a gente via na época da H1N1 era uma situação em que existiam dois grandes diferenciais: já tínhamos uma vacina e um tratamento, com um medicamento que é o Oseltamivir – para os casos mais graves. E um terceiro diferencial: já ter um conhecimento maior do vírus, porque ele já era estudado havia muitas e muitas décadas. Então, com certeza, estamos falando de uma situação diferente da qual estamos vivendo hoje, que é uma doença com três meses de existência, sem vacina e sem um tratamento específico que seja eficaz. [...] Não é porque estamos polemizando agora e não polemizou em 2009, mas porque, naquela época, realmente, apesar de ser uma doença grave e matar, o contexto é diferente. A situação hoje é mais complexa.⁸

Além das diferenças indicadas por médicos e cientistas entre o H1N1 e o novo Coronavírus, os números estatísticos entre ambas as doenças no Brasil escancaram a gravidade deste: entre maio de 2009 e julho de 2010, 50.482 casos e 2.146 mortes de H1N1 foram identificados no país⁹. Considerando o mesmo período (10 meses) na pandemia do Covid-19, entre fevereiro de 2020 e dezembro de 2020, o vírus foi responsável por 7.675.973 casos e 194.949 óbitos¹⁰.

Em virtude de um cenário numericamente mais preocupante do que aquele vivenciado entre 2009-2010, muito além das medidas preventivas propostas pela

⁷ TEIXEIRA, C. M. E.; MADRUGA, G. A. M.; MEDEIROS, G. B. S.; LEITE FILHO, J. G. T. M.; DUARTE, S. S. M. Análise Comparativa das Pandemias Covid-19 e H1N1. p. 3592. **Brazilian Journal of Health Review**, Curitiba, vol. 3, n. 2, 2020, p. 3591-3595. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/9132/8935>. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁸ CNN Brasil. **Infectologista explica diferença entre COVID-19 e H1N1**: ‘Situação mais complexa’. Seção Saúde, 28 de mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/infectologista-explica-diferenca-entre-covid-19-e-h1n1-situacao-mais-complexa/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁹ MISMETI, Débora. Pandemia da H1N1 chega ao fim. **Folha de São Paulo**, Seção Saúde, 11 de ago. 2010. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=18382&anchor=5794318&origem=busca&pd=f2873d371461bbcaffc091c7c92f3b54?>. Acesso em: 14 nov. 2021.

¹⁰ GOOGLE Notícias. **Coronavírus (Covid-19)**. Disponível em: <https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F015fr&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419&state=1>. Acesso em 14 nov. 2021.

comunidade científica para evitar a disseminação do vírus, residentes na consciência coletiva orientada ao uso de máscaras adequadas, distanciamento social e higienização corpórea, a nova pandemia demandou atenção constante e investimentos significativos do Estado nos cuidados médico-hospitalares, principalmente no que se refere à saúde pública: ampliação de infraestrutura, contratação de profissionais de saúde, aquisição em larga escala de equipamentos de proteção individual, de aparelhos e ferramentas médicas e de medicamentos e insumos, dentre outras providências.

Logo, o debate entre a garantia de se fornecer condições fundamentais para manutenção da vida e da saúde da população e as reais condições estatais para materializar essa garantia ganhou força em um cenário cujo transcurso do tempo e a gravidade da situação operaram em desfavor do Estado Brasileiro, razão pela qual é necessário definir as doutrinas jurídicas do mínimo existencial e da reserva do possível enquanto aplicáveis na pandemia do Covid-19.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Como corolário da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde vai ao encontro do princípio do mínimo existencial. De uma doutrina cuja origem remonta à jurisprudência alemã do século XX, o mínimo existencial relaciona-se à substância indispensável e indisponível dos direitos fundamentais, cujo resguardo – seja pela prestação negativa de não fazer do Estado, seja pela prestação positiva de fazer – é um dever público, porquanto essencial à existência humana em sua plenitude e ao exercício dos demais direitos. Um dos expoentes dessa doutrina foi o publicista alemão Otto Bachof que, segundo Sarlet e Figueiredo:

[...] Já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da

existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.¹¹

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), nas palavras do Ministro Relator Celso de Mello, definiu o mínimo existencial da seguinte forma:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, [...]¹²

Antes mesmo da utilização do termo “mínimo existencial” na defesa do núcleo substancial dos direitos fundamentais (dentre os quais, o direito à saúde), o STF já manifestava entendimento no sentido de materializar a finalidade desse princípio, conforme se percebe da leitura do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8/RS, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 2000:

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. [...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de

¹¹ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. p. 179. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, 2007, p. 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>. Acesso em: 18 nov. 2021.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP**. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello, 23 de ago. 2011. p. 4. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 13 nov. 2021.

infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.¹³

Há quem defenda que esse princípio, por si só, não basta para tirar a dignidade da pessoa humana da abstração legal. Cunha, por exemplo, muito bem pontua que o mínimo existencial, em um país onde as desigualdades sociais são uma histórica, incontestável e infeliz realidade, é um termo simplista tanto no nome quanto no propósito. Afinal, “o Brasil [...] não pode confiar sua esperança de ratificação dos direitos sociais a uma espécie de mínimo vital, devendo perseguir, continuamente, os direitos fundamentais sociais de nossa Constituição em sua completude”. Para o autor, portanto, a ideia de universalização e integralidade de prestação da saúde pública, consagrada pelos arts. 196 e seguintes da CRFB/1988, exige mais do Estado do que o “mínimo”. É necessário promover a vertente denominada de “básico social”, explicada por Cunha nos termos seguintes:

A doutrina do básico social diferencia-se da doutrina do mínimo existencial no sentido de que se consolida como uma política estrutural, exigindo reformas de base, como a efetivação de uma reforma sanitária com base em nossa Constituição, política de Estado e não de governo, com total afinidade com os ditames constitucionais. No caso do direito sanitário, isso significa a luta pela concretização dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), quais sejam a universalidade, integralidade, equidade, de acordo com a implementação de políticas sociais e econômicas com o fim de ratificar objetiva e subjetivamente a saúde pública brasileira.¹⁴

Garantir à população o usufruto dos direitos fundamentais tal como o da saúde, seja em sua substância mínima e vital, seja em sua plenitude, torna-se uma tarefa desafiadora (senão praticamente inviável), considerando a dimensão continental brasileira e o cenário constante de limitação das despesas públicas por restrições orçamentárias e de dificuldade de uma gestão integrada – desafios que, no Brasil, tornaram-se ainda mais evidentes com a pandemia do Covid-19. A doutrina da reserva do possível é definida nesse contexto, segundo o qual a expectativa da

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8/RS**. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Diná Rosa Vieira. Relator Ministro Celso de Mello, 12 de set. 2000. p. 1409-1410. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em 13 de nov. 2021.

¹⁴ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O Mínimo Existencial como Retrocesso Sanitário para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil. p. 19-20. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Org). **Coletânea Direito à Saúde: Institucionalização**. Brasília: CONASS, 2018, p. 12-21. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/institucionalizacao/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

sociedade no gozo de direitos fundamentais positivos deve ser racional, em conformidade com as possibilidades financeiro-orçamentárias do Estado.

A tese da reserva do possível também surgiu do campo jurídico alemão, mas de uma forma distinta da que é adotada hoje. Nunes Júnior explica que:

Na concepção original (alemã), a “reserva do possível” refere-se àquilo que é razoavelmente concebido como prestação social devida, em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais sociais, eliminando as demandas irrazoáveis, desproporcionais e excessivas.¹⁵

Nesse sentido, também afirmam Sarlet e Figueiredo:

A “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.¹⁶

Não obstante os princípios da legalidade e da eficiência que norteiam a Administração Pública (art. 37, caput, da CRFB/1988), aplicáveis à elaboração e o cumprimento do orçamento público pelo Estado, na forma das leis orçamentárias, e apesar do reconhecimento das fragilidades financeiras, da necessidade de controle da dívida pública e de uma pandemia que submeteu o país a dificuldades de saúde pública jamais enfrentadas, a reserva do possível se tornou uma realidade facilmente constatável na pandemia. A disponibilidade financeira do Estado Brasileiro Federal, Estadual e Municipal indubitavelmente sofreu com o arrefecimento da atividade econômica, a queda da arrecadação tributária e a promoção de políticas públicas em socorro à parcela da população que mais foi afetada socioeconomicamente com a pandemia, tal como o denominado “Auxílio Emergencial”, aprovado pelo Congresso Nacional em 2020 e executado pelo Governo Federal até o presente ano.

Nesse cenário, ainda deve-se considerar a exigência de gastos cada dia mais vultosos à promoção da saúde pública, tendo em vista os índices nacionais

¹⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 1268-1269.

¹⁶ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. p. 188. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, 2007, p. 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>. Acesso em: 18 nov. 2021.

crescentes de contágio e de óbitos pelo novo Coronavírus desde o dia em que a doença foi detectada pela primeira vez no país. Em consequência, um número maior de pessoas passou a exigir alguma forma de prestação médico-hospitalar, nos quais se incluem recursos humanos e financeiros para a aquisição de insumos e materiais diversos.

Entretanto, entende-se que a reserva do possível não pode (e nem deveria) ser tida como uma escusa do Poder Público para negar à população o gozo dos direitos relativos ao bem jurídico mais fundamental de todos: a vida. Em matéria de saúde, são comuns os casos em que se mostra inevitável acionar o Poder Judiciário para exigir da Administração Pública o fornecimento de leitos, medicamentos de altíssimo custo e demais necessidades médicas, muitas vezes até básicas – e a defesa estatal para sua inércia frente à lesão do direito, nesses casos, reside na reserva do possível. Apesar de as restrições orçamentárias serem, em algumas situações, um fato impeditivo de materialização de direitos sociais tais como o direito à saúde, é imperioso que a reserva do possível não se torne um fácil subterfúgio para negar aos seus titulares até o mínimo existencial – ou o básico social. Nesse sentido preconizam Sarlet e Figueiredo:

As limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.¹⁷

Além disso, considerando a gravidade dos sintomas e das consequências fisiológicas do Sars-CoV-2, é fundamental questionar a priorização da manutenção da despesa pública em índices adequados (ou seja, da aplicação material da reserva do possível), enquanto a população em geral se sucumbe às condições cada vez mais precárias de saúde, seja pela falta de uma prestação de saúde proporcional e apropriada à demanda, seja pela impossibilidade de se realizar a medida preventiva mais efetiva (distanciamento social) em virtude da necessidade de trabalho externo para garantia da renda familiar.

¹⁷ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. p. 191. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, 2007, p. 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>. Acesso em 18 de nov. 2021.

Sob esse prisma, considerando a promoção do mínimo existencial no que se refere à saúde da população durante a pandemia do Covid-19 como uma obrigação do Estado diretamente relacionada à vida de seus subordinados, e também a realidade incontestada de ausência de recursos orçamentários (ou de uma adequada destinação dos mesmos), alinhada à dificuldade de arrecadação tributária e da desaceleração do desenvolvimento econômico no país como fatores justificadores da reserva do possível, mostra-se pertinente a análise da forma em que o Estado Brasileiro em todas as suas esferas político-administrativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) teve de lidar com o direito constitucional à saúde com a emergência sanitária mundial que é o novo Coronavírus, retratada, dentre outras formas, por julgamentos do Supremo Tribunal Federal em 2020.

4 A SAÚDE COMO COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS E A FALTA DE INTEGRAÇÃO DESTES NA PANDEMIA

Em 2020, o país observou os Estados, os Municípios e o Distrito Federal garantindo a dianteira no que diz respeito às medidas de prevenção e de repressão às consequências sanitárias da pandemia. Em observância ao que foi indicado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e ao apelo de maior parte da comunidade médico-científica quanto à eficácia do distanciamento social e de tantas outras providências sanitárias, governadores e prefeitos não tardaram à imposição do isolamento e do chamado *lockdown* quando a dispersão comunitária do Covid-19 alcançava níveis alarmantes no país, além de exigirem a utilização de máscaras em ambientes públicos, estimularem a higienização constante das mãos e promoverem testagens em suas respectivas populações.

As medidas foram implantadas em um contexto no qual o Ministério da Saúde, atravessando uma crise político-institucional com a alteração diuturna de seu corpo diretivo, relutava em aderir ao posicionamento sugerido pela OMS e adotado pela maioria dos países ao redor do mundo – distanciamento social, fechamento temporário do comércio e demais atividades não-essenciais, testagem em larga escala da população, dentre outras medidas propostas. Na ausência de um protocolo nacionalmente unificado e cientificamente comprovável, Estados, Municípios e

Distrito Federal tentaram controlar o caos ao colocar em prática as providências necessárias ao melhor enfrentamento da pandemia. A referida determinação por estes entes federativos, no entanto, foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal, no questionamento de normas federais que, supostamente, dificultavam o seu exercício.

Em 6 de fevereiro de 2020, foi promulgada a Lei 13.979/2020, de iniciativa do Presidente da República, que dispunha sobre “as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”. Quanto à possibilidade de se adotar o isolamento e a quarentena (*lockdown*) durante a pandemia, a Lei 13.979/2020, com a modificação posterior da Lei 14.035/2020, previa o seguinte:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena; [...] ¹⁸

Além disso, a redação original da Lei 13.979/2020, antes da redação proposta pela Lei 14.035/2020, conferia ao Presidente da República a competência para definir quais os serviços essenciais, em toda a Federação, que não precisariam se sujeitar à quarentena, quando imposta pelos entes federativos. Eis o teor do dispositivo:

Art. 3º [...]

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º. ¹⁹

¹⁸ BRASIL. Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

¹⁹ BRASIL. Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

A Medida Provisória que deu origem à Lei 14.035/2020, de nº 926/2020, foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal sob a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista²⁰. O autor da ação pleiteou a inconstitucionalidade formal de alguns dispositivos da MP 926/2020, por entender que a matéria versada pelo normativo seria afeta à lei complementar, bem como a inconstitucionalidade material, por violar a competência comum dos entes federados em relação aos cuidados à saúde, nos termos do art. 23, II, da CRFB/1988.

Em sede de medida cautelar, o PDT pediu a suspensão da aplicabilidade dos dispositivos impugnados, deferida apenas em parte pelo Relator Ministro Marco Aurélio, que entendeu que a MP 926/2020 não afastava a competência dos Estados e Municípios e do Distrito Federal para tomar providências administrativas, ou dos Estados e do Distrito Federal para tomar providências normativas, no tocante ao combate à Covid-19. Entendeu o Ministro, ainda, que o Presidente da República é competente para editar decretos acerca das medidas elencadas no art. 3º do referido normativo, respeitada a competência concorrente legislativa quanto a proteção à saúde (art. 24, XII, da CRFB/1988), não havendo inconstitucionalidade material da Lei 14.035/2020 nesse sentido.

Em abril de 2020, a medida cautelar deferida em parte pelo Ministro Marco Aurélio foi levada à análise em Plenário, como de praxe. A medida cautelar foi referendada por maioria, e a posição da Suprema Corte foi exarada no sentido de que a competência comum entre os entes da federação quanto à saúde pública, estabelecida pelo art. 23, II, da CRFB, é inequívoca. Eis o teor do dispositivo:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]²¹

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341-DF** Requerente Partido Democrático Trabalhista, Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 21 nov. 2021.

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes relembra que a competência comum dos entes da federação deve ser pautada pelo princípio do predomínio de interesse. Ou seja, à União compete as medidas de interesse nacional, aos Estados, as de interesse regional e aos Municípios, as de interesse local – cabendo ao Distrito Federal a junção das medidas de interesse regional e local, dada a sua condição *sui generis* de acumulação de competências –, de forma que cada ente possa atender adequadamente às suas próprias particularidades e necessidades. Ressalta, ainda, que é salutar estabelecer e fortalecer uma cooperação entre tais entes, principalmente em momentos de crise, já que a saúde da população é (ou deveria ser) um interesse de todos. Salienta que:

Se há excessos nas regulamentações estaduais e municipais, isso deve ser analisado. Mas a verdade é que, se isso ocorreu, foi porque não houve, até agora, uma regulamentação geral da União sobre a questão de isolamento, sobre o necessário tratamento técnico-científico dessa pandemia gravíssima, que vem aumentando o número de mortos a cada dia.²²

Completando o voto do Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Edson Fachin explica que:

É grave do ponto de vista constitucional, quer sob o manto de competência exclusiva ou privativa, que sejam premiadas as inações do Governo Federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados-membros e os Municípios. [...] O Congresso Nacional poderá, se assim o entender, regular, de forma harmonizada e nacional, determinado tema ou política pública. No entanto, no seu silêncio, não se pode tolher o exercício das competências dos demais entes na promoção de direitos fundamentais.²³

A preservação da competência comum e concorrente dos demais entes federativos, defendida incisivamente pelo STF frente à Lei 13.979/2020, bem como as observações dos Ministros relativas à ausência de políticas públicas sanitárias

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341-DF**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator Ministro Marco Aurélio. p. 25. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em 21 nov. 2021.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341-DF**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista, Relator Ministro Marco Aurélio. p. 34. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 21 nov. 2021.

cientificamente legítimas e promovidas por um seguro corpo técnico do Ministério da Saúde, são justificáveis pelo contexto sociopolítico em que o país se encontrava.

No mesmo mês em que a medida cautelar da ADI 6.341-DF foi referendada em Plenário através dos votos acima expostos, o titular do Ministério da Saúde, Luiz Henrique Mandetta, foi exonerado do cargo. O motivo teria sido a divergência entre o Ministro e a Presidência da República quanto à necessidade de se adotar o isolamento social. O novo encarregado pela pasta, Nelson Teich, permaneceu menos de um mês no exercício do Ministério, por também apresentar divergências com o chefe do Executivo Federal em relação às políticas sanitárias pertinentes ao contexto brasileiro na época – demonstrado pela marca de 10 mil brasileiros mortos em decorrência da Covid-19 em apenas três meses do primeiro registro da doença no país. Desta vez, a discordância deu-se quanto ao protocolo sugerido pelo Palácio do Planalto na adoção do medicamento hidroxicloroquina (naquele momento, de eficácia diuturnamente questionada na comunidade médico-científica) no tratamento de casos leves das infecções pelo vírus²⁴.

Cumprido ressaltar, também, as inúmeras declarações do Presidente da República, feitas durante a pandemia, questionando a eficácia e o uso de máscaras, os isolamentos e *lockdowns* impostos por governadores e prefeitos, a segurança e a necessidade de vacinas contra a Covid-19, bem como exaltando insumos medicamentosos não comprovados para enfrentamento da doença e minimizando a seriedade da pandemia no país e no mundo²⁵.

Especialmente quanto às vacinas, o Ministério da Saúde (já chefiado por Eduardo Pazuello) foi questionado por diversas entidades públicas e civis sobre a falta de tomada de providências, em tempo hábil, na negociação e aquisição delas, de modo que o STF determinou que o órgão apresentasse um plano de imunização a

²⁴ MACHADO, Maria Letícia; FREITAS, Rebeca. O primeiro ano de pandemia no Brasil em 43 eventos. **Nexo Jornal**, Seção Políticas Públicas, 12 de abr. 2021. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/linha-do-tempo/2021/O-primeiro-ano-de-pandemia-no-Brasil-em-43-eventos>. Acesso em: 21 nov. 2021.

²⁵ RELEMBRE o que Bolsonaro já disse sobre a pandemia, de gripezinha e país de maricas a frescura e mimimi. **Folha de São Paulo**, 5 de mar. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/relembre-o-que-bolsonaro-ja-disse-sobre-a-pandemia-de-gripezinha-e-pais-de-maricas-a-frescura-e-mimimi.shtml>. Acesso em: 22 nov. 2021.

ser aplicado no Brasil²⁶. Além disso, em fevereiro de 2021, o STF, em maioria, legitimou a aquisição de vacinas pelos Estados e Municípios, caso o Plano Nacional de Imunização não fosse seguido pelo governo federal, a quantidade de vacinas adquiridas fosse insuficientes para imunizar toda a população, ou caso a Agência Nacional de Vigilância Sanitária não autorizasse, em 72 horas, o uso de vacinas já aprovadas por agências reguladoras internacionais²⁷. Nessas circunstâncias, é difícil não concluir que tamanha inércia da pasta da Saúde não tenha sido uma consequência lógica dos posicionamentos exteriorizados pelo detentor do cargo ao qual o Ministério se subordina, razão porque a decisão em sede de medida cautelar na ADI 6.341-DF mostrou-se manifestamente oportuna.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 672-DF, de autoria do Partido Rede Sustentabilidade, também apreciada pelo STF em 2020, igualmente celebrou a atuação dos governos estaduais e municipais na tentativa de desacelerar o contágio social pela Covid-19, definindo-a como crucial porque “são as autoridades locais e regionais que têm condições de fazer um diagnóstico em torno do avanço da doença e da capacidade de operação do sistema de saúde em cada localidade”. O relator da ação, Ministro Alexandre de Moraes, ressaltou a notoriedade (e a gravidade) da divergência de posicionamentos entre os entes da Federação em um momento que exigia justamente a cooperação de todas as esferas de governo. Ao conceder parcialmente a medida cautelar requerida pelo autor da ação, no sentido de confirmar a competência concorrente dos entes federativos (sendo complementar a dos Municípios) no que diz respeito à saúde pública, o Ministro explica que, em razão das peculiaridades estaduais, distritais e municipais, e dada a ausência de um plano nacional claro definido pelo Ministério da Saúde:

[...] Não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de

²⁶ MACHADO, Maria Letícia; FREITAS, Rebeca. O primeiro ano de pandemia no Brasil em 43 eventos. **Nexo Jornal**, Seção Políticas Públicas, 12 de abr. 2021. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/linha-do-tempo/2021/O-primeiro-ano-de-pandemia-no-Brasil-em-43-eventos>. Acesso em: 21 nov. 2021.

²⁷ RICHTER, André. Estados e municípios podem comprar vacinas contra covid-19, decide STF. **Agência Brasil**, 23 de fev. de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-02/estados-e-municipios-podem-comprar-vacinas-contr-covid-19-decide-stf>. Acesso em: 21 nov. 2021.

seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos [...].²⁸

A ausência de coordenação entre União e demais entes no primeiro ano de pandemia, de forma a estabelecer diretrizes nacionais técnica e cientificamente eficazes com atuação integrada entre Ministério e Secretarias Estaduais de Saúde, bem como a relutância do Governo Federal em adotar medidas sugeridas pela OMS e seguidas pela grande maioria das nações mundo afora, tiveram as suas repercussões. Uma delas, trazida em estudo pelo Grupo Alerta, indica que 120 mil mortes decorrentes de Covid-19 no Brasil poderiam ter sido evitadas até o mês de março de 2021, caso medidas não farmacológicas de combate à pandemia tivessem sido estimuladas e adotadas em larga escala no Brasil²⁹. Além disso, a falha de gestão articulada entre União e demais entes foi apontada por especialistas como fator de agravamento e de prolongamento desnecessário da recessão econômica causada pela pandemia ao país, razão pela qual o argumento de que as medidas não farmacológicas, como isolamento social e *lockdown*, não deveriam ser adotadas pois prejudicariam a economia, não se sustentava³⁰

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde é, nos termos do art. 196 da CRFB/1988, um direito de todos e um dever do Estado, além de ser um direito social consagrado no art. 6º da Magna Carta. Sua importância se justifica na condição de seu gozo para a manutenção da vida e da dignidade da pessoa humana como, respectivamente, o

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 672-DF**. Requerente: Partido Rede Sustentabilidade, Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em: 21 nov. 2021.

²⁹ WERNECK, G. L.; BAHIA, L.; MOREIRA, J. P. L.; SCHEFFER, M. **Mortes evitáveis por Covid-19 no Brasil: destaques e principais conclusões**. p. 19. Grupo Alerta, 24 de jun. 2021. Disponível em: <https://alerta.org.br/iniciativas-e-pesquisas/mortes-evitaveis-por-covid-19-no-brasil/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

³⁰ FORMA como Brasil combate a Covid-19 deve prejudicar a retomada econômica. **Exame**, 16 de jun. de 2020. Disponível em: <https://exame.com/economia/forma-como-brasil-combate-a-covid-19-deve-prejudicar-a-retomada-economica/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

direito fundamental de maior relevância do ordenamento jurídico pátrio e um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CRFB/1988). A prestação positiva do Estado como garantia do direito à saúde exige, naturalmente, um interesse estatal efetivo no fornecimento de recursos e insumos para viabilizar não apenas o mero contato da população às medidas de proteção à saúde, mas a satisfação plena de suas necessidades.

O fortalecimento da doutrina da reserva do possível, segundo o qual cabe à população a expectativa racional do gozo dos direitos que demandem recursos do Estado, em um país de Estado Social como o Brasil, torna imprescindível o resgate da doutrina do mínimo existencial (ou do básico social, segundo alguns teóricos), para que a ausência ou a inércia do Poder Público na tomada de providências em saúde pública não se torne empecilho capaz de negar à população o acesso à medidas básicas e indispensáveis ao seu bem-estar físico e mental. Em uma pandemia, o mínimo existencial exige esforços ainda mais contundentes dos governantes, pois a atuação estatal nesse sentido pode significar, literalmente, a diferença entre a vida e a morte de seus cidadãos

Com a pandemia do Coronavírus, o Estado Brasileiro se deparou com o agravamento do cenário da saúde pública há muito deficitário no país, de forma que a emergência sanitária mundial exigiu dele uma política sanitária técnica, preventiva e abrangente para resguardar, mais do que nunca, a saúde e a vida da população. Entretanto, governos estaduais, distritais e municipais se viram obrigados a adotar as medidas de contenção e de repressão ao vírus, na ausência de um plano nacional nesse sentido. Instituições como o Supremo Tribunal Federal foram procurados para obrigar o Governo Federal a respeitar as competências constitucionais conferidas a outros entes da federação no tocante às medidas administrativas e legislativas de proteção à saúde, enquanto manifestações controversas do Presidente da República criticavam quando exercidas por governadores e prefeitos.

Os resultados do combate à pandemia do Covid-19 podem ser vistos hoje. Não obstante a importância da vacinação para a atual queda dos níveis de contaminações e de óbitos no país em 2021, fazendo parecer que a pandemia no país foi controlada desde sempre, fato é que o Brasil notadamente pecou na falta de uma

coordenação nacional e integrada, entre Governos Federal e Estadual/Distrital/Municipal para controle desses níveis no ano de 2020, uma medida extremamente necessária na época. O direito à saúde como dever do Estado exigia inequivocadamente um entendimento uníssono e comum para resguardá-lo em benefício da população, cuja vida deveria ser a prioridade, mas, ao contrário, foi direta e prejudicialmente afetada pelas dissonâncias e ineficiências apontadas no presente trabalho. É fundamental que todas as esferas de governo no Brasil, em futuras emergências sanitárias, busquem incessantemente pela atuação integrada e em conformidade com parâmetros científicos seguros para promover a saúde de seus concidadãos, sob pena de tornar morta a letra da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, a própria definição de Estado Democrático de Direito por ela conferida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 672-DF. Requerente: Partido Rede Sustentabilidade. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em 21 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Plenário). Referendo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341-DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP**. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello, 23 de ago. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8/RS**. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Diná Rosa Vieira. Relator Ministro Celso de Mello, 12 de set. 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 13 nov. 2021.

CNN Brasil. **Infectologista explica diferença entre COVID-19 e H1N1**: ‘Situação mais complexa’. Seção Saúde, 28 de mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/infectologista-explica-diferenca-entre-covid-19-e-h1n1-situacao-mais-complexa/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O Mínimo Existencial como Retrocesso Sanitário para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Org). **Coletânea Direito à Saúde: Institucionalização**. Brasília: CONASS, 2018, p. 12-21. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/institucionalizacao/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

FORMA como Brasil combate a Covid-19 deve prejudicar a retomada econômica. **Exame**, 16 de jun. de 2020. Disponível em: <https://exame.com/economia/forma-como-brasil-combate-a-covid-19-deve-prejudicar-a-retomada-economica/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

GOOGLE Notícias. **Coronavírus (Covid-19)**. Disponível em: <https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F015fr&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419&state=1>. Acesso em: 14 nov. de 2021.

HISTÓRICO da pandemia de Covid-19. **Organização Pan-Americana de Saúde**, [s.d.]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 13 nov. 2021.

MACHADO, Maria Leticia; FREITAS, Rebeca. O primeiro ano de pandemia no Brasil em 43 eventos. **Nexo Jornal**, Seção Políticas Públicas, 12 de abr. 2021. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/linha-do-tempo/2021/O-primeiro-ano-de-pandemia-no-Brasil-em-43-eventos>. Acesso em: 21 nov. 2021.

MICHAELIS. **Dicionário on-line**. Saúde. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=sa%C3%BAde>. Acesso em: 12 nov. 2021.

MISMETI, Débora. Pandemia da H1N1 chega ao fim. **Folha de São Paulo**, Seção Saúde, 11 de ago. 2010. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=18382&anchor=5794318&origem=busca&pd=f2873d371461bbcaffc091c7c92f3b54?>. Acesso em: 14 nov. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 12 nov. 2021.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RELEMBRE o que Bolsonaro já disse sobre a pandemia, de gripezinha e país de maricas a frescura e mimimi. **Folha de São Paulo**, 5 de mar. de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/relembre-o-que-bolsonaro-jadisse-sobre-a-pandemia-de-gripezinha-e-pais-de-maricas-a-frescura-e-mimimi.shtml>. Acesso em: 22 nov. 2021.

RICHTER, André. **Estados e municípios podem comprar vacinas contra covid-19, decide STF**. Agência Brasil, 23 de fev. de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-02/estados-e-municipios-podem-comprar-vacinas-contracovid-19-decide-stf>. Acesso em: 21 nov. 2021.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 179. **Direitos Fundamentais & Justiça**, nº 1, 2007, p. 171-213. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>. Acesso em: 18 nov. 2021.

TEIXEIRA, C. M. E.; MADRUGA, G. A. M.; MEDEIROS, G. B. S.; LEITE FILHO, J. G. T. M.; DUARTE, S. S. M. Análise Comparativa das Pandemias Covid-19 e H1N1. **Brazilian Journal of Health Review**, Curitiba, vol. 3, n. 2, 2020, p. 3591-3595. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/9132/8935>. Acesso em: 14 nov. 2021.

VITORINO, Odair Márcio. Capítulo II: Dos Direitos Sociais. In: MACHADO, Costa. (Org.). **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. São Paulo: Ed. Manole, 2019, p. 53-73.

WERNECK, G. L.; BAHIA, L.; MOREIRA, J. P. L.; SCHEFFER, M. **Mortes evitáveis por Covid-19 no Brasil: destaques e principais conclusões**. Grupo Alerta, 24 de jun. 2021. Disponível em: <https://alerta.org.br/iniciativas-e-pesquisas/mortes-evitaveis-por-covid-19-no-brasil/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

PANDEMIA E REPERCUSSÕES JURÍDICAS EM GRUPOS VULNERÁVEIS: CRISE DO PRINCÍPIO DE ACESSO À JUSTIÇA

Deivinson Alves Lopes¹

RESUMO

O artigo reflete acerca da garantia de acesso à justiça e a forma que se relaciona com grupos vulneráveis. Em um primeiro momento, examina a natureza do princípio, a partir de uma construção histórica e sob o espectro constitucional. A seguir, identifica o quadro de vulnerabilidade jurídica e revela as barreiras que não só impedem, mas que desvirtuam o que é o verdadeiro acesso à Justiça, agravadas ainda pela pandemia do covid-19.

Palavras-chave: Justiça. Vulnerabilidade. Pandemia.

ABSTRACT

The article reflects on the guarantee of access to justice and the way it relates to vulnerable groups. At first, it examines the nature of the principle, based on a historical construction and under the constitutional spectrum. Then, it identifies the situation of vulnerability and reveals the barriers that not only block, but distort what true access to justice is, further aggravated by the covid-19 pandemic.

Key words: Justice. Vulnerability. Pandemy.

1 INTRODUÇÃO

O princípio constitucional do acesso à justiça é um direito fundamental previsto no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Para além de possibilitar a reivindicação de direitos, é um dos pilares na construção do estado democrático de direito.

¹ Aluno do curso de Pós-graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD, Direito e Prática Processual nos Tribunais.

Na prática, o acesso à justiça significa garantir a inafastabilidade de jurisdição, ou seja, todos os brasileiros deveriam ter acesso ao Poder Judiciário. Por trás de um conceito simples, há nessa garantia, desenhos institucionais densos, que nos fazem questionar a atuação do Estado, a relação sociedade e direito, e sobretudo a ideia de justiça.

A pandemia nesse contexto, não pode ser lida só como um rompimento de um quadro harmônico dessas relações, é na verdade um momento revelador do cenário de violação e ameaça dos direitos e garantias de grupos vulneráveis. Assim, reconhecer a dificuldade do acesso à justiça é a primeira parte de um problema maior.

Feita essa abordagem preliminar, constata-se que a pandemia causada pelo coronavírus (covid-19) tem demandado do Estado medidas pontuais de salvaguarda das garantias constitucionais e efetivação de direitos. Nesse quadro, mulheres, trabalhadores rurais, indígenas, a população afrodescendente, pessoas em situação de rua ou com fragilidade econômica, grupos minoritários, encarcerados, que antes já viviam em uma realidade de vulnerabilidade jurídica, enfrentam agora novos obstáculos.

Mais do que respostas, o tema demanda questionamentos: acessar o judiciário é por si só a efetivação do princípio do acesso à justiça? Quais as medidas adotadas pelo Estado para garantir a efetivação desse princípio? O que é justiça para essa determinada parcela da população? O direito de ação é suficiente para materializar essa garantia? A expectativa de justiça é correspondida?

O objeto do artigo absorve todos esses pensamentos, e os devolve em forma de pensamento crítico acerca do princípio do acesso à justiça. Atravessa o debate moral e filosófico sobre o ideal de justiça, e preocupa-se em identificar a origem e crise institucional que a garantia de jurisdição passa.

Nessa perspectiva, o desequilíbrio apresentado anteriormente, pode ser respondido inicialmente a partir da relação entre demanda e capacidade do Judiciário em atender a todos, contudo, esse é o caminho mais fácil. Ainda que a resposta muitas vezes dada ao assunto recorra essencialmente aos números, a problemática passa por arranjos sociais que propiciam a perpetuação de uma desigualdade posta.

Logo a abordagem da problemática não é apenas jurídica, é social e política, por consequência, a solução passa primordialmente em reconhecer as falhas na construção e materialização do acesso à justiça.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, representado muitas vezes pelo direito de ação, ou inafastabilidade de jurisdição é uma garantia atrelada à formatação de políticas de estado, e está em constante mutação². Essas diferentes concepções ficam claras quando se analisa o princípio dentro do Estado Liberal e em outro momento, no Estado de Bem-Estar Social.

No liberalismo o princípio do acesso à justiça era visto apenas em seu aspecto formal, estritamente ligado ao acesso do Poder Judiciário, refletido através de garantias mínimas capazes de assegurar, pelo menos no curso do processo, uma igualdade formal entre os litigantes. Na abordagem do bem-estar social, a garantia passa a ter caráter material, exigindo também a concretização de direitos fundamentais³.

Analisando isoladamente as diferentes noções do princípio do acesso à justiça, percebe-se uma linha evolutiva entre a primeira ideia e a segunda. Sob a visão liberal, não há necessidade de analisar contextos sociais e adequação do direito em cada inserção. Esse quadro representa uma garantia vazia, não há na última ponta incorporação de direitos, explica Lorena Miranda Santos:

Este é, exatamente, o desafio que se verifica no Brasil. Há de se desvincular as suas instituições e os seus aplicadores do direito da visão amesquinhada de acesso à justiça que lhes fora proposta pelo Estado liberal, buscando-se adequá-la, agora, aos fins primordiais de um Estado Social, de um Estado-Providência, consoante retrato estampado claramente na Constituição Federal de 1988.⁴

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 08-09.

³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Breves considerações sobre o princípio do acesso à justiça no direito brasileiro. **Revista de Direito Unifacs**, Salvador, v. 112, n. 5, p. 1-32, 10 out. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/835>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p-10-12.

No contexto constitucional, o princípio do acesso à justiça deveria ter escopo formal e material, representados por uma justiça concreta. Mais que acessar o judiciário, a garantia prevista no art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal dialoga diretamente com o conceito de justiça distributiva⁵, e cumpre papel sob a dimensão da efetividade, Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto, explicitam:

Esta prerrogativa foi democraticamente conquistada pelos cidadãos, sob a forma de “o mais básico dos Direitos Humanos”. Liga-se, também, à busca de tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção de resultados justos e efetivos. Esta preocupação evidencia a permanente busca pela efetividade do Direito e da Justiça no caso concreto. Nasce desvinculada de seu germe quando da dedução em juízo, ou melhor, no processo, procura-se apenas a obtenção de sua conclusão formal, pois o resultado final almejado em qualquer querela deve ser, na sua essência, pacificador do conflito.⁶

Cappelletti, um dos principais pensadores acerca do acesso à justiça, em sua perspectiva denominada novo enfoque de acesso à justiça, defende uma concepção de acesso à justiça mais ampla, apta a proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva. Nesse sentido, explica:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental- o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

O enfoque sobre o acesso- o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos- também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar.⁷

⁵ A justiça distributiva é entendida como a associação de normas constitucionais de um País que pretende reduzir desigualdades, explicada através dos termos “constitucionalismo social e democrático de direito”.

⁶ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. “O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 56, 10 dez. 2011.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 13.

Assim, a garantia de jurisdição ultrapassa estudos formalistas, indiferentes aos problemas sociais, transforma-se em meio de instrumentalização e garantia de direitos, e em último foco, absorve o conteúdo processual das localidades, demandando estudos jurídicos ligados às realidades do sistema judiciário local⁸.

Para Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto, a noção da necessidade de adequação processual aos quadros sociais conjuntamente com a participação ativa dos indivíduos é a chave da construção do direito de acesso à justiça moderno, a ausência disso é um dos retratos da crise institucional que a garantia ultrapassa no direito contemporâneo brasileiro:

Mas, para tal, há a necessidade de adequação do processo, pois o que se tem assistido é o somatório de insatisfações e decepções sentido pelos indivíduos, o que acaba por abalar e desgastar a credibilidade de que o nosso sistema ainda dispõe. Este paulatino descrédito vem firmando raízes a partir e conforme se evidenciam as debilidades e impossibilidades de o mesmo atender a tão complexa missão.

Essa adequação será alcançada com uma “mudança de paradigma”, que só será obtida a partir da formação de uma consciência que rompa posturas anteriores marcadas pela introspecção e que passe a considerar o mundo político e social (a realidade da vida) que rodeia o processo.⁹

2.1 Um desenho institucional falho: crítica à aplicação da garantia de acesso à justiça no direito brasileiro

A crise que a jurisdição brasileira enfrenta aponta a necessidade de superar os limites ligados aos métodos tradicionais, desde sua formação. O modelo clássico marcado pela oposição de interesses entre as partes, tratados de forma pontual e individualizada, coloca em cheque o fator de integração social, um dos pilares do espectro material do acesso à justiça.¹⁰

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 15.

⁹ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 56, 10 dez. 2011.

¹⁰ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 70, 10 dez. 2011.

Assim, a relação entre a crise do método de jurisdição é também o colapso do princípio do acesso à justiça, que por consequência é o retrato das falhas do Estado e do Direito, de forma ampla¹¹.

Atualmente, o acesso à justiça é principalmente fomentado por serviços de justiça gratuita, o que numa leitura inicial possibilita de fato a proteção da garantia¹². Todavia, na teoria de Cappelletti, essa é apenas a primeira das três perspectivas a serem debatidas na formação de uma tutela jurisdicional efetiva, a prestação jurisdicional aos hipossuficientes seria o primeiro passo nessa construção¹³.

O desenho de aplicação e garantia do acesso à justiça é falho não pela ausência de previsões normativas em relação aos grupos vulneráveis¹⁴, mas por falta de tratamento coletivo dos interesses. Não se trata aqui, da noção de direitos coletivos e difusos¹⁵, é na verdade, a inexistência de vinculação dos litígios aos assuntos de políticas públicas que envolvem esses grupos.

Além disso, no Brasil, o problema de acesso não passa apenas pela dificuldade de ingresso, propriamente dito. O sistema Judiciário brasileiro é marcado pela lentidão e a ineficiência, a experiência dos litigantes somada ao

¹¹ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O ACESSO À JUSTIÇA COMO “DIREITO HUMANO BÁSICO” E A CRISE DA JURISDIÇÃO NO BRASIL. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 71, 10 dez. 2011. Universidade Estadual de Londrina. Nesse ponto, o artigo traça paralelos entre o controle que o judiciário exerce com instrumentos de controle social de caráter não jurídico, dentre eles os de tecnologia, de controle informal e de meios de comunicação de massa. É interessante notar que a reorganização da justiça passa exatamente por esse ponto, contudo, como bem observam os autores, a integração desses elementos não pode significar apenas um reaparelhamento estatal, devem impactar na verdadeira abertura do Judiciário, de criação de formas legítimas e razoáveis de democratização.

¹² LEONARDO, César Augusto Luiz; GARDINAL, Aline Buzete. O Papel da Defensoria Pública como Instrumento de Efetivação do Acesso à Justiça aos Vulneráveis. *Revista Direito Público, Brasília*, v. 17, n. 91, p. 143-165, fev. 2020. Importante a distinção entre acesso ao Poder Judiciário e a suas instituições e acesso à justiça, o último corresponde ao conjunto de valores e direitos fundamentais para o ser humano. “Isso porque, para o efetivo acesso, é indispensável que o maior número de pessoas consiga demandar ou defender-se adequadamente (quando na via judicial), e que haja segurança de suas próprias soluções (quando na via extrajudicial)”

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 67.

¹⁴ Longe de ser uma classificação simples, o conceito de grupos vulneráveis adotado ao longo do texto segue linha teórica que entende como vulnerabilidade.

¹⁵ Sobre direitos coletivos e difusos, o texto constitucional abrange: - a representação de entidades associativas (art. 5º, XXI); - o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, "a" e "b"); - a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, através do Ministério Público (art. 129, III). A legislação infraconstitucional também tratou da matéria, sobretudo através das Leis nº 7.347/85, que dispõe sobre a ação civil pública. Em relação aos fatores de integração, cita-se a Lei Maria da Penha e sua vinculação ao tema da violência doméstica.

desconhecimento dos procedimentos resulta em uma percepção de resposta jurisdicional inadequada.¹⁶

A relação tempo/processo é importante, especialmente para grupos em vulnerabilidade jurídica, pois requer avaliação sensível e qualitativa, fora de critérios objetivos¹⁷. Nesse sentido, a duração do processo é para essas pessoas, fator de corrosão do direito pleiteado, Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto demonstram:

Dessa maneira, fica clara a busca pela celeridade processual permeada pelo tratamento adequado resultante de uma resposta qualificada aos conflitos. Uma decisão judicial, por mais justa e correta que seja, muitas vezes pode tornar-se ineficaz quando chega tarde, ou seja, quando é entregue ao jurisdicionado no momento em que não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado¹⁸.

A resposta tardia não acompanha os conflitos sociais, seja pela dificuldade de automação do judiciário ou por questões objetivamente processuais. No recorte temporal em que passamos, a celeridade processual é requisito primordial. A pandemia causada pelo covid-19 aumentou exponencialmente a litigiosidade, há sobrecarga de legislação e por consequência acúmulo de processos sem resposta efetiva. Nesse sentido, a tutela jurisdicional tempestiva é elementar ao acesso à justiça de forma adequada¹⁹.

¹⁶ Em suma, a averiguação da razoável duração do processo abriga uma questão surgida com a terceira “onda” dentro da teoria de Capeletti: a qualidade ou efetividade. A efetividade tem relação direta com a utilidade que o provimento jurisdicional possa produzir para os jurisdicionados.

¹⁷ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 56, 10 dez. 2011.

¹⁸ SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 58, 10 dez. 2011.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ; TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. Mesmo que não tão contemporânea, a análise do autor das garantias constitucionais do processo civil acompanha a leitura feita até aqui “Uma leitura mais moderna, no entanto, faz surgir a ideia de que essa norma constitucional garante não só o direito à ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como garantia fundamental de justiça”.

O desenho institucional falho apontado até aqui não está refletido apenas na inviabilidade processual de fornecer uma prestação jurisdicional efetiva à sociedade. Além da ótica operacional, percebe-se que o Estado na atualidade apresenta lacunas em seus mecanismos econômicos, sociais e jurídicos. Notadamente, após a explosão do coronavírus, houve uma mudança de foco na função jurisdicional, que passou a ser instrumento de resolução de conflitos sociais, ampliando sua fronteira para formas de proporcionar o acesso ao judiciário.

Contudo, mesmo que houvesse todas as mudanças de instrumentalidade processual e funcionalidade do Poder Judiciário, sem um diálogo e intervenção no sistema social e na estrutura política do Estado brasileiro, não seria possível atingir-se resultados satisfatórios quanto ao amplo acesso à justiça, especialmente quanto à sua efetividade²⁰. O professor Arnaldo de A. Machado Júnior aponta:

Deve-se vislumbrar o processo sob a ótica do Estado Democrático de Direito, atribuindo-se a ele o caráter de instrumentalidade de transformação social, colimando efetivar os preceitos fundamentais, sobretudo o de acesso à justiça. Nessa vertente, o novo enfoque do acesso à justiça exige uma reformatação operacional e ideológica de todo o sistema jurídico. É justamente nesse contexto de mudanças de fundo que a reforma do Código de Processo Civil tem atuado. Nunca se falou tanto em acesso à justiça, instrumentalidade, efetividade e sincretismo processual.²¹

Há uma interação sistêmica entre todos esses fatores, cujo resultado concreto aponta a falta de proteção ao direito fundamental do acesso à justiça e o esvaziamento do seu conteúdo. A manutenção do ciclo vicioso da pobreza, a distribuição desigual dos direitos adquiridos, o agravamento das disparidades locais e a atuação remota devido ao covid-19 representam os atuais desafios do acesso à justiça.²²

²⁰ JÚNIOR, Arnaldo de A. Machado. A crise de acesso à justiça no direito brasileiro. **Revista da Esmese Sergipe**, ano 2006, v. 1, n. 09, p. 1-22, 31 dez. 2005. A produção acadêmica do Professor Arnaldo mostra-se completamente contemporânea ao assunto, mesmo após dezesseis anos. Entender a crise institucional para além dos problemas “operacionais” do direito, e lançar olhos à conjuntura social e política compõe a visão amplificada e crítica que se propõe o artigo.

²¹ JÚNIOR, Arnaldo de A. Machado. A crise de acesso à justiça no direito brasileiro. **Revista da Esmese Sergipe**, ano 2006, v. 1, n. 09, p. 18. 31 dez. 2005

²² JÚNIOR, Arnaldo de A. Machado. A crise de acesso à justiça no direito brasileiro. **Revista da Esmese Sergipe**, ano 2006, v. 1, n. 09, p. 15. 31 dez. 2005.

Tudo isso determina a necessidade de buscar meios alternativos de resposta aos conflitos. Dentre esses caminhos se vislumbra métodos alternativos ou de autocomposição²³. Entretanto, o caminho é mais tortuoso quando se percebe que a solução das demandas não será dada para fora do Estado, assim, a autotutela não é a resposta ideal, mesmo com a existência de demandas emancipatórias dessas pessoas. Acessar a justiça muitas vezes é a única via de reconhecimento de direitos básicos, Fernando Antônio Calmon, ao propor uma redefinição da concepção teórica de acesso à justiça exemplifica:

Entretanto, a lei por si só não basta. Exige-se a intervenção, porquanto não há lei se não há a atribuição de um significado normativo. Logo, necessária a intervenção (institucional) com a finalidade de dizer o direito. Assim, acesso à justiça significa acesso à proteção estatal ao contexto das regras que regulam o comportamento e que necessitam de intervenção para apresentar uma solução. Acesso à justiça é acesso à ordem, que se consubstancia nos valores juridicamente pactuados e colocados à disposição dos cidadãos; é acesso ao amparo do Estado, à liberdade, e à negação da violência e à dignidade da vida. Acesso à justiça revela uma reação natural guiada pelo instinto de conservação fundamental que, no final, representa a própria existência²⁴.

Para grupos vulneráveis a garantia do acesso à justiça é primordial pois significa o meio de atingir os preceitos básicos da constituição federal, a litigância aqui, não é contenciosa, nem deveria ser. Ela é marcada não por disputas, mas por processos de reconhecimento e libertação. Sobre aspecto emancipatório do direito, Ana Maria Araújo Freire acentua:

O acesso à Justiça pelos vulneráveis e oprimidos/as se deve em grande parte ao pensamento e a práxis de Paulo Freire, que lutou incessante, engajada e bravamente por toda a sua vida, através de sua crença nos homens e nas mulheres e de sua solidariedade pessoal a todos e a todas os justos, postas na sua obra, pelo Direito como prática para a libertação.²⁵

²³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem:** alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 105 e seguintes. Sobre métodos alternativos de resolução de conflitos.

²⁴ REIS, Fernando Antônio Calmon. Da nova concepção teórica de acesso à justiça: o Judiciário como ultima ratio. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v. 1, n. 1, 2019, p. 192.

²⁵ FREIRE, Ana Maria Araújo *et al.* **Acesso à Justiça e a pedagogia dos vulneráveis.** v. 8. Brasília: Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, 2016.

3 ASPECTOS DE UM MODELO EXCLUDENTE: GRUPOS VULNERÁVEIS E O DIREITO DE AÇÃO

O direito ao acesso à justiça no Brasil é marcado por um cenário de exclusão social. A cidadania no Brasil tem uma construção extremamente deficitária, portanto a vulnerabilidade deve ser lida como a ausência de autodeterminação na defesa de direitos²⁶.

Quando se fala em vulnerabilidade, não é seguida aqui uma abordagem essencialmente econômica. Adota-se para critérios de definição a ideia de vulnerabilidade jurídica, grupos vulneráveis são pessoas em situação de ameaça ou violação de direitos em uma dimensão coletiva²⁷. Complementa o conceito, a construção da ideia de vulnerabilidade por Michelly Eustáquia do Carmo e Francini Lube Guizardi:

O ser humano vulnerável, por outro lado, é aquele que, conforme conceito compartilhado pelas áreas da saúde e assistência social, não necessariamente sofrerá danos, mas está a eles mais suscetível uma vez que possui desvantagens para a mobilidade social, não alcançando patamares mais elevados de qualidade de vida em sociedade em função de sua cidadania fragilizada. Assim, ao mesmo tempo, o ser humano vulnerável pode possuir ou ser apoiado para criar as capacidades necessárias para a mudança de sua condição. É com base nessa última afirmação que concordamos que não se trata, a vulnerabilidade, apenas de uma condição natural que não permite contestações. Isso porque percebemos que o estado de

²⁶ REIS, Fernando Antônio Calmon. Da nova concepção teórica de acesso à justiça: o Judiciário como ultima ratio. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v. 1, n. 1, 2019, p. 193. A associação entre direitos, vulnerabilidade e cidadania é tarefa complexa, bem por isso aproveita-se do trecho de Fernando Calmon para evidenciar o ensaio: “Por isso, a afirmação de Marinoni de que “o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania” (MARINONI, 1993, p. 25); e cidadania significa, nas lições de Pérez Luño (Apud GORCZEWSKI; MARTIN, 2011), “en el vínculo de pertenencia a un Estado de derecho por parte de quienes son sus nacionales, situación que se desglosa en un conjunto de derechos y deberes; ciudadano será la persona física titular de esta situación jurídica”. Ou nas palavras de Paulo Bonavides (2007, p. 93): “A cidadania é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado”.

²⁷ Na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos, a vulnerabilidade é entendida como uma medida das características (sensibilidade) e circunstâncias (exposição) de uma pessoa ou grupo a uma ameaça, incluindo o grau de recuperação do impacto produzido pelo evento prejudicial. A vulnerabilidade assim definida depende do conjunto de elementos que decorrem da situação ou condição de uma pessoa ou de um grupo. CorteIDH, Comunidade Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguai, 29 março 2006. A jurisprudência interamericana está disponível no site: www.corteidh.or.cr

vulnerabilidade associa situações e contextos individuais e, sobretudo, coletivos.²⁸

A análise conjunta dos grupos em situação de vulnerabilidade revela que estes sujeitos possuem demandas e necessidades de diversas ordens, a suscetibilidade a situações de ameaça ou violação de direitos está atrelada a contextos de desigualdade e injustiça social. Assim, o acesso à justiça muitas vezes cumpre papel de porta-voz dentro dessa parcela de população invisibilizada.²⁹

A vulnerabilidade é a afirmação de que, na prática, direitos e obrigações são distribuídos de forma desequilibrada. A garantia de acesso a direitos e deveres está tensionada a fatores sociais, econômicos, de gênero e origem étnica. Por mais que o modelo do Estado Brasileiro seja pautado na justiça distributiva, os recursos não chegam a todos. Rosmerlin Estupiñan-Silva compartilha a mesma visão do aspecto excludente da busca de direitos por grupos vulneráveis:

Las posibilidades reales de ejercicio de los derechos dependen de lo que la doctrina de las ciencias aplicadas llamada las “calificaciones de acceso”, es decir, el conjunto de atributos sociales necesarios para aprovechar las oportunidades de acceso a los derechos.³⁰

Atualmente, as qualificações de acesso, apresentadas pelo autor encontram-se elevadas ao extremo. A pandemia desencadeou mudanças severas na sociedade, afetou as estruturas estatais, condições laborais e as relações interpessoais no todo. Logo, o conjunto de atributos sociais necessários para exercitar o direito de acesso à justiça de forma plena também enfrenta instabilidade.

Essa variação de fatores implica automaticamente em adaptações, logo, em que medida o Estado, a Sociedade e o Direito responderam ao evento? O estudo de políticas públicas aponta que qualquer tipo de resposta durante um momento de crise não indica mudanças institucionais, é na verdade um gerenciamento de risco, o que

²⁸ CARMO, Michelly Eustáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. **Cadernos de Saúde Pública**, [S.L.], v. 34, n. 3, p. 6, 26 mar. 2018.

²⁹ CARMO, Michelly Eustáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. **Cadernos de Saúde Pública**, [S.L.], v. 34, n. 3, p. 8, 26 mar. 2018.

³⁰ ESTUPIÑAN-SILVA R & IBAÑEZ-RIVAS J, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales”, en *Derechos humanos de los grupos vulnerables*, Valdivia, **Universidad Austral de Chile**, aproximadamente em 2014.

encaminha uma indeterminação absoluta em termos de conceitos e implicações práticas, “como uma sociedade pode viver e se ajustar a diferentes eventos, em que médias, em quais variações, os extremos serão a norma?”³¹

Assim, o questionamento formulado fomenta a análise da crise institucional do princípio. Dessa forma, a pandemia pode ser o fator determinante para implementações de novas ferramentas e modificações para garantir o acesso à justiça, todavia, não pode ser o único, sob o risco de descolamento de demandas sociais anteriores. Logicamente, o risco de lesão aos direitos é catalisado pelo momento pandêmico, bem por isso, a resposta do judiciário se deu em caráter de urgência, a velocidade da resposta e suas modulações é explicada por Maria Carmen Rojas na construção da ideia de adaptação à desastres:

Uno supone que el concepto de adaptación se desarrolló con referencia a cambios en promedios. Pero de repente no es así y realmente es adaptación a los extremos en aumento. Y tal vez es a ambos. Claramente los cambios, medidas y mecanismos requeridos para promover una adecuada respuesta social a modificaciones permanentes en promedios no puede ser lo mismo que por los extremos.³²

Garantir o acesso à justiça de forma plena, como explicado no capítulo anterior, apresentava-se como desafio para o Judiciário antes mesmo da crise causada pelo coronavírus, às fragilidades da garantia faziam-se presentes no próprio modelo institucional.³³

Contudo, a enfermidade afeta principalmente os grupos mais vulneráveis da população, em decorrência dos graves riscos à vida, à saúde e à integridade pessoal que ela trouxe³⁴. Ao mencionar vulnerabilidade, gerenciamento de risco e

³¹ ROJAS, Maria Carmen et al. *Lecturas sobre vulnerabilidad y desigualdad social*. Córdoba: Editorial Copiar, 2009. p.99-108.

³² ROJAS, Maria Carmen et al. *Lecturas sobre vulnerabilidad y desigualdad social*. Córdoba: Editorial Copiar, 2009. p.103.

³³ GONZAGA, Alvaro de Azevedo et al. O acesso à justiça pelos grupos vulneráveis em tempos de pandemia de covid-19. *Revista Humanidades e Inovação*, São Paulo, v. 19, n. 9, p. 50-61, 09 out. 2020.

³⁴ “BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. “O número de casos novos sobre direitos humanos em 2020 mais do que triplicou em relação a 2019 (342%). Grande parte corresponde a ações sobre assistência social, provavelmente em decorrência da pandemia de covid-19 e eventual situação de vulnerabilidade econômica. Desconsiderando as ações sobre assistência social, as demandas relativas a direitos humanos tiveram aumento de 46,8% em relação a 2019.”

adaptações, faz-se necessário a leitura das práticas dos tribunais e os resultados que elas atingiram na tentativa de preservação de direitos.

Sem dúvidas, o isolamento social em virtude da pandemia de covid-19 tem ocasionado enorme impacto na maneira como opera todo o sistema de Justiça nacional, seja os expedientes nos tribunais, seja no cumprimento de diligências e atos processuais. Uma das práticas amplamente divulgadas é a realização das audiências de forma virtual, por videoconferência.³⁵

O processo eletrônico não importa no juízo 100% digital, os atos processuais continuam sendo praticados pelas partes. Contudo, a forma que são realizados aumentam as qualificações de acesso.

A partir da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação 2019, a Pnad TIC³⁶ consignou-se que, no País, em 2019, 21,7% das pessoas de 10 anos ou mais de idade não utilizaram a Internet, no período de referência do último trimestre do ano. Esse percentual corresponde a 39,8 milhões de pessoas. Os dois motivos mais apontados para a falta de utilização foram desconhecimento técnico e falta de interesse em acessá-la, que abrangeram, respectivamente, 43,8% e 31,6%. Os dois motivos seguintes foram razões econômicas e representaram, em conjunto, 18,0%. O argumento de que o serviço de acesso à Internet não os locais que as pessoas estavam inseridas ainda ficou em 4,3%.

Os motivos estão intimamente ligados à vulnerabilidade³⁷. A falta de instrução, interesse, recursos financeiros e localidade são fatores atrelados à

³⁵ Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 354/2020, de 19 de novembro de 2020**. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>. A resolução 354 define sessão por videoconferência como comunicação a distância realizada em ambientes de unidades judiciárias. Já a sessão telepresencial são audiências e sessões realizadas a partir de ambiente físico externo ao fórum ou juízo.

³⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2021.

³⁷ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 106-122, 19 jun. 2017. Anual. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/219>. Muitas vezes há confusão entre as terminologias vulneráveis e minorias, Dirceu Pereira e Lorena Barbosa diferenciam: "Os grupos vulneráveis buscam exercer seus direitos, já as minorias buscam,

desigualdade social, que por sua vez, impactam negativamente no acesso à justiça mesmo não integrando conteúdos essencialmente jurídicos. Ana Luíza Barcelos explica essa relação:

Observa-se que entre os elementos não jurídicos que contribuem para as dificuldades de acesso à justiça tem-se, merecendo o devido destaque, a pobreza e a ausência de informação. Para a pobreza situa-se como entrave o elevado custo processual e, mesmo quando assegurada a assistência jurídica integral aos necessitados, nos moldes previstos no art. 5º, inciso LXXIV, CF, as dificuldades econômicas dificultam o efetivo acesso à ordem jurídica justa, tudo em decorrência da desigualdade, do abismo potencialmente existente entre as partes de condições socioeconômicas distintas.³⁸

Veja, de acordo com o portal justiça em números, principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, em 2020, 48 tribunais alcançaram 100% de processos eletrônicos nos dois graus de jurisdição. Entre eles, os órgãos da Justiça do Trabalho, com 100% de casos novos virtuais no 1º grau de todos os TRTs e no TST e 99,8% no 2º grau dos TRTs, e os da Justiça Eleitoral, com 99,5% de casos novos virtuais.³⁹

Fica evidente que a população mais carente sequer compõe as estatísticas dos tribunais. Por si só, os dados indicam um quadro de violação à inafastabilidade da jurisdição. Se em 48 tribunais os processos são 100% eletrônicos e caminham para a implementação do juízo digital e 39,8 milhões de pessoas não tiveram acesso à internet⁴⁰, número esse desatualizado, já que os estudos socioeconômicos foram suspensos devido à pandemia, o cenário de crise do princípio do acesso à justiça é também silencioso e acarretaem processos de invisibilização. A questão, portanto, recai sobre a legitimidade da virtualização dos expedientes mesmo em tempos pandêmicos.

primeiramente, o reconhecimento de que também possuem direito e, posteriormente, mas concomitantemente, o exercício destes; o que move uma minoria é o impulso de transformação”

³⁸ BARCELLOS, Ana Luíza Berg. Duração razoável dos processos judiciais de saúde: Tramitação preferencial e efetividade da prestação jurisdicional. **Tese de Doutorado**. Universidade Católica de Pelotas – UCPEL: 2017.

³⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>.

⁴⁰ HARTMANN, Ivar. A right to free internet? On internet access and social rights. **Journal of High Technology Law**, v. 13, nº 2, 2013. O direito fundamental do acesso à internet é novamente holofote de discussões em cortes internacionais. Sua fundamentalidade está amparada na sua conexão com direitos fundamentais já reconhecidos, como o acesso à justiça. Faz total sentido nesse contexto, com a crescente virtualização dos procedimentos.

Os avanços tecnológicos não acompanham a velocidade dos programas de inclusão social, aumentando o distanciamento do pleno exercício do direito de acesso à justiça. Segue esse pensamento, Patrícia Brusamarello, que propõe uma análise do acesso no contexto de tratamentos paliativos, ligados ao direito à saúde:

Esse abismo existente entre as camadas mais pobres da população e as que detém condições econômicas melhores não pode interferir na efetivação do acesso à justiça. Os pacientes que se encontram para além da hipossuficiência econômica (e independentemente desta) em razão estarem em situação de vulnerabilidade acentuada provocada por doença terminal e em tratamento paliativo, merecem que o acesso à justiça seja observado por uma ótica especial.⁴¹

Os números revelam os aspectos de um modelo excludente e processos de implementação inaptos a garantir de forma qualitativa o acesso à justiça. Os procedimentos de ingresso e acesso ao Poder Judiciário não dialogam diretamente com grupos vulneráveis, o que sugere uma real preocupação com a efetividade e qualidade das prestações jurisdicionais, presentes e futuras.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do primeiro capítulo fica claro que o princípio do acesso à justiça, pilar do Estado Democrático de Direito, é reflexo das relações entre Sociedade, Estado e Direito. Entender que o acesso à justiça é mais do que o simples ingresso ao judiciário talvez seja a lição mais importante do tema, e a primeira delas no caminho rumo à materialização e proteção da garantia.

As várias discussões e correntes de pensamento propostas ao longo dos anos revelam que não há um modelo ideal de efetivação do acesso à justiça, contudo, percebe-se que como todo objeto jurídico/social, passou por grandes evoluções, ou ondas, como propôs Capelatti. Vivenciamos uma delas, o estudo contemporâneo do processo civil é caracterizado justamente pela busca de concretização de direitos, entendendo que o acesso não é apenas um direito social fundamental, é, também, o ponto central da moderna processualística.

⁴¹ NARDELLO, Patrícia Brusamarello. O acesso à justiça para grupos vulneráveis submetidos a cuidados paliativos: perspectivas a partir da experiência do projeto direito cuidadoso. 2020. 168 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Ciências Sociais, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2020. Cap. 1

Todavia, a modernização processual implementada revela-se ineficaz na questão do acesso por grupos vulneráveis. Primeiro, porque o problema ultrapassa a esfera jurídica, a vulnerabilidade demanda análise e mobilização de todas as ciências humanas, em sua conceituação e aplicações. Segundo, pois, visualiza-se um processo de invisibilização dessas pessoas, seus interesses não estão abrangidos na formação de novos mecanismos de acesso, nem se fazem presentes em números estatísticos, o que revela uma crise institucional, decorrente da organização do poder judiciário e das bases teóricas e éticas que compõe o desenho do Estado Brasileiro, já anteriores ao covid-19.

Dessa forma, a superação deste quadro, passa sobretudo por um reconhecimento por parte das instituições estatais das demandas e expectativas geradas por grupos vulneráveis em relação ao acesso à justiça. Logicamente, o presente artigo não esgota o tema, mas chama a atenção para formas de reinterpretá-lo e adequá-lo para além do ingresso de ações.

A pandemia sem dúvidas afetou diretamente o direito do acesso à justiça, contudo, os impactos não serão permanentes, as medidas implementadas até aqui mostram que é possível pensar em um acesso à justiça constitucionalmente adequado, destinado a romper o verdadeiro fator de isolamento social, a vulnerabilidade jurídica da população brasileira.

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Breves considerações sobre o princípio do acesso à justiça no direito brasileiro. **Revista de Direito Unifacs**, Salvador, v. 112, n. 5, p. 1-32, 10 out. 2009. Anual. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/835>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 105 e seguintes.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad.e Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARMO, Michelly Eustáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas públicas de saúde e assistência social. **Cadernos de Saúde Pública**, [S.L.], v. 34, n. 3, p. 1-34, 26 mar. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00101417>.

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 354/2020, de 19 de novembro de 2020**. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>. Acesso em: 24 nov. 2021.

ESTUPIÑAN-SILVA R & IBÁÑEZ-RIVAS J, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales”, en Derechos humanos de los grupos vulnerables, Valdivia, **Universidad Austral de Chile**, aproximadamente em 2014.

FREIRE, Ana Maria Araújo et al. **Acesso à Justiça e a pedagogia dos vulneráveis**. v. 8. Brasília: Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, 2016.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo et al. O acesso à justiça pelos grupos vulneráveis em tempos de pandemia de covid-19. **Revista Humanidades e Inovação**, São Paulo, v. 19, n. 9, p. 50-61, 09 out. 2020.

HARTMANN, Ivar. A right to free internet? On internet access and social rights. **Journal of High Technology Law**, v. 13, nº 2, 2013.

JÚNIOR, Arnaldo de A. Machado. A crise de acesso à justiça no direito brasileiro. **Revista da Esmese, Sergipe**, ano 2006, v. 1, n. 09, p. 1-22, 31 dez. 2005. Disponível em: https://core.ac.uk/display/79073265?utm_source=pdf&utm_medium=banner\utm_campaign=pdf-decoration-v1. Acesso em: 24 nov. 2021.

LEONARDO, César Augusto Luiz; GARDINAL, Aline Buzete. O Papel da Defensoria Pública como Instrumento de Efetivação do Acesso à Justiça aos Vulneráveis. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 91, p. 143-165, fev. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ; TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

NARDELLO, Patrícia Brusamarello. O acesso à justiça para grupos vulneráveis submetidos a cuidados paliativos: perspectivas a partir da experiência do projeto direito cuidativo. 2020. 168 f. Dissertação (**Mestrado**) - Curso de Direito, Faculdade de Ciências Sociais, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2020.

REIS, Fernando Antônio Calmon. Da nova concepção teórica de acesso à justiça: o Judiciário como ultima ratio. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, v. 1, n. 1, 2019.

ROJAS, Maria Carmen *et al.* **Lecturas sobre vulnerabilidad y desigualdad social.** Córdoba: Editorial Copiar, 2009.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 106-122, 19 jun. 2017. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/219>. Acesso em: 01 dez. 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 53-74, 10 dez. 2011. Universidade Estadual de Londrina. <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189>. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/8501>. Acesso em: 29 nov. 2021.

A DIGNIDADE E PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA EM RELAÇÃO AO TRABALHO INFANTIL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SUA ERRADICAÇÃO

Iasmim Aparecida de Mesquita Oliveira¹

RESUMO

Qualquer forma de labor realizado por crianças e adolescentes abaixo da idade mínima permitida por lei, pode ser entendida como trabalho infantil. A utilização massiva da mão-de-obra infantil é um acontecimento antigo e frequente na história da civilização, no entanto, deve-se considerar que a criança não dispõe de força muscular, nem maturidade necessárias às atividades laborais, e, a realização destas durante a infância compromete o seu desenvolvimento, promovendo graves danos físicos e psíquicos em sua vida. Devido a extrema importância de uma infância saudável e feliz para o desenvolvimento humano, a criança necessita de uma proteção jurídica, política e social completa e específica que lhe é concedida através da doutrina da proteção integral instituída na Constituição Federal que compete ao Estado, à família e à sociedade, o encargo de proteção do menor a qualquer espécie de violência. Essa doutrina modificou a forma como o menor era visto perante a sociedade e o mundo jurídico, reconhecendo sua condição de desenvolvimento e garantindo-lhe direitos e oportunidades para um desenvolvimento saudável e feliz. A exploração do trabalho infantil configura uma grave violação da dignidade e da proteção integral e extrema violência contra o menor, visto que a atividade laboral o impede de exercer plenamente o direito à educação, ao lazer, à cultura, à saúde, à convivência social e familiar, dentre outros, prejudicando diretamente o seu desenvolvimento. Ante o exposto, busca-se estudar a dignidade e a proteção integral da criança e do adolescente como fundamentos basilares à vedação da utilização de mão-de-obra infantil, bem como analisar a presença do trabalho infantil no Brasil e as políticas públicas adotadas para sua erradicação.

Palavras-chave: Trabalho Infantil; Proteção Integral; Dignidade da Criança.

¹ Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário IESB. Advogada. E-mail: iasmimoliveira@gmail.com.

ABSTRACT

Any form of work performed by children and adolescents below the minimum age allowed by law can be understood as child labor. The massive use of child labor is an ancient and frequent event in the history of civilization, however, it should be considered that the child does not have the muscle strength or maturity necessary for work activities, and the performance of these during childhood compromises their development, promoting serious physical and psychological damage in their lives. Due to the extreme importance of a healthy and happy childhood for human development, the child needs complete and specific legal, political and social protection that is granted through the doctrine of full protection established in the Federal Constitution, which is the responsibility of the State, the family and to society, the burden of protecting the minor from any kind of violence. This doctrine changed the way in which minors were seen in society and the legal world, recognizing their condition of development and guaranteeing them rights and opportunities for a healthy and happy development. The exploitation of child labor constitutes a serious violation of dignity and full protection and extreme violence against minors, as their work activity prevents them from fully exercising their right to education, leisure, culture, health, social interaction and family, among others, directly impairing their development. In light of the above, the aim is to study the dignity and full protection of children and adolescents as the basic foundations for the prohibition of the use of child labor, as well as to analyze the presence of child labor in Brazil and the public policies adopted for its eradication.

Keywords: Child labor; Full Protection; Dignity of the Child.

1 INTRODUÇÃO

A utilização massiva da mão-de-obra infantil não é um acontecimento recente no desenvolvimento da civilização. No Brasil, há relatos dessa utilização desde a colonização do país, quando as crianças negras e indígenas eram introduzidas nos trabalhos domésticos e nas plantações. Sendo a escravidão um fator que contribuiu fortemente para o trabalho infantil, não só no Brasil, mas em todo o mundo².

Em uma explicação simplificada, entende-se o trabalho infantil como toda e qualquer forma de labor realizado por crianças e adolescentes abaixo da idade mínima permitida por lei. Muito embora exista, no Brasil, a proibição legislativa do labor aos menores de 14 anos, é significativa a quantidade de menores em situação de trabalho infantil.

² SILVA, Ananda Estefhayne Pinheiro da. Trabalho infantil no Brasil: sua história os instrumentos de proteção. Caruaru. 2017. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/820>. Acesso em: 26 nov. 2021.

A pobreza é reconhecida pela Organização Internacional do Trabalho como grande influenciadora do trabalho infantil. A desigualdade social e a pobreza provocam uma grande dificuldade de manter a subsistência familiar, motivo pelo qual os mantenedores se submetem a trabalhos de baixas condições humanas a fim de arcar com as despesas mais básicas. Diante da necessidade de aumentar a renda familiar e garantir sua subsistência, diversas crianças suprimem fases fundamentais para seu desenvolvimento, reprimindo emoções e comportamentos que caracterizam sua infância³. Dessa forma, é frequente a exploração de mão-de-obra infantil.

A criança não dispõe de força muscular, nem maturidade necessárias às atividades laborais, e, a realização destas durante a infância compromete o seu desenvolvimento, promovendo graves danos físicos e psíquicos em sua vida. A infância é um período de extrema importância para o desenvolvimento humano⁴. Os aspectos físicos e psíquicos vão se remodelando durante este período, assim sendo, a criança necessita de uma proteção jurídica, política e social completa e específica.

A criança e o adolescente possuem todos os direitos fundamentais e inerentes à pessoa humana, tendo o ordenamento jurídico brasileiro adotado a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, que compete ao Estado, à família e à sociedade, o encargo de proteção a qualquer espécie de violência, garantindo-lhes que todos zelem pela sua liberdade, dignidade e desenvolvimento físico, mental, moral e social.

Ante o exposto, busca-se estudar a dignidade e a proteção integral da criança e do adolescente, instituída pela Constituição Federal, como fundamentos basilares à vedação da utilização de mão-de-obra infantil, bem como analisar a presença do trabalho infantil no Brasil e os mecanismos adotados para sua erradicação.

³ SILVA, Ananda Estefhayne Pinheiro da. Trabalho infantil no Brasil: sua história os instrumentos de proteção. Caruaru. 2017. Disponível em: <http://repositorio.asces.edu.br/handle/123456789/820>. Acesso em: 26 nov. 2021.

⁴ ANTONIASSI, Helga Maria Miranda et al. O trabalho infantil no Brasil e a doutrina da proteção integral. São Paulo. 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8248>. Acesso em: 20 nov. 2021.

2 A DIGNIDADE E PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA EM RELAÇÃO AO TRABALHO INFANTIL

O princípio da dignidade da pessoa humana integra o alicerce da Constituição Federal e está expresso em seu artigo 1º. É considerado, por muitos doutrinadores, como um supra princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro e se faz pertinente para que haja a proteção da sociedade e integridade de todos, visto que, proíbe a coisificação do ser humano, impossibilitando que este seja tratado como objeto⁵.

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente e indissolúvel de todo e qualquer ser humano. Reconhece que a sua simples condição humana lhe faz titular de direitos que devem ser respeitados por todos, é como um valor próprio que identifica. Suscita e impõe o reconhecimento e a proteção de todos os direitos fundamentais. Dessa forma, desconsiderar os direitos fundamentais da pessoa humana é negar-lhe a própria dignidade⁶.

Ante o exposto, ressalta-se que a criança é possuidora de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, portanto a exploração da mão-de-obra infantil configura grave violação da dignidade, visto que a atividade laboral a impede de exercer plenamente o direito à educação, ao lazer, à cultura, à saúde, à convivência social e familiar, dentre outros, prejudicando diretamente o seu desenvolvimento⁷.

2.1 A Condição de Desenvolvimento da Criança e a Proteção Integral

A infância é um período no qual o ser humano encontra-se em uma singular condição de desenvolvimento e formação de sua personalidade, por essa razão a criança é mais vulnerável e possui uma menor resistência física e um menor grau de

⁵ PIOVESAN, Fúlvio Machado; RECK, Janrie Rodrigues. Os direitos fundamentais enquanto pilares da democracia e condição para o Estado de Direito. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, RS, v. 31, n. 1, p. 67-79, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i1.6725>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁶ SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁷ PINHEIRO, Milena dos Santos; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A violação da dignidade da pessoa humana frente a exploração do trabalho infantil. *Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19618>. Acesso em: 20 nov. 2021.

maturidade, se comparado aos adultos. Em consequência, as crianças são incapazes de defender seus próprios direitos, fato que provoca a necessidade de uma proteção especial para que sejam garantidos os seus direitos fundamentais e respeitada a condição peculiar de desenvolvimento⁸.

Perante essa necessidade, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, surgiu a doutrina da proteção integral que enxerga as crianças e adolescentes como sendo titulares de direitos. Baseada e fundada na supracitada declaração e na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, a proteção integral da criança está expressa no artigo 227 da Constituição Federal, que atribui à família, à sociedade e ao Estado a função de assegurar à criança e ao adolescente direitos fundamentais e mantê-los a salvo de toda e qualquer forma de exploração e violência⁹.

A proteção integral pode ser entendida como um sistema segmentado em duas vertentes, uma positiva e outra negativa. A vertente positiva caracteriza-se por um conjunto de concessões existentes na vida adulta e necessárias ao gozo dos direitos originários e fundamentais às crianças. Já a vertente negativa configura-se como uma série de restrições às condutas que representam uma violação, direta ou indireta, aos direitos das crianças, como a exploração do trabalho infantil¹⁰.

A concepção de proteção integral é essencialmente jurídica, visto que, é através das leis que se impõe obrigações ao Estado, à família e à sociedade. Tal proteção é reconhecida como um conjunto normativo que garante à criança e ao

⁸ ANTONIASSI, Helga Maria Miranda. **O trabalho infantil no Brasil e a doutrina da proteção integral**. 280 f. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: PUC, 2008. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8248/1/Helga%20Maria%20Miranda%20Antoniassi.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁹ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

¹⁰ ANTONIASSI, Helga Maria Miranda. **O trabalho infantil no Brasil e a doutrina da proteção integral**. 280 f. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: PUC, 2008. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8248/1/Helga%20Maria%20Miranda%20Antoniassi.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

adolescente direitos inerentes de toda pessoa humana e objetiva promover o seu desenvolvimento saudável, integral e feliz¹¹.

Considerando que a proteção integral visa assegurar a satisfação das necessidades básicas para o crescimento e desenvolvimento sadio da criança, identifica-se na exploração do trabalho infantil uma demasiada violação dessa proteção, posto que, a atividade laboral infantil gera diversas conseqüências negativas para o desenvolvimento das crianças e adolescentes em diversas óticas diferentes. No campo da educação, afeta o ensino e a aprendizagem, contribuindo para a evasão escolar e dificultando o futuro exercício da vida adulta devido a formação acadêmica incompleta. Na perspectiva da saúde, tanto física quanto mental, produz danos ao desenvolvimento humano devido aos prejuízos causados pelo exercício de cargas laborais indevidas. No prisma dos direitos econômicos, causa uma perpetuação de ciclos intergeracionais de pobreza tendo em vista as privações econômicas geradas pela falta de oportunidades decorrentes da evasão escolar e baixo grau de escolaridade¹².

Alguns estudos de psiquiatria revelam que uma pessoa somente está apta a exercer qualquer atividade laboral por volta dos 18 anos, quando se presume completa a sua estrutura física e psíquica. A pressão compulsória do trabalho posta durante a infância é profundamente prejudicial à criança¹³. Considerando esse prejuízo, o parágrafo 3º do artigo 227 da CF dispõe sobre a abrangência da proteção integral aos aspectos relativos ao trabalho, definindo a idade mínima para o início da vida laboral e constitucionalizando o direito da criança ao não trabalho.

¹¹ ANTONIASSI, Helga Maria Miranda. **O trabalho infantil no Brasil e a doutrina da proteção integral**. 280 f. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: PUC, 2008. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8248/1/Helga%20Maria%20Miranda%20Antoniassi.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

¹² PINHEIRO, Milena dos Santos; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A violação da dignidade da pessoa humana frente a exploração do trabalho infantil. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anaais/index.php/sidsp/article/view/19618>. Acesso em: 20 nov. 2021.

¹³ ANTONIASSI, Helga Maria Miranda. **O trabalho infantil no Brasil e a doutrina da proteção integral**. 280 f. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: PUC, 2008. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8248/1/Helga%20Maria%20Miranda%20Antoniassi.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

Ao acolher a proteção integral, o ordenamento jurídico brasileiro demonstra aprovar e incentivar a supressão do trabalho infantil positivando diversos princípios e garantias de proteção à criança e ao adolescente, além de determinar as situações que configuram uma atividade como sendo exploração da mão-de-obra infantil.

3 CONFIGURAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

O trabalho, do ponto de vista econômico e jurídico, é toda atividade, esforço, psíquico ou corporal, realizada com um fim econômico, para construir uma riqueza ou uma utilidade¹⁴. Segundo a definição da Organização Internacional do Trabalho o trabalho infantil pode ser entendido como às atividades econômicas e/ou de sobrevivência, com ou sem finalidade lucrativa, independentes de remuneração praticadas por crianças com idade inferior à mínima permitida, por lei, para o início da vida laboral e que são capazes de causar danos à saúde e ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social das crianças e interfiram em sua escolarização¹⁵.

Ressalta-se que o labor durante o período noturno e em locais e serviços perigosos ou insalubres, prejudiciais à moralidade, à formação e ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, praticado pelo menor de 18 também configura trabalho infantil, conforme a vedação expressa nos artigos 403, parágrafo único, 404 e 405 da CLT.

No Brasil, a idade mínima permitida para a realização de atividades laborais é indicada pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A Constituição, em seu artigo 227, § 3º, inciso I, proíbe o trabalho praticado por crianças menores de 14 anos¹⁶. E o Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma essa proibição em seu artigo 60¹⁷.

¹⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 32. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. Pág. 22. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530972592/epubcfi/6/12%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml06%5D/4/44/1:20%5B258%2C-5%5D>. Acesso em: 26 nov. 2021.

¹⁵ OIT BRASÍLIA. **O que é trabalho infantil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_565163/lang-pt/index.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

¹⁶ “[...] § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; [...]” (BRASIL, 2010)

¹⁷ “Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.” (BRASIL, 1990)

A Consolidação das Leis do Trabalho também dispõe, mais detalhadamente, sobre a idade mínima para exercício do trabalho. Conforme o artigo 403 da CLT é vedado qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo aos maiores de 14, se na condição de aprendiz. Ressalta-se, que, o artigo 406 desta consolidação estabelece a possibilidade de autorização judicial para o trabalho artístico¹⁸. É importante salientar que o trabalho na condição de aprendiz deve observar as normas estabelecidas por lei.

Destaca-se que, a Convenção 138 da OIT, ratificada pelo Brasil, traz algumas exceções à idade mínima laboral acerca da participação em representações artísticas em seu artigo 8º, que dispõe:

Art. 8º - 1. A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores de trabalhadores concernentes, se as houver, poderá, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções para a proibição de emprego ou trabalho provida no Artigo 2º desta Convenção, para finalidades como a participação em representações artísticas.

2. Licenças dessa natureza limitarão o número de horas de duração do emprego ou trabalho e estabelecerão as condições em que é permitido.¹⁹

O artigo 405, § 3º, alíneas “a” e “b”, da CLT veda a realização de trabalho por menores realizados em teatros, cinemas, boates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos, e em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes.

No entanto, seguindo a exceção supracitada da Convenção 138 da OIT, os artigos 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 406 da CLT, possibilitam a concessão de alvará, pelo Juiz da Infância e da Juventude, para que o menor possa participar de apresentações de cunho artístico que possua finalidade educativa ou não represente prejuízo à sua formação moral sendo observadas a natureza do espetáculo, as instalações do local e o ambiente de trabalho, ou, ainda, se

¹⁸ “Art. 406 - O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras "a" e "b" do § 3º do art. 405: I - desde que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral; II - desde que se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não advir nenhum prejuízo à sua formação moral.” (BRASIL, 1967)

¹⁹ OIT. Convenção 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego. 1973. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS_235872/lang-pt/index.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

demonstrada a indispensabilidade da ocupação para à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e a ausência de prejuízos à sua formação moral. Não sendo estabelecida nenhuma limitação de faixa etária.

Alguns doutrinadores entendem que os artigos supracitados não foram recepcionados pela Emenda Constitucional nº 20/98. Contudo, embora o trabalho infantil seja expressamente vedado pelo artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, a proibição tem o propósito de impedir a que seja realizada a exploração da mão-de-obra infantil, bem como de salvaguardar a integridade física, psíquica, social e moral do menor, garantindo-lhes um desenvolvimento saudável. Nessa conjuntura as atividades laborais proibidas são aquelas que trazem prejuízos à frequência escolar, ao lazer, ou danos à vida ou à saúde das crianças e adolescentes. Não sendo, portanto, incluídas, nessa proibição, as atividades artísticas²⁰.

Conseqüentemente, vale salientar, que a legislação brasileira está em consonância com os dispostos na Convenção 138 da OIT que estabelece a idade mínima para se iniciar a vida laboral.

Por fim, evidencia-se que o fator configurador do trabalho infantil está nos prejuízos, danos, riscos e impactos e conseqüências negativas que a atividade pode oferecer ao menor. Cita-se alguns impactos negativos do trabalho infantil:

Aspectos físicos: fadiga excessiva, problemas respiratórios, doenças causadas por agrotóxicos, lesões e deformidades na coluna, alergias, distúrbios do sono, irritabilidade. Segundo o Ministério da Saúde, crianças e adolescentes se acidentam seis vezes mais do que adultos em atividades laborais porque têm menor percepção dos perigos. Fraturas, mutilações, ferimentos causados por objetos cortantes, queimaduras, picadas por animais peçonhentos e morte são exemplos de acidentes de trabalho.

Aspectos psicológicos: abusos físicos, sexuais e emocionais são os principais fatores de adoecimento das crianças e adolescentes trabalhadores. Outros problemas identificados são: fobia social, isolamento, perda de afetividade, baixa autoestima e depressão.

²⁰ ANTONIASSI, Helga Maria Miranda. **O trabalho infantil no Brasil e a doutrina da proteção integral**. 280 f. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: PUC, 2008. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8248/1/Helga%20Maria%20Miranda%20Antoniassi.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

Aspectos educacionais: baixo rendimento escolar, distorção idade-série, abandono da escola e não conclusão da Educação Básica. Cabe ressaltar que quanto mais cedo o indivíduo começar a trabalhar, menor é seu salário na fase adulta. Isso corre, em grande parte, devido ao baixo rendimento escolar e ao comprometimento no processo de aprendizagem. É um ciclo vicioso que limita as oportunidades de emprego aos postos que exigem baixa qualificação e com baixa remuneração, perpetuando a pobreza e a exclusão social.²¹

O trabalho infantil é visto como um dos meios de exploração mais prejudiciais ao desenvolvimento do ser humano. Suas consequências deixam sequelas que, muitas vezes, tornam-se irreversíveis e que perduram até a vida adulta.

Dentre todas as atividades de trabalho infantil que trazem prejuízos ao desenvolvimento da criança e do adolescente, existem aquelas que são consideradas piores formas de trabalho infantil por trazerem maiores riscos e prejuízos e por isso devem ser priorizadas no combate à exploração.

3.1 As Piores Formas de Trabalho Infantil

Diante da importância e necessidade de combater a exploração do trabalho infantil, a OIT expediu diversas convenções e recomendações acerca do tema. A fim de adotar novos instrumentos para a proibição e extinção da mão-de-obra infantil, foi expedida a Convenção n. 182 que dispõe sobre as piores formas de trabalho infantil:

Artigo 1º. Todo Estado-membro que ratificar a presente Convenção deverá adotar medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil em caráter de urgência.

Artigo 2º. Para os efeitos desta Convenção, o termo criança designa a toda pessoa menor de 18 anos.

Artigo 3º. Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;

²¹ FNPET. **Formas e Consequências do Trabalho Infantil**. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/formasdetrabalho infantil/>. Acesso em: 3 nov. 2021.

b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;

c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;

d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.²²

A Convenção 182 da OIT visa não só caracterizar as piores formas de trabalho infantil, mas tem como finalidade principal promover a percepção de que essas atividades de exploração devem ser erradicadas com extrema urgência devido aos seus altos graus de prejudicialidade e que, pelo mesmo motivo, não devem ser praticadas por menores de 18 anos.

A expressão das piores formas de trabalho infantil retrata alguns tipos de trabalho mais específicos e inclui os trabalhos que naturalmente são suscetíveis a prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança de modo que torna possível abranger diversas atividades de exploração infantil como a direção de máquinas agrícolas, extração de madeiras, garimpos, dentre vários outros.

Dessa forma, o Brasil, através do Decreto nº 6.481/2008, ratificou a Convenção 182 e regulamentou seu artigo 3º, estabelecendo a chamada Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP) com mais de 90 tipos de trabalho. A Lista TIP, além de catalogar os piores tipos de trabalho organizados por categoria, também especifica os prováveis riscos ocupacionais e as prováveis repercussões à saúde de cada trabalho, justificando, assim, a sua inserção na lista.

Como exemplo de atividade expressa na Lista TIP, destaco o trabalho doméstico que é uma forma bastante comum de trabalho e infantil e é caracterizado como todas as atividades econômicas praticadas fora de seu núcleo familiar, por pessoas menores de 18 anos, independente da presença de remuneração. Entre os prováveis riscos ocupacionais, desta atividade, arrolados na Lista TIP estão: esforços físicos intensos; abusos físico, psicológico e sexual; posições antiergonômicas e

²² OIT. **Convenção 182 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. 1999.** Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS_236696/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

movimentos repetitivos; tracionamento da coluna vertebral; entre outros. As prováveis repercussões à saúde são: afecções musculoesqueléticas; deformidade da coluna vertebral; DORT/LER; ferimentos; síndrome do esgotamento profissional e neurose profissional; entre outras.

Os menores que praticam o trabalho doméstico infantil são considerados “trabalhadores invisíveis”, pois a prática se dá no interior de casas de terceiros, longe de suas famílias e sem nenhum sistema de controle. Fatos que aumentam a sua vulnerabilidade e dificultam sua proteção. Outrossim, a desinformação e a crença popular de que o trabalho doméstico não oferece riscos aumentam ainda mais os desafios para proteger os menores nessa situação²³. Segundo a PNAD Contínua²⁴, no Brasil, em 2019, na população de 38, 3 milhões de pessoas de 5 a 17 anos de idade, 51,8% realizavam afazeres domésticos e/ou cuidado de pessoas.

3.2 Trabalho Infantil no Brasil

No Brasil, a exploração da mão-de-obra infantil começou ainda no período da colonização, quando as crianças indígenas e os filhos dos escravos eram inseridos no sistema de escravidão. Mesmo após o fim período escravocrata, durante muitos anos, a sociedade aceitava e acreditava que o ideal para as crianças, pertencentes a classes sociais menos favorecidas, era o início da vida laboral a fim de contribuir para a renda familiar e evitar que ingressassem na marginalidade²⁵.

A partir da década de 1980, esse pensamento começou a mudar e o combate ao trabalho infantil passou a ser inserido da na agenda nacional de políticas sociais e econômicas²⁶. Em meados da década de 1990, o Brasil admitiu oficialmente a existência do problema de exploração infantil e se comprometeu a combatê-lo.

²³ OIT. **Piores formas de trabalho infantil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS_446122/lang--pt/index.htm. Acesso em: 27 nov. 2021.

²⁴ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

²⁵ SCHWARTZMAN, Simon. **Trabalho infantil no Brasil**. Brasília: OIT, 2001. Disponível em: http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_233700.pdf. Acesso em: 27 nov. 2021.

²⁶ SCHWARTZMAN, Simon. **Trabalho infantil no Brasil**. Brasília: OIT, 2001. Disponível em: http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_233700.pdf. Acesso em: 27 nov. 2021.

Desde então, o governo iniciou a implementação das Convenções 138 e 182 da OIT, passando a ser referência na prevenção e eliminação do trabalho infantil²⁷.

De acordo com a PNAD Contínua realizada pelo IBGE, estima-se que, em 2019, 1,8 milhões de pessoas entre 5 a 17 anos se encontravam em situação de trabalho infantil, a maioria dos trabalhadores infantis eram meninos (66,4%), negros (66,1%) e 21,3% tinham entre 5 a 13 anos. Destaca-se que 706 mil atuavam em ocupações presentes na Lista TIP, o que corresponde a 45,8% do total de crianças e adolescentes trabalhadores. Em relação aos menores que realizavam as piores formas de trabalho infantil, 65,1 % possuíam entre 5 a 13 anos. Do total de trabalhadores infantis em 2019, 20,6% estavam concentrados em atividades agrícolas, atividades estas, consideradas como piores formas de trabalho infantil. Ainda que não seja o setor com maior número de crianças e adolescentes explorados, dentre os que trabalhavam nas piores formas, 41,9% dos menores trabalhavam na agricultura.

A PNAD Contínua vem coletando dados acerca do trabalho infantil desde 2016, e tem-se observado uma diminuição da quantidade de menores em situação de trabalho infantil. No ano de 2016 estimou-se que 2,1 milhões de menores se encontravam nessa situação, havendo uma redução de 300 mil no ano de 2019.

Salienta-se que, embora seja constatada a diminuição do percentual de menores em situação de trabalho infantil, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) alerta que, em consequência da pandemia de Covid-19, são grandes as probabilidades de aumento do trabalho infantil até 2022, em escala mundial já se constatou esse aumento em 2021. Dados coletados pelo UNICEF em São Paulo, entre os meses de abril a julho de 2020 indicam a acentuação da exploração de trabalho infantil durante a pandemia²⁸.

²⁷ OIT. **O trabalho infantil no Brasil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS_565212/lang--pt/index.htm. Acesso em: 27 nov. 2021.

²⁸ UNICEF. **Trabalho infantil aumenta pela primeira vez em duas décadas e atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo**. 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/trabalho-infantil-aumenta-pela-primeira-vez-em-duas-decadas-e-atinge-um-total-de-160-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-no-mundo>. Acesso em: 27 nov. 2021.

Ante o exposto, é imprescindível que os esforços na luta de combate ao trabalho infantil sejam redobrados a fim de evitar esse aumento e continuar caminhando para a redução dessa exploração.

4 COMBATE AO TRABALHO INFANTIL

Não obstante a presença de uma legislação rigorosa acerca da exploração do trabalho infantil, a sua erradicação enfrenta vários desafios, posto que, não é suficiente a simples retirada do menor do ambiente de exploração, é necessário que, juntamente com essa retirada, haja uma assistência para que possa ser acompanhado a fim de evitar o seu retorno à situação de trabalho infantil e de minimizar os danos por ela causados. Em vista dessa necessidade, existem órgãos e mecanismos responsáveis pelo combate ao trabalho infantil.

O Conselho Tutelar é um importante atuante nesse combate, diante de uma notícia ou denúncia de exploração de mão-de-obra infantil, deve acompanhar os pais ou responsáveis pelo menor, além de expedir notificações para o empregador e comunicar os fatos ao Ministério Público do Trabalho que é responsável por celebrar termos de ajustamento de conduta e ajuizar ação civil pública, se necessário. Cabe, também, ao MPT o trabalho de conscientização da população e fiscalização dos estabelecimentos que possuem os serviços de menores aprendizes²⁹.

O Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, criado em 1994, é uma instância autônoma de controle social que elabora estratégias de atuação na prevenção e eliminação do trabalho infantil, produz conteúdo, publicações e análises sobre o trabalho infantil no Brasil, além de influenciar os meios de comunicação a conscientizar e sensibilizar a sociedade e coordenar a Rede Nacional de Combate ao Trabalho Infantil, constituída pelos 27 Fóruns de

²⁹ ANTONIASSI, Helga Maria Miranda. **O trabalho infantil no Brasil e a doutrina da proteção integral**. 280 f. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: PUC, 2008. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8248/1/Helga%20Maria%20Miranda%20Antoniassi.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2021.

Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador e as 48 entidades membro³⁰.

O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) é uma das mais relevantes ações de combate a mão-de-obra infantil, tem o propósito de retirar o menor da situação de trabalho irregular e oferecer a inclusão em programas de acompanhamento, concessão de bolsas do governo federal e atividades extracurriculares como práticas esportivas e culturais, além de garantir sua frequência escolar³¹.

Vale mencionar, também, o Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC) da OIT que foi adotado pelo Brasil. O IPEC foi estabelecido em 1992 para auxiliar na erradicação do trabalho infantil, por meio do fortalecimento da habilidade dos países para enfrentar esse problema. Atualmente, opera em 88 países. Ao passar dos anos as parcerias do IPEC se expandiram e agora incluem organizações de empregadores e trabalhadores, empresas privadas, sistemas judiciários, organizações comunitárias e religiosas, agências internacionais e governamentais, ONGs, universidades, dentre outros³².

No Brasil, as suas atividades e ações são realizadas em consonância com o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente. Desde adesão do IPEC, juntamente com os governos municipais, estaduais e federal, entidades do poder público e da sociedade civil organizada, já foram elaborados, executados, acompanhados e avaliados mais de 100 programas de ação de combate ao trabalho infantil, além da produção de dados, pesquisas e estudos acerca do tema. Toda essa mobilização contribuiu para a retirada de milhares de crianças do trabalho, transformando o Brasil e referência mundial na redução da quantidade absoluta de crianças exploradas no trabalho³³.

³⁰ FNPETI. **O que é o fórum**. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/oqueeoforum/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

³¹ MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **PETI. 2015**. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 27 nov. 2021.

³² OIT. **Sobre o IPEC**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_565238/lang--pt/index.htm. Acesso em: 27 nov. 2021.

³³ OIT. **Sobre o IPEC**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_565238/lang--pt/index.htm. Acesso em: 27 nov. 2021.

Cumprir apresentar, também, a plataforma de ação intergovernamental Iniciativa Regional América Latina e Caribe Livres de Trabalho Infantil. Foi criada para acelerar e intensificar as ações de prevenção e erradicação do trabalho infantil, fortalecendo a coordenação interinstitucional e proporcionando a articulação entre os diversos níveis de governo dos países, a fim de oferecer serviços às comunidades, famílias, crianças e adolescentes, ampliar a percepção das consequências negativas da exploração da mão-de-obra infantil e promover a troca de experiências exitosas entre os países. Destaca-se que o Brasil foi um dos países propulsores dessa iniciativa³⁴.

O Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente objetiva definir diretrizes e ações direcionadas à prevenção e eliminação do trabalho infantil, mediante a da apresentação da exploração do trabalho de crianças e adolescentes no país, considerando diversos aspectos, como raça, condição econômica, gênero, tipo de ocupação e diversidade regional. O III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente tem como situação objetivo a aceleração da erradicação do trabalho infantil através de ações que alcancem todas as faixas etárias, em atividades agrícolas e não agrícolas, além da garantia de acesso à escola de qualidade, inclusive para o adolescente trabalhador em processo de aprendizagem³⁵.

Por fim, salienta-se que as políticas públicas de proteção especial, assistência social e políticas sociais básicas são de extrema importância no combate a exploração do trabalho infantil, visto que elas auxiliam o desenvolvimento da sociedade e interferem nas causas do trabalho infantil. Por meio delas, a qualidade de vida pode ser melhorada, aumentando a renda das classes sociais mais baixas e

³⁴ OIT. **Iniciativa Regional América Latina e Caribe Livres de Trabalho Infantil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_565239/lang-pt/index.htm. Acesso em: 1 dez. 2021.

³⁵ GOVERNO FEDERAL. **III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador**. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/lancado-3o-plano-nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil/copy_of_PlanoNacionalversosite.pdf. Acesso em: 27 nov. 2021.

elevando os índices de escolaridade, fatores determinantes para erradicação do trabalho infantil³⁶.

5 CONCLUSÃO

A legislação brasileira adota a proteção integral da criança e do adolescente que surgiu através da Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescentes. Essa doutrina modificou a forma como o menor era visto perante a sociedade e o mundo jurídico, reconhecendo sua condição de desenvolvimento e garantindo-lhe direitos e oportunidades para um desenvolvimento saudável e feliz. Impor ao Estado, família e sociedade a defesa desses direitos é reconhecer e atribuir absoluta prioridade à proteção de sua formação humana.

A exploração do trabalho infantil é uma grave violação da dignidade e da proteção integral, configura uma extrema violência contra o menor, com consequências prejudiciais ao desenvolvimento físico, psíquico e moral, podendo, esses prejuízos, perdurarem até a sua vida adulta, interferindo negativamente em sua vida, pessoal, social e profissional.

Muito embora a situação excepcional da pandemia de Covid-19 resulte em um provável aumento da situação de trabalho infantil, o Brasil tem sido boa referência de combate a exploração da mão-de-obra infantil, sua rápida adesão aos programas de erradicação facilitaram a criação de programas e políticas públicas nacionais que atuam nesse combate. O trabalho em conjunto do governo, entidades públicas, entidades da sociedade civil, empresas privadas, instituições religiosas e ONGs nacionais com os programas internacionais vem resultando em um grande número de resgates e redução do trabalho infantil.

Destaca-se que ainda estamos longe da erradicação, mas muitos passos já foram dados e a redução do número de menores em situação de trabalho infantil é um grande feito na luta para a eliminação total da exploração. Para uma maior redução desse número é necessária uma real e eficaz fiscalização, investimentos em

³⁶ ANTONIASSI, Helga Maria Miranda. **O trabalho infantil no Brasil e a doutrina da proteção integral**. 280 f. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: PUC, 2008. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8248/1/Helga%20Maria%20Miranda%20Antoniassi.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2021.

políticas que reduzam a pobreza e uma punição efetiva daqueles que exploram a mão-de-obra infantil.

O cenário econômico gerado pela pandemia de Covid-19, tem provocado um retrocesso a efetividade do combate a exploração infantil no cenário mundial e as pesquisas indicam que não será diferente no cenário nacional brasileiro. Diante dessa situação deve-se aumentar os esforços e investimentos para minimizar os impactos da pandemia na exploração do trabalho infantil.

Ante o exposto, registra-se a recomendação para sejam realizados pesquisas e estudos com enfoque na relação entre a pandemia de Covid-19 e o trabalho infantil a fim de viabilizar e facilitar estratégias de minimização dos impactos negativos nos cenários de exploração da mão-de-obra infantil.

REFERÊNCIAS

ANTONIASSI, Helga Maria Miranda et al. **O trabalho infantil no Brasil e a doutrina da proteção integral**. São Paulo. 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8248>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.425/43, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 25 nov. 2021.

FNPET. **Formas e Consequências do Trabalho Infantil**. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/formasdetrabalhoinfantil/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

FNPETI. **O que é o fórum**. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/oqueeoforum/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

GOVERNO FEDERAL. **III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/lancado-3o-plano->

nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil/copy_of_PlanoNacionalversosite.pdf. Acesso em: 03 nov. 2021

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. PETI. 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/peti>. Acesso em: 27 nov. 2021.

OIT. Convenção 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego. 1973. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_235872/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

OIT. **Convenção 182 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação**. 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_236696/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

OIT. **Iniciativa Regional América Latina e Caribe Livres de Trabalho Infantil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_565239/lang--pt/index.htm. Acesso em: 1º dez. 2021.

OIT. **O que é trabalho infantil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_565163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

OIT. **O trabalho infantil no Brasil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_565212/lang--pt/index.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

OIT. **Piores formas de trabalho infantil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_446122/lang--pt/index.htm. Acesso em: 3 dez. 2021.

OIT. **Sobre o IPEC**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_565238/lang--pt/index.htm. Acesso em: 27 nov. 2021.

PINHEIRO, Milena dos Santos; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A violação da dignidade da pessoa humana frente a exploração do trabalho infantil. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/view/19618>. Acesso em: 20 nov. 2021.

PIOVESAN, Fúlvio Machado; RECK, Janrie Rodrigues. Os direitos fundamentais enquanto pilares da democracia e condição para o Estado de Direito. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, RS, v. 31, n. 1, p. 67-79, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i1.6725>. Acesso em: 20 nov. 2021.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHWARTZMAN, Simon. **Trabalho infantil no Brasil**. Brasília: OIT, 2001. Disponível em: http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_233700.pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

SILVA, Ananda Estefhayne Pinheiro da. **Trabalho infantil no Brasil: sua história os instrumentos de proteção**. Caruaru. 2017. Disponível em: <http://repositorio.ascses.edu.br/handle/123456789/820>. Acesso em: 20 nov. 2021.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 32. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. Pág. 22. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530972592/epubcfi/6/12%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml06%5D!/4/44/1:20%5B258%2C-5%5D>. Acesso em: 26 nov. 2021.

UNICEF. **Trabalho infantil aumenta pela primeira vez em duas décadas e atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo**. 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/trabalho-infantil-aumenta-pela-primeira-vez-em-duas-decadas-e-atinge-um-total-de-160-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-no-mundo>. Acesso em: 27 nov. 2021.

GUERRA ÀS DROGAS: ANÁLISE CRÍTICA DAS POLÍTICAS PROIBICIONISTAS ENQUANTO INSTRUMENTOS DE REDUÇÃO À CRIMINALIDADE E AO CONSUMO DE DROGAS

Marcelo Lanna Melo Lisboa¹

RESUMO

A guerra às drogas pretende promover saúde e segurança públicas. No Brasil, porém, essas áreas seguem enfrentando desafios, que parecem ser agravados pela política de combate aos entorpecentes. Questiona-se, portanto, se essa política é capaz de realmente alcançar os objetivos em que se funda, e, se não, qual o contexto e história que levam a manutenção desse sistema

Palavras-chave: Guerra às drogas. Saúde Pública. Segurança Pública.

ABSTRACT

The war on drugs was created in order to ensure public health and safety. However, in Brazil those matters are still facing challenges, which seem to be worsened by the policy of fighting narcotics. It is therefore asked if this policy is actually capable of accomplishing its goals, and, if not, what's the reality and the history that leads to the perpetuation of that system.

Key words: The war on drugs. Public health. Public safety

1 INTRODUÇÃO

Os temas da saúde, da segurança pública e da criminalidade são assuntos que frequentemente incluem a problemática das drogas. Seja abordando o consumo, seja o tráfico, os entorpecentes ilícitos foram estigmatizados na história recente, e as

¹ Estudante da Pós-Graduação Lato Sensu de Direito e Prática Processual nos Tribunais do Centro Universitário de Brasília - CEUB/ICPD. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Endereço eletrônico: marcelo.lml@outlook.com.

medidas governamentais visando lidar com essas substâncias vêm sendo questionadas, diante dos resultados dessas medidas no âmbito social.

Como bem descreve Gonçalves² A primeira legislação que se assemelha à proibição das drogas no Brasil no modelo que temos hoje remonta a 1921, que incluiu, por meio do Decreto nº 4.294 daquele ano, no crime de venda de substâncias venenosas (art. 159 do Código Penal de 1890) aquelas com “qualidade entorpecente, como o ópio e seus derivados; cocaína e seus derivados”. De acordo com a Autora, o dispositivo era destinado a “boticários, antigos farmacêuticos, sem menção direta a usuários”.

O consumo de drogas, porém, faz parte da história das mais diversas culturas. No caso do Brasil, estima-se que o uso de *cannabis*, por exemplo, remonte à própria colonização por Portugal, havendo sido trazida por escravos, mas utilizada tanto por eles quanto pela própria coroa portuguesa³.

Como explica Soares⁴, o período inaugurado pelo mencionado Decreto nº 4.294 de 1921 (década de 1920) durou até a década de 1960, e é chamado, em termos de política de drogas, de higienista. Na época, o consumo de drogas era encarado como uma questão médico-sanitária, e a postura do poder público era de “limpar” a sociedade de práticas consideradas degeneradas e da cultura de raças consideradas menos desenvolvidas (resumidamente qualquer etnia que não descendesse de europeus). A Autora expõe que, enquanto Colômbia e Uruguai materializavam essa política mediante a internação compulsória de usuários, Brasil, Argentina e México optavam pela via criminal, apenando usuários com privação da liberdade.

² GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

³ GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

⁴ SOARES, Milena Karla. Cem anos de regulação do consumo de drogas na América Latina: o que nos dizem as trajetórias de Argentina, Brasil, Uruguai, Colômbia e México? In: PIRES, Roberto; SANTOS, Maria Paula. **Alternativas de cuidado a usuários de drogas na América Latina**: desafios e possibilidades de ação pública. Brasília: IPEA; CEPAL, 2021.

A partir da década de 1960 iniciou-se o período da chamada guerra às drogas. Sob a influência da política de drogas adotada pelos Estados Unidos, principalmente a partir do presidente Richard Nixon, que classificou as drogas como “inimigo público nº1”, e declarou guerra contra essa suposta “ameaça global”⁵.

Trata-se de política de drogas que não se contrapõe à abordagem médico-sanitária do período higienista, mas a ela se soma, trazendo a securitização da questão, ou seja, as drogas foram progressivamente adquirindo um *status* de ameaça à segurança pública, nacional e internacional. Na época, os EUA atribuíram seu problema de drogas à produção das substâncias, que ocorria majoritariamente na América Latina. Por isso, o país moveu esforços diplomáticos e econômicos para pressionar os países Latinos a também adotarem uma rígida política de guerra às drogas.

No caso do Brasil, o resultado foi a criminalização do porte para consumo, além do já criminalizado, tráfico de drogas, através de normas promulgadas em 1.968, 1.971 e 1.976⁶. A nova legislação já não se dirigia a boticários ou dizia respeito a envenenamento, mas seguia o modelo internacional que surgia na época, de combate às drogas por meio da repressão militarizada.

A partir da década de 1980 começou, no plano internacional, um movimento pela descriminalização ou despenalização do consumo de drogas⁷, especialmente da *cannabis*, embora a produção e tráfico seguissem rigidamente criminalizados. No Brasil, porém, esse movimento se deu de forma breve, havendo se iniciado com os movimentos de redemocratização, mas retardados pela adesão do Brasil à Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988. Por isso, a despenalização do consumo de drogas apenas veio a acontecer em 2006, com a promulgação de uma nova lei de drogas.

⁵ SOARES, Milena Karla. Cem anos de regulação do consumo de drogas na América Latina: o que nos dizem as trajetórias de Argentina, Brasil, Uruguai, Colômbia e México? In: PIRES, Roberto; SANTOS, Maria Paula. **Alternativas de cuidado a usuários de drogas na América Latina: desafios e possibilidades de ação pública**. Brasília: IPEA; CEPAL, 2021.

⁶ Decretos nº 385/1968 e 5.726/1971 e Lei nº 6.368/1976.

⁷ SOARES, Milena Karla. Cem anos de regulação do consumo de drogas na América Latina: o que nos dizem as trajetórias de Argentina, Brasil, Uruguai, Colômbia e México? In: PIRES, Roberto; SANTOS, Maria Paula. **Alternativas de cuidado a usuários de drogas na América Latina: desafios e possibilidades de ação pública**. Brasília: IPEA; CEPAL, 2021.

Apesar disso, como aponta Carvalho⁸, os crimes associados ao tráfico de drogas seguem sendo os maiores motivadores de encarceramento no Brasil. Além disso, a falta de objetividade no corpo legislativo que criminaliza o consumo e o tráfico das substâncias abre grande margem para subjetivismos do julgador, o que, na prática, leva à chamada seletividade da lei penal brasileira, que resulta no encarceramento em massa de grupos marginalizados na sociedade (população negra, pobre e residente das periferias⁹).

Há que se questionar, portanto, em que medida a política de guerra às drogas, materializada pela atuação belicista e encarceradora do Estado, de fato influi no alcance dos objetivos de interesse público que supostamente a justificam. Por isso, o presente artigo pretende realizar uma análise crítica da institucionalização da guerra às drogas no Brasil, em contraposição a seus efeitos concretos.

2 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA GUERRA ÀS DROGAS NO BRASIL

Viu-se que a criminalização das drogas no Brasil, apesar do movimento de despenalização percebido internacionalmente na década de 1980¹⁰, segue adotando uma rígida política de repressão ao consumo e ao tráfico através do encarceramento em massa. No ano de 2019, inclusive, foi aprovada a Lei nº 13.840/2019¹¹, que incluiu na própria Lei de Drogas a previsão para internação involuntária em clínicas e hospitais, bem como para internação voluntária em instituições que visem à abstinência. Soares¹² deixa claro que, embora a internação involuntária já

8 CARVALHO, Luiza Sousa de. O encarceramento em massa da população negra, agenciado pelo estado brasileiro, como um mecanismo do genocídio anti-negro. *Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social*, Vitória, v. 16, n. 1, 2018.

⁹ SOARES, Milena Karla. Cem anos de regulação do consumo de drogas na América Latina: o que nos dizem as trajetórias de Argentina, Brasil, Uruguai, Colômbia e México? In: PIRES, Roberto; SANTOS, Maria Paula. *Alternativas de cuidado a usuários de drogas na América Latina: desafios e possibilidades de ação pública*. Brasília: IPEA; CEPAL, 2021.

¹⁰ SOARES, Milena Karla. Cem anos de regulação do consumo de drogas na América Latina: o que nos dizem as trajetórias de Argentina, Brasil, Uruguai, Colômbia e México? In: PIRES, Roberto; SANTOS, Maria Paula. *Alternativas de cuidado a usuários de drogas na América Latina: desafios e possibilidades de ação pública*. Brasília: IPEA; CEPAL, 2021.

¹¹ BRASIL. **Lei n.º 13.840, de 5 de junho de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm. Acesso em: 2/12/2021.

¹² SOARES, Milena Karla. Cem anos de regulação do consumo de drogas na América Latina: o que nos dizem as trajetórias de Argentina, Brasil, Uruguai, Colômbia e México? In: PIRES, Roberto; SANTOS, Maria Paula. *Alternativas de cuidado a usuários de drogas na América Latina: desafios e possibilidades de ação pública*. Brasília: IPEA; CEPAL, 2021.

encontrasse previsão no ordenamento jurídico, sua inclusão na lei de drogas revela um estímulo legislativo a essa prática.

O tratamento que o legislador confere às drogas fica, em verdade, evidenciado pelo próprio texto constitucional. O art. 5º, inciso XLIII¹³ da Carta Magna classifica o crime de tráfico ilícito de entorpecentes como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, juntamente com a tortura e o terrorismo, os chamados crimes equiparados a hediondos, o que é concretizado pela Lei nº 8.072/90. Como explicam Mascarello e Devos¹⁴, essa disposição faz com que a Constituição recepcione o modelo proibicionista e, conseqüentemente, as políticas que o amparam.

No âmbito infraconstitucional, tem-se a Lei nº 11.343 de 2006, que veio a ficar conhecida como Lei de Drogas. O texto é destinado a estabelecer a política nacional de drogas, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, criminalizando condutas relacionadas à produção, tráfico, porte e consumo de drogas, dentre outros consectários do modelo proibicionista/repressivo.

Já no parágrafo único do artigo inaugural da norma observa-se o uso da chamada norma penal em branco, na qual se delega à regulamentação infralegal a função de definir os exatos termos que definem a conduta criminalizada. No caso, como explica Gonçalves¹⁵, cabe à União, por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, definir as substâncias que serão classificadas como “drogas” e, conseqüentemente, atingidas pela Lei em comento.

Quanto às condutas tipificadas na norma, os artigos que mais merecem destaque são o art. 28, que tipifica o porte para consumo de drogas, e o art. 33, que tipifica o tráfico de drogas. Não obstante haja previsão de outras condutas, como associação para o tráfico (art. 35) e condução de embarcações e aeronaves sob efeito

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 dez. 2021.

¹⁴ MASCARELLO, Marcela de Avellar; DEVOS, Bryan Alves. A legislação penal de drogas no Brasil e no México: análise comparada desde uma perspectiva crítica ao proibicionismo. **Revista Direito e Práxis Rio de Janeiro**, vol. 11, n. 02, 2020, p. 775-807.

¹⁵ GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

de drogas (art. 39), tais artigos se mostram os “polos de gradação de punitividade” da Lei.

Assim, no art. 28 as penas se limitam a advertências, prestações de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo, o que faz do tipo penal uma mera contravenção penal, ou crime de menor potencial ofensivo, a ser julgado pelos Juizados Especiais Criminais, onde há possibilidade de aplicação do instituto da transação penal¹⁶. Por outro lado, no art. 33, as penas são de multa e privação de liberdade por prazo de 5 a 15 anos. Mascarello e Devos¹⁷ bem apontam a desproporção nas penas definidas, se comparado aos crimes de estupro (com pena de 6 a 10 anos de privação de liberdade, na forma simples, conforme art. 216 do Código Penal) e homicídio (6 a 20 anos), além da rigidez processual aumentada pelo enquadramento da conduta como crime hediondo.

Além disso, há que se destacar a grande lacuna legislativa criada pelo art. 28, §2º, que atribui ao juiz a função de decidir se a droga eventualmente encontrada em posse do acusado era destinada ao tráfico ou a consumo. Mencione-se também a redação do art. 33, que ao incluir a entrega ou fornecimento gratuitos na tipificação do crime de tráfico, equipara práticas comerciais organizadas e rotineiras a relações não comerciais¹⁸.

Conforme aponta Gonçalves¹⁹, a Lei passou, ao longo dos anos, por alterações no sentido de progressivamente despenalizar o consumo e agravar as penas pelo tráfico de drogas. Assim, criaram-se tipos penais específicos como “a cessão de pequena quantidade de droga para consumo conjunto” (art. 33, §3º) e o chamado tráfico privilegiado (art. 33, §4º), ao passo em que o art. 44 equiparou

¹⁶ GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

¹⁷ MASCARELLO, Marcela de Avellar; DEVOS, Bryan Alves. A legislação penal de drogas no Brasil e no México: análise comparada desde uma perspectiva crítica ao proibicionismo. **Revista Direito e Práxis Rio de Janeiro**, v. 11, n. 02, 2020, p. 775-807.

¹⁸ MASCARELLO, Marcela de Avellar; DEVOS, Bryan Alves. A legislação penal de drogas no Brasil e no México: análise comparada desde uma perspectiva crítica ao proibicionismo. **Revista Direito e Práxis Rio de Janeiro**, v. 11, n. 02, 2020, p. 775-807.

¹⁹ GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

várias das condutas tipificadas a crimes hediondos, tornando-os “inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”²⁰.

Observa-se que, através desse corpo normativo, o legislador vem adotando posturas progressivamente mais repressivas ao tráfico de drogas, seguindo a antiga abordagem de tratar a conduta como questão de segurança pública. Paralelamente, trata o consumo de drogas como questão de saúde pública, embora esse tratamento siga ocorrendo de forma intolerante, havendo preferência e estímulo legislativo para a adoção de medidas extremas como a internação compulsória.

Resta verificar quais são os fundamentos que levaram à instituição desse sistema, e se ele é capaz de verdadeiramente alcançar seus objetivos.

3 OS FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS

Dado o panorama histórico exposto no item I, é possível identificar de plano algumas razões que fundamentam a adoção brasileira da política de guerra às drogas. A inauguração dessa política pelos Estados Unidos, que classificou as drogas como “inimigo público nº 1”, somado às práticas imperialistas voltadas majoritariamente à América Latina (tanto no campo econômico quanto no diplomático), levou a uma onda de pânico, disseminada massivamente pelos meios de comunicação. Tornou-se senso comum a emergência em combater as drogas²¹.

O resultado desse criado senso comum é perceptível ainda na exposição de motivos da Lei Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), na qual não há preocupação em justificar a necessidade da proibição ou do combate ao consumo e tráfico de drogas. Essa suposta necessidade é tratada como pressuposto fático, sendo os questionamentos direcionados apenas à capacidade da norma até então vigente (Lei nº 6.368/1976 – Lei de Tóxicos), de acompanhar as transformações ocorridas no

²⁰ BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 02 dez. 2021.

²¹ GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

“mundo” do tráfico, especialmente o “caráter crescentemente empresarial da atividade ilícita que tem por objeto as referidas substâncias e produtos”²².

No texto da Lei de Drogas, por outro lado, é possível identificar os objetivos do legislador. O art. 3º da norma estabelece os objetivos do Sisnad²³ (Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas), deixando claro o tratamento médico-sanitário direcionado ao uso de drogas e a abordagem repressiva voltada ao tráfico. Em verdade, esse é o padrão observado em todo o texto da Lei, que cuidadosamente trata de regulamentar políticas públicas voltadas ao tratamento do consumidor das substâncias causadoras de dependência, ao passo em que se limita a criminalizar a produção não autorizada e o tráfico dessas substâncias, com penas exorbitantes. Assim, a função de definir os métodos de repressão fica a cargo das autoridades de segurança pública.

Fica claro, portanto, que a política de drogas nacional é fundada, de um lado, no consumo de drogas como problema de saúde pública, sendo priorizado o tratamento de usuários e conscientização coletiva para prevenir o consumo, e de outro, na repressão securitizada ao tráfico de drogas. Portanto, as políticas têm como objetivo reduzir os custos à saúde pública causados pelo consumo, e reduzir a criminalidade causada pelo tráfico.

Essa atuação é a tendência seguida por países adotantes do proibicionismo em todo o mundo, como explicam Medeiros, Faria, Campos e Tófoli:

O sucesso do proibicionismo contemporâneo consolidou, assim, uma verdadeira cruzada mundial contra as drogas, legitimada por duas premissas fundamentais, conforme definidas por Fiore 24: (a) o consumo de drogas é uma prática prescindível e danosa, o que justifica sua proibição pelo Estado; e (b) a atuação ideal do Estado para combater as drogas é criminalizar sua circulação e seu consumo.²⁴

²² BRASIL. **Exposição de motivos da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaoodemotivos-150201-pl.html>. Acesso em: 02 dez. 2021.

²³ Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

²⁴ GOMES-MEDEIROS, Débora; FÁRIA, Pedro Henrique de; CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; TÓFOLI, Luís Fernando. Política de drogas e Saúde Coletiva: diálogos necessários. **Cadernos de Saúde Pública**, elocation e00242618, v. 35, nº 7, 2019.

Ocorre que, como se verá a seguir, a atual política de drogas tem eficácia no mínimo questionável no alcance desses objetivos, razão pela qual deve ser avaliada a possibilidade de sua revisão.

4 OS EFEITOS SOCIAIS DA POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS

Como visto, a política proibicionista nacional se funda em dois pilares: danos à saúde pública, que justificariam a prevenção ao consumo e tratamento de usuários, preferencialmente através da abstinência; e risco à segurança pública, que justificaria a proibição do tráfico e combate bélico à sua prática.

Cabe então a análise dos efeitos da política proibicionista sobre cada um desses aspectos, a ser feita a seguir.

4.1 Proibicionismo e saúde pública

A política nacional de combate às drogas possui como finalidade clara a redução do consumo, considerado temeroso algoz da saúde pública. A guerra às drogas, porém, afeta o campo da saúde pública de diversas maneiras.

Um dos mencionados efeitos dessa política é o encarceramento em massa. De acordo com o jornal *El País*, aproximadamente 1 a cada 3 presos no Brasil é acusado ou condenado por crimes relacionados a drogas. Medeiros, Faria, Campos e Tófoli²⁵ apontam que os próprios transtornos causados pelo uso de drogas são mais frequente no meio prisional do que na população em geral, e que o risco de overdose para usuários de drogas após a liberação da custódia estatal é muito elevado. Além disso, a lotação dos presídios faz crescer o risco dos detentos de infecção por HIV, hepatite C e tuberculose.

Os Autores ainda pontuam que a política proibicionista, somada à disseminação do pânico social em torno das drogas são apontados ainda como empecilhos à pesquisas científicas que exploram o potencial terapêutico de

²⁵ GOMES-MEDEIROS, Débora; FÁRIA, Pedro Henrique de; CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; TÓFOLI, Luís Fernando. Política de drogas e Saúde Coletiva: diálogos necessários. *Cadernos de Saúde Pública*, eolocation e00242618, v. 35, nº 7, 2019.

substâncias ilícitas, como a *cannabis*, o LSD (dietilamida do ácido lisérgico) e o MDMA (metilenodioximetanfetamina).

Mencione-se ainda que a realização de políticas de combate agressivo à produção ilegal de substâncias ilícitas causa diversos danos à saúde dos trabalhadores que atuam no cultivo de plantas como *cannabis*, coca e papoula.

É possível aduzir, porém, que esses danos poderiam ser considerados colaterais ou insuficientes para desqualificar a luta contra o consumo de drogas, que poderia causar danos mais graves à saúde pública. Ocorre que, como apontado pelos ilustres Autores²⁶, o consumo de drogas vem crescendo nos últimos anos, apesar dos contínuos esforços em reprimir a produção e o tráfico. Em verdade, muito embora os aumentos mais recentes no consumo de drogas possam ser atribuídos à pandemia de COVID-19²⁷, já em 2017 observava-se um panorama de aumento global no uso dessas substâncias, apesar da prevalência mundial de políticas proibicionistas no período²⁸.

Observa-se, portanto, que mesmo os riscos à saúde pública causados pelo consumo de drogas não foram prevenidos de forma eficaz através das posturas proibicionistas. Em verdade, não apenas se mostraram incapazes de reduzir o consumo, como causaram, por si mesmos, diversos riscos à saúde pública.

4.2 Proibicionismo e segurança pública

As constatações são similares no campo da segurança pública. De plano, observa-se, como um dos principais efeitos da política de guerra às drogas, a mencionada superlotação carcerária. Significa dizer que a efetividade dessas

²⁶ GOMES-MEDEIROS, Débora; FARIA, Pedro Henrique de; CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; TÓFOLI, Luís Fernando. Política de drogas e Saúde Coletiva: diálogos necessários. **Cadernos de Saúde Pública**, elocation e00242618, v. 35, nº 7, 2019.

²⁷ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Relatório Mundial sobre Drogas 2021**: avalia que pandemia potencializou riscos de dependência. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2021/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-2021-do-unodc-os-efeitos-da-pandemia-aumentam-os-riscos-das-drogas--enquanto-os-jovens-subestimam-os-perigos-da-maconha-aponta-relatorio.html>. Acesso em: 02 dez. 2021.

²⁸ ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Relatório Mundial sobre Drogas 2019**: 35 milhões de pessoas em todo o mundo sofrem de transtornos por uso de drogas, enquanto apenas uma em cada sete pessoas recebe tratamento. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-2019-35-milhoes-de-pessoas-em-todo-o-mundo-sofrem-de-transtornos-por-uso-de-drogas--enquanto- apenas-1-em-cada-7-pessoas-recebe-tratamento.html>. Acesso em: 02 dez.2021.

políticas em punir pessoas é inegável. Por outro lado, cabe questionar a eficácia desse alto número de punições em de fato combater o tráfico de drogas.

O estudo realizado por Medeiros, Faria, Campos e Tófoli²⁹ levou à conclusão de que, de 15 estudos acerca do impacto do proibicionismo sobre a violência, 93% indicaram uma relação entre as leis de drogas e um aumento na violência, indicando que “a violência armada e as altas taxas de homicídios são consequências inevitáveis da proibição das drogas”. Os Autores trazem também o caso do México, em que o combate militarizado ao tráfico de drogas gerou um número tão alto de mortes que chegou a haver uma redução na expectativa de vida da população do país. Quanto ao Brasil, destaca-se a alta letalidade das operações policiais de combate ao tráfico, especialmente em regiões periféricas, apesar da dificuldade em obtenção de dados precisos em razão da subnotificação de mortes.

Ademais, mesmo que se pretenda contra-argumentar que essa violência, encarceramento em massa e mortes seriam “necessários” para promover a saúde e segurança públicas, cabe destacar que nem mesmo o tráfico de drogas tem sido de fato combatido, apesar dos efeitos adversos supracitados. Medeiros, Faria, Campos e Tófoli apontam, com base em estudo realizado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime em 2018, que o mercado de drogas e a variedade de substâncias se encontram em uma tendência de crescimento sem precedentes. Os Autores ilustram com o crescimento da manufatura global de cocaína, de 56% entre 2013 e 2016, e com o surgimento de 803 novas substâncias psicoativas em 111 países, dentre os anos de 2009 e 2017, não obstante o proibicionismo seja, repise-se, a regra no plano internacional.

Conclui-se que, tanto no campo da segurança, quanto no campo da saúde, as legislações proibicionistas que concretizam as políticas de guerra às drogas têm causado mais danos do que benefícios. Cabe indagar, em sequência, o porquê da manutenção desses sistemas em face dos dados.

²⁹ GOMES-MEDEIROS, Débora; FARIA, Pedro Henrique de; CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; TÓFOLI, Luís Fernando. Política de drogas e Saúde Coletiva: diálogos necessários. **Cadernos de Saúde Pública**, eolocation e00242618, v. 35, nº 7, 2019.

4.3 A problemática social da guerra às drogas

Viu-se até aqui que a política de guerra às drogas se funda, ao menos no plano formal/institucional, na suposta necessidade de securitização da repressão ao tráfico de drogas paralelamente ao tratamento de usuários. As principais preocupações do poder público seriam, quanto ao uso de drogas, a saúde pública, e, quanto ao tráfico, a segurança. Viu-se também que os dados apontam para uma verdadeira ineficácia dessas políticas no resguardo desses direitos.

Vale mencionar que essa ineficácia não deve vista como inédita ou inesperada. Medeiros, Faria, Campos e Tófoli bem destacam que, muito embora o consumo de drogas pela espécie humana date de tempos imemoriais, uma das primeiras experiências proibicionistas (e que ganhou destaque na história), foi a instituição da chamada *lei seca* nos Estados Unidos, que proibia o consumo de álcool, e levou a consequências como a corrupção de agentes de estado, crescimento do crime organizado (aumento da criminalidade) e a escalada do consumo não seguro do álcool, que gerou problemas de saúde em grande número de usuários (danos à saúde pública). Ainda assim, o mesmo país foi o berço e exportador da guerra às drogas.

Para compreender esse fenômeno, necessário se faz compreender os reais interesses por trás do surgimento dos movimentos proibicionistas, esforço que requer uma nova contextualização histórica, agora sob a perspectiva sociológica.

Gonçalves³⁰ explica que até a década de 1950, apesar de o consumo de drogas ser conhecido e “encarado com obscuridade”, ele não era visto como um grande problema social, principalmente por se tratar de prática reservada aos grupos marginalizados (pobres, negros e imigrantes). A partir do pós-segunda guerra, o receio de que a prática se disseminasse para as classes média e alta deu origem a um discurso médico-sanitário, baseado na concepção de que o consumo de drogas era associado à libertinagem e à violência, um verdadeiro perigo ao convívio social.

³⁰ GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

Já na década de 1960, nos Estados Unidos, os movimentos legislativos de *higienização* social e discursos midiáticos, confrontados por movimentos sociais de contracultura (a exemplo do movimento *hippie*), se mostraram insuficientes na contenção do alastramento do consumo de drogas por diversos extratos sociais, extrapolando os grupos marginalizados e ameaçando o chamado *american way of life*.

Por isso, passou-se a disseminar um discurso dualista, que colocava de um lado, os criminosos, responsáveis por “espalhar a cultura” do uso de drogas, e, de outro, as vítimas: jovens expostos às práticas libertinas das classes mais baixas. Enquanto o primeiro era tratado como ameaça à segurança, o segundo era tratado como doente, que necessitava de tratamento.

Sob a influência da potência americana, os países latino-americanos rapidamente aderiram a esses ideais. A falta de estrutura desses países, porém, dificultou a concretização do discurso no referente ao tratamento de usuários, e acabou levando à criminalização do consumo como tentativa de repressão a essa prática.

Ao final da década, e a partir dos anos 1970, a abordagem da questão das drogas já evoluíra para disseminação do pânico social, mediante o sensacionalismo midiático e a “ascensão” das drogas ao posto de “inimigo público nº1”, levando aos movimentos proibicionistas de cerne bélico, descritos anteriormente, que culminaram nos modelos atuais de guerra às drogas.

A partir desse panorama histórico, é possível observar que o processo de criminalização pouco decorreu da análise critérios objetivos visando promover saúde ou segurança, derivando, em verdade, de um ímpeto de proteção ao *status quo* pelas classes dominantes fundado em preconceitos. Essa proteção foi feita mediante o sensacionalismo midiático e a atuação seletiva do Estado baseada em critérios higienistas.

Essa atuação seletiva ocorre em dois momentos, classificados em criminalização primária e secundária³¹³². A primeira constitui o processo de elaboração e instituição de normas e a segunda se refere à atuação estatal que materializa essas normas.

No caso brasileiro, fica claro o esforço de manutenção do *status quo* na criminalização primária quando se leva em conta as lacunas contidas na lei de drogas, notadamente a ausência de um critério objetivo de diferenciação entre os crimes de tráfico e de consumo de drogas, dando grande margem para arbitrariedades do decisor. Como bem explica Gonçalves:

A análise crítica dos arts. 28 e 33 revela que a similaridade entre as condutas previstas na Lei n. 11.343/06 e a inexistência de critérios mais objetivos de distinção entre elas deixa, na prática, a demonstração da finalidade específica de consumo ou comercialização nas mãos do processo de criminalização secundária e seus mecanismos de formação de estereótipos, que atribuirão rosto, cor e classe social à conduta transgressora.³³

Já no campo da criminalização secundária, o esforço midiático de formação de uma opinião pública de terror³⁴ em torno das drogas, estigmatizando a produção, tráfico e consumo de uma forma tal que o pânico social criado passou a legitimar o autoritarismo bélico do Estado. Convenientemente, essa guerra é travada nas periferias, onde reside o suposto inimigo da paz social (pobres, negros e vulneráveis). A polícia concentra seus esforços nessas regiões, e a pressão popular causada pelo sensacionalismo midiático acaba se estendendo a Promotores e Juízes, o que resulta em um encarceramento em massa que se distingue por uma maioria negra e pobre.

³¹ GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

³² GOMES-MEDEIROS, Débora; FARIA, Pedro Henrique de; CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; TÓFOLI, Luís Fernando. Política de drogas e Saúde Coletiva: diálogos necessários. **Cadernos de Saúde Pública**, elocation e00242618, v. 35, nº 7, 2019.

³³ GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

³⁴ GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

Assim, os resultados da criminalização primária e secundária acabam facilmente perceptíveis em números, como os trazem Medeiros, Faria, Campos e Tófoli:

Os dados demonstram, ainda, que o aprisionamento resultante de crimes relacionados às drogas envolve, na maior parte das vezes, pequenas quantidades de substâncias: até 19% das prisões relacionadas à cocaína e 54% das relacionadas à maconha ocorrem por quantidades de drogas que seriam consideradas de uso pessoal em outras legislações.

Em nosso país, assim como nos Estados Unidos, também ocorre sobrerrepresentação de negros na população carcerária (64% versus 53% de negros na população geral), que também é majoritariamente jovem (55%) e de baixa escolaridade (80% não completaram o Ensino Médio).³⁵

Conclui-se que a chamada guerra às drogas, pretensamente fundada na promoção da saúde e no resguardo da segurança pública, em muito se qualifica como uma guerra à pobreza e à população negra, fundada em preconceitos e opressão.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo não pretende o esgotamento do debate acerca do proibicionismo ou da guerra às drogas. Da mesma forma, não se ignora os fatos de que o consumo de substâncias entorpecentes pode, de fato, representar um risco à saúde do usuário, ou de que a questão não deva ser tratada com cautela pelo legislador ou pelas instituições de segurança pública. A proposição de medidas alternativas deve ser feita com parcimônia, vez que as implicações sociais de qualquer mudança em termos de políticas públicas são muitas vezes imprevisíveis.

Tampouco se pretendeu aqui esgotar a análise dos fundamentos ou implicações do proibicionismo. Conforme mencionado alhures, o consumo de drogas permeia as relações sociais desde tempos imemoriais, e a regulação dessa matéria pelas autoridades ocorreu em diversos momentos e realidades distintas, de forma que cada caso merece uma análise aprofundada.

³⁵ GOMES-MEDEIROS, Débora; FARIA, Pedro Henrique de; CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; TÓFOLI, Luís Fernando. Política de drogas e Saúde Coletiva: diálogos necessários. **Cadernos de Saúde Pública**, elocation e00242618, v. 35, nº 7, 2019.

Buscou-se aqui meramente construir um panorama geral da história da guerra às drogas no Brasil, e das mais marcantes implicações da adoção desse sistema sobre o povo brasileiro. Parte-se da ideia que esse debate deve ser travado publicamente, tanto no meio institucional quanto nas relações interpessoais, vez que o tema ainda é muito poluído por preconceitos e desinformação.

Merecem destaque os experimentos com políticas públicas diversas para tratar da questão das drogas, como é possível perceber na Europa, Estados Unidos e Uruguai. Também merece menção a evolução da matéria em âmbito nacional, especialmente no Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário nº 635659, em que se discute a constitucionalidade do art. 28 de Lei de Drogas, o qual criminaliza o consumo das substâncias.

Fato é que a matéria possui complexidade ímpar e ramificações diversas, e sua discussão requer contribuições do campo da medicina, sociologia, filosofia e outras áreas, tanto quanto do próprio Direito. Assim, espera-se que o presente trabalho possa despertar no leitor o interesse em se aprofundar na matéria, e cada vez mais enriquecer o debate, para que assim sejam encontradas soluções que possam de fato concretizar os ideais humanitários de liberdade, paz e igualdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02/12/2021.

BRASIL. **Exposição de motivos da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaoodemotivos-150201-pl.html>. Acesso em: 2 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 2 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm. Acesso em: 2 dez. 2021.

CARVALHO, Luiza Sousa de. O encarceramento em massa da população negra, agenciado pelo estado brasileiro, como um mecanismo do genocídio anti-negro.

Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, Vitória, v. 16, n. 1, 2018.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Relatório Mundial sobre Drogas 2019**: 35 milhões de pessoas em todo o mundo sofrem de transtornos por uso de drogas, enquanto apenas uma em cada sete pessoas recebe tratamento. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-2019_-35-milhes-de-pessoas-em-todo-o-mundo-sofrem-de-transtornos-por-uso-de-drogas--enquanto- apenas-1-em-cada-7-pessoas-recebe-tratamento.html. Acesso em: 02 dez. 2021.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Relatório Mundial sobre Drogas 2021**: avalia que pandemia potencializou riscos de dependência. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2021/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-2021-do-unodc_-os-efeitos-da-pandemia-aumentam-os-riscos-das-drogas--enquanto-os-jovens-subestimam-os-perigos-da-maconha-aponta-relatorio.html. Acesso em: 02 dez. 2021.

GOMES-MEDEIROS, Débora; FARIA, Pedro Henrique de; CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; TÓFOLI, Luís Fernando. Política de drogas e Saúde Coletiva: diálogos necessários. **Cadernos de Saúde Pública**, elocation e00242618, v. 35, nº 7, 2019.

GONÇALVES, Mariana Santos. Proibicionismo Penal da Maconha: Seletividade e Criminalização da Pobreza. 56 f. **Monografia** apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Brasília: Universidade de Brasília, 2021.

MASCARELLO, Marcela de Avellar; DEVOS, Bryan Alves. A legislação penal de drogas no Brasil e no México: análise comparada desde uma perspectiva crítica ao proibicionismo. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 02, 2020, p. 775-807.

SOARES, Milena Karla. Cem anos de regulação do consumo de drogas na América Latina: o que nos dizem as trajetórias de Argentina, Brasil, Uruguai, Colômbia e México? In: PIRES, Roberto; SANTOS, Maria Paula. **Alternativas de cuidado a usuários de drogas na América Latina**: desafios e possibilidades de ação pública. Brasília: IPEA; CEPAL, 2021.

A SAÚDE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Maycon Douglas de Miranda Silva¹

RESUMO

A pandemia ocasionada pelo novo coronavírus demarcou o ano de 2020 no mundo inteiro, por todas as medidas restritivas que influenciaram na liberdade de ir e vir dos indivíduos, pela atenção para as questões sanitárias e, sobretudo, pela necessidade de melhor direcionamento e efetividade no âmbito das políticas públicas de saúde. Para tanto, o presente estudo possui o objetivo de tratar do direito à saúde, em observância ao atual contexto do sistema carcerário brasileiro e analisar a efetividade das medidas adotadas (ou não) pelo Estado mediante a pandemia da COVID-19, que ocasionou a potencialização dos riscos à saúde dos detentos. No cerne do Poder Judiciário, além da operacionalização do Conselho Nacional de Justiça, serão debatidas a execução e a disseminação dos mecanismos de tutela coletiva para a efetivação da liberdade, pois essa tem sido usada em alguns países para o respaldo dos direitos dos presos no período pandêmico. Nesse sentido, o estudo edificou o levantamento de informações relativas às normativas nacionais e internacionais edificadas a partir do reconhecimento da situação pandêmica pela Organização Mundial da Saúde em março de 2020. A metodologia usada no artigo pode ser compreendida como bibliográfica e o procedimento utilizado é o exploratório, sendo o estudo embasado em legislações, doutrinas e estudos científicos relativos à temática escolhida.

Palavras-chave: Coronavírus. Direito. Saúde. Presos. Medidas.

ABSTRACT

The pandemic caused by the new coronavirus marked the year 2020 worldwide, due to all the restrictive measures that influenced the freedom to come and go of individuals, attention to health issues and, above all, the need for better targeting and effectiveness in the context of public health policies. Therefore, this study aims to address the right to health, in compliance with the current context of the Brazilian prison system and analyze the effectiveness of measures adopted (or not) by the State through the COVID-19 pandemic, which led to the potentialization risks to the health of detainees. At the heart of the Judiciary, in addition to the operationalization of the National Council of Justice, the implementation and

¹ Acadêmico de Direito pelo Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento do Centro Universitário de Brasília –CEUB. Endereço eletrônico: contatomaycon@gmail.com.

dissemination of collective tutelage mechanisms for the realization of freedom will be debated, as this has been used in some countries to support the rights of prisoners in the period pandemic. In this sense, the study built the survey of information related to national and international regulations built from the recognition of the pandemic situation by the World Health Organization in March 2020. The methodology used in the article can be understood as bibliographical and the procedure used is the exploratory, being the study based on legislation, doctrines and scientific studies related to the chosen theme.

Keywords: Coronavirus. Right. Health. Prisoners. Measures.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2020, o Brasil e o mundo foram surpreendidos com a veloz disseminação de um novo vírus capaz de impactar o sistema respiratório do ser humano, cuja maneira de contágio, consequências e tratamentos demandam da classe científica esforços substanciais para seu controle e combate. Nesse sentido, à medida que a população mundial aguardava pela vacina, os governos se viram obrigados a tomarem medidas efetivas para o combate ao contágio do vírus.

Evitou-se a aglomeração de indivíduos, impulsionou-se o isolamento e o distanciamento social, assim como a obrigatoriedade do uso de máscaras para proteger boca e nariz, além de outras medidas sanitárias para tentar afastar a propagação da COVID-19. Em grande parte das nações afetadas, as atividades escolares foram suspensas e muitos afazeres passaram a ser operados a distância. Todavia, pouca fora a atenção dispensada à população carcerária do país, indivíduos estes que sempre viveram à margem da invisibilidade.

Em solo pátrio, o governo federal menosprezou publicamente a pandemia, denominando a doença que já ocasionou mais de 600.000 mortes no Brasil como uma gripezinha, assim como fora demonstrado, em diversas situações, o desprezo pela ciência e pelas vidas ceifadas. A mencionada postura não seria distinta no tocante aos presos, sendo tal população brasileira a terceira maior do mundo. Eleve-se, desse modo, o seguinte problema: Quais foram as medidas empregadas pelo Estado brasileiro para controle da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus no sistema prisional brasileiro? Tais providências concretizam o propósito de assegurar a saúde dessa população?

Para tanto, o objetivo geral do estudo é ponderar sobre a situação de saúde da população carcerária e sobre a luta travada, antes, mas especialmente durante a pandemia, para convencer as autoridades do país do evidente: a necessidade do desencarceramento. Para alcançar tal propósito realizou-se uma pesquisa bibliográfica que se embasou no levantamento de informações relativas às normativas nacionais e internacionais edificadas a partir do reconhecimento da pandemia pela OMS, com ênfase no sistema prisional e na Recomendação nº 62 do CNJ.

O estudo, assim, trata sobre o direito à saúde no plano da Constituição Federal de 1988, a situação atual do sistema carcerário brasileiro e as medidas empregadas (ou não) pelo Estado brasileiro diante do período pandêmico vivenciado. Na seara do Poder Judiciário, além da contribuição do CNJ, serão debatidos o manejo e a propagação dos mecanismos de tutela em defesa dos direitos dos mais vulneráveis.

2 O DIREITO À SAÚDE NO PLANO CONSTITUCIONAL

A saúde, de acordo com a Organização Mundial de Saúde - OMS, consiste no completo estado de bem-estar físico, social e mental. Algumas questões, dessa forma, pairam sobre o referido conceito em virtude da utilização das expressões "completo e bem-estar", pois essa vasta amplitude do conceito, em suma, é proposital e tem o objetivo de proteger do melhor modo a saúde e a dignidade humana.²

Cumpramos ressaltar no presente estudo que, desde a Assembleia Mundial de Saúde de 1983, existe o intento no sentido de abranger o conceito de saúde para incluir também o pleno bem-estar espiritual, à medida que desde essa época vinha se constatando o influxo que a espiritualidade, as crenças e os elementos religiosos têm na saúde e na qualidade de vida dos indivíduos.

Conquanto as críticas no sentido de que o conceito de saúde proferido pela OMS é inalcançável, denotando verdadeira utopia, o texto constitucional de 1988

² SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, v. 31, n. 5, 1997. p. 539.

aderiu essa definição ampla, embora não a tenha realizado expressamente. Outro não poderia ser o entendimento em uma Constituição onde o fundamento essencial, dentre outros, é o princípio da dignidade da pessoa humana, com fulcro no art. 1º, III, da CF/88.³

Nesse sentido, para o texto constitucional de 1988, o direito à saúde compreende um direito fundamental social, de segunda dimensão, devendo ser tutelado do modo mais abrangente possível, em decorrência do dever de observância à dignidade da pessoa humana. Exatamente em virtude da convergência entre a saúde e o respeito à dignidade humana, o art. 196 da CF/88 aduz que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurado mediante políticas sociais e econômicas que visem a diminuição do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e isonômico às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".⁴

A partir da leitura do supracitado artigo, é possível perceber de modo implícito aderência de um conceito amplo de saúde da OMS no cerne da Constituição Federal vigente, em sentido similar são os estudos de Sarlet e Figueiredo, pois é visível a aderência privilegiada das dimensões promocionais e preventivas da saúde, referindo-se apenas por fim a dimensão repressiva ou curativa.⁵

Em resumo, o texto constitucional de 1988 atribui primazia à prevenção e promoção da defesa da saúde, mas sem esquecer a vertente repressiva e curativa. É nessa acepção ampla de saúde que habita a proteção da dignidade humana através de atividades sanitárias de tríplex utilidade (promocional, preventiva e curativa), devendo ser esse o horizonte direcionador do Poder Público em suas ações.⁶

Cumpre ressaltar que, historicamente, as Cartas Políticas brasileiras não comportavam o valor adequado à saúde, sendo referida de maneira acidental no texto

³ SANTOS, Lenir. **Direito à saúde e qualidade de vida**: um mundo de corresponsabilidades e fazeres. Campinas: Saberes, 2010. p. 29.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Notas sobre o direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 35.

⁶ Ibidem. p. 36.

de 1934, denotando somente mais uma competência administrativa da União com o propósito de promover o combate de endemias e pandemias. Por sua vez, a CF/88 dispensou um local especial para o direito à saúde, elevando-o ao status de direito social (art. 6) e em tópico particular da "Ordem Social" (arts; 196 a 200, da CF/88), dentre outras menções pontuais em sua redação. Sob outro enfoque, ainda é pertinente aferir os traços do direito à saúde dentro da CF/88. Sendo a saúde um direito e garantia fundamental do indivíduo, à medida que está incluída no Título II da CF/88, que leva tal denominação.⁷

Verifica-se uma real dualidade de natureza no direito à saúde pois é, simultaneamente, direito individual e social, o que possivelmente pode acarretar indagações quanto à modalidade de tutela (coletiva ou individual) preferível constitucionalmente. Nesse sentido, afere-se que a natureza dúbia de direito individual e também coletivo não obstaculiza a proteção judicial da saúde em qualquer de suas naturezas. Sendo assim, é relevante compreender ser a tutela coletiva da saúde (enquanto direito social) preferível em comparação à individual, pois a primeira assegura maior acesso isonômico à saúde pela população, promovendo-se, concomitantemente, a saúde e a justiça social na seara sanitária.⁸

Levando-se em consideração a eficácia do direito à saúde, enquanto norma constitucional, esta se perfaz em eficácia plena e, ao mesmo tempo, programática. Tal fato opera, pois, a proteção constitucional da saúde possivelmente representa tanto diretriz para o legislador, como direito individual da pessoa e coletivo da população. A partir desse entendimento, elevam-se os estudos de Sarlet e Figueiredo que diferenciam obrigações de cunho originário - quando o texto constitucional atribuir, por si só, eficácia à tutela da saúde - e obrigações de caráter derivado - na hipótese de imprescindibilidade de normatividade infraconstitucional para a realização do direito. De acordo com os autores:

[...] os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde, a depender de seu objeto, podem impor obrigações de caráter originário, como no caso das políticas de implementações do SUS, da aplicação mínima dos recursos em saúde e do dever

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 307-308.

⁸ ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 116.

geral de respeito à saúde, ou obrigações de tipo derivado, sempre que dependentes de legislação infraconstitucional reguladora, cuja hipótese mais eloquente talvez se encontre na obediência às mais variadas normas em matéria sanitária (nos campos penal administrativo, ambiental e urbanístico etc).⁹

Ainda, cumpre evidenciar que o direito à saúde comporta dimensão negativa (ou defensiva) enquanto norma impositiva de abstenção à sua inviabilização; e positiva (ou prestacional), incluindo-se prestações em sentido abrangente e estrito.

Evidentemente, deve-se delinear a inafastável realidade de que o dever de promoção, prevenção e cura no direito à saúde é colocado inicialmente para o Estado, tratando-se de norma de observância cogente. Portanto, não desmunida de finalidade, a CF/88 dispôs "garantia institucional fundamental" de viabilização e efetivação do direito à saúde no Brasil: o Sistema Único de Saúde - SUS, cuja participação é livre à iniciativa privada, com fulcro no art. 199 da CF/88 e ainda de maneira complementar, com base no art. 199, § 1º da CF/88.¹⁰

3 O COLAPSO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

Não é preciso aprofundar muito para notar que a situação relativa ao sistema carcerário brasileiro é de grande descaso e precariedade, tornando-se, desse modo, complexa a preservação e o respeito aos direitos humanos dos presos nesses estabelecimentos. A supracitada precariedade, em grande parcela das situações, ocorre através da superlotação prisional, sendo este um dos principais problemas que assolam os presídios nacionais.

Os direitos humanos são vislumbrados como aqueles necessários para que toda pessoa possa gozar de uma vida digna, seja esta uma criminosa ou não, isto é, são os direitos aferidos a todos os indivíduos sem qualquer diferença de natureza, sendo um direito fundamental de toda pessoa, mesmo que esta tenha realizado algum delito perante o meio social.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Notas sobre o direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 33.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

De acordo com os estudos de Lenzi, os direitos humanos são aqueles relativos à garantia de uma vida digna a todos, fornecidos à pessoa pelo puro fato de sua condição humana. Nesse sentido, os direitos humanos são aqueles essenciais, tidos como fundamentais para a dignidade humana. Estes devem ser assegurados a todas as pessoas, sem qualquer discriminação, sendo o emaranhado de garantias e valores universais que possui como propósito a garantia da dignidade. Como exemplo, tem-se o direito à vida, à saúde, à liberdade, dentre outros.¹¹

Nesse panorama, resta nítido que os presos, ou a grande parcela destes, não possui o mínimo disposto para sobrevivência digna, onde muitos acabam atingidos por enfermidades e tendo muitos de seus direitos mais fundamentais extirpados. Ainda, as rebeliões são constantes em tais ambientes, à medida que os presos acabam se rebelando uns contra os outros por terem seu psicológico muito afetado, ou ainda são vítimas de suicídio, pois não mais conseguem suportar a situação vivenciada, deixando para trás seus entes familiares que os esperam fora dos muros da prisão.¹²

Desse modo, como mencionado, os direitos humanos não estão sendo efetivados no contexto prático aos presos brasileiros, de maneira que os mesmos somente estão normatizados em nossa legislação. A cultura do aprisionamento brasileiro se distingue amplamente daquilo que é respaldado em lei, pois a finalidade do Brasil, teoricamente, sempre foi a ressocialização, a minimização de delitos, contudo, na prática, se tornou corriqueiro violar tais finalidades como se isso fosse de fato algo normal, isto é, algo que esteja em conformidade com o objetivo e com as leis brasileiras. No entanto, além de violar seus próprios propósitos, o Brasil acaba ferindo o direito fundamental de tais indivíduos, como é possível verificar no entendimento de Carvalho Filho:

Nos presídios brasileiros a realidade é muito diferente do normatizado. Os presos sofrem com contínuas agressões, tanto físicas quanto morais, por parte dos companheiros de cela e dos agentes prisionais, estes últimos impondo uma forma de

¹¹ LENZI, Tié. **Significado dos Direitos Humanos**, 2019. Disponível em: <https://www.significados.com.br/direitos-humanos/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

¹² PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 74.

regulamento carcerário, que não está amparado na legislação, e opera como uma sanção retributiva ao mau comportamento do detento.

Como identificado na citação acima, nem mesmo os agentes prisionais que laboram para o Estado respeitam os detentos, ademais, nota-se que em diversos presídios existem facções e estas acabam entrando em divergência, com a ocorrência de rebeliões e muitas mortes, não apenas de presos, como também de agentes do Estado. Desse modo, os agentes prisionais englobados em tal conjuntura também acabam sofrendo muitos efeitos, de maneira que o sistema acaba violando não apenas o indivíduo que realizou o delito, como aqueles que estão ali pelo labor.

Assim, é nítido que muitas das vezes os presídios pátrios não correspondem com o esperado, deixando os direitos mais essenciais somente no plano normativo, não os colocando em prática, o que se torna uma complexidade ainda mais intensa, pois a maioria dos presos ao se inserir de novo no meio social acabam realizando novos delitos por serem vislumbrados de maneira estigmatizada pela sociedade, em virtude de que dentro da prisão a sociedade e o Estado violaram todos os seus direitos, como se este não fosse um cidadão daquela coletividade e, por essa razão, a ressocialização não é correspondida de forma eficiente.

Em conformidade ao entendimento de Mirabete, a ressocialização não pode ser alcançada numa instituição como o cárcere. Os centros de execução penal, os presídios, tendem a se converterem numa conjuntura na qual se refletem e se agravam as intensas contradições que se configuram no sistema social exterior. A pena privativa de liberdade não é capaz de ressocializar, contrariamente, ela demarca o detento, impedindo sua completa reintegração na sociedade. O cárcere não cumpre efetivamente sua função ressocializadora, mas serve como "mecanismo para a manutenção da estrutura social de dominação."¹³

A ressocialização precisa de um ambiente apropriado, onde os detentos devam sim cumprir suas penalidades em consonância ao delito realizado, mas além disso, que o preso possa voltar a um meio social e se tornar um indivíduo de bem, para não mais realizar ilícitos. Todavia, não é assim que ocorre no Brasil, de tal maneira que os detentos são tratados somente como criminosos e como aqueles que

¹³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 112.

devem cumprir a sanção da maneira mais severa possível pelo crime realizado, os privando de sua liberdade e de todos os seus direitos fundamentais.

Nessa mesma acepção, ainda existem os agentes prisionais no qual diversas vezes, ao menos estão capacitados para laborar no sistema prisional, pois existe tamanha complexidade de conservar tal sistema como deveria, o que acaba muitas vezes, deixando tais agentes submetidos aos detentos, podendo até mesmo perder a própria vida.

O ente estatal acaba incluindo tais agentes na pressa de coibir a violência dentro dos presídios, violência que acarreta muito por influxo das péssimas condições do sistema carcerário. Isso eleva um descontrole completo do sistema, de maneira que os agentes prisionais, por terem sido incluídos de qualquer modo, muitas das vezes nem estão preparados o bastante para combater tal questão.

Desse modo, o bom comportamento dos presos não vem sendo verificado no sistema carcerário. Contrariamente, o que se nota é a elevação da criminalidade que supostamente deveria ser minimizada pelo cárcere. Nessa acepção, o que se está atestado é que o cárcere eleva os delitos da sociedade, ao invés de diminuí-los. É mais do que nítido que o sistema prisional intensifica a marginalidade das pessoas que ali ingressam, maximizando aquilo que deveria coibir.¹⁴

Nessa perspectiva, o que se nota é uma eficácia às avessas de tal sistema. Logo, de fato, pode-se inferir que a suposta tutela estatal de readequação do delinquentes é hipócrita. Tendo em vista que isso nunca virá a ocorrer com o sistema prisional que existe atualmente no país, e em grande parcela dos países ocidentais. Tal contexto colabora com um fato assustador: o preso vai se adequando e edificando suas próprias aferições sobre o sistema, que o coloca em uma cela, muitas vezes lotada e sem condições dignas de sobrevivência. viabilizando que além do ócio, se elabore uma mente capaz de ajustar planos maléficis fora daquele estabelecimento ou até mesmo no interior dele.

Portanto, diante do exposto, verifica-se que é possível até mesmo dentro do sistema prisional que os detentos planejem delitos para serem efetuados fora do

¹⁴ PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 85.

sistema, mostrando de tal modo que o cárcere brasileiro não ressocializa e não respeita os direitos humanos, pois se um detento é bem tratado, se este possui seus direitos assegurados e detém um ensinamento dentro da prisão, dificilmente voltará a delinquir.

4 A PANDEMIA E OS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS: A INTENSIFICAÇÃO DOS RISCOS À SAÚDE

O contexto observado no mundo desde dezembro de 2019 eleva a disseminação de uma doença respiratória aguda ocasionada pelo novo coronavírus, a síndrome respiratória grave 2 (SARS-CoV-2). Em março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS), proferiu o status de pandemia ao surto experimentado.

Pesquisas sinalizam que a propagação do vírus se realiza através das vias aéreas superiores (nariz e boca, especialmente), existindo necessidade de medidas como o distanciamento de um metro e meio entre os indivíduos, a utilização de máscaras quando em contato com outros indivíduos, a higienização das mãos com sabão ou álcool, não se vislumbrando medicamentos efetivos para o controle da doença.

Mediante tal conjuntura, e levando-se em consideração as particularidades do ambiente carcerário, a OMS elenca as razões em virtude dos quais o desafio de prevenção e tratamento do COVID-19 nos presídios é muito maior:

- a) A transmissão generalizada de um patógeno infeccioso que afeta a comunidade em geral representa uma ameaça de introdução do agente infeccioso em prisões e outros locais de detenção; o risco de aumentar rapidamente a transmissão da doença dentro de prisões ou outros locais de detenção provavelmente terá um efeito amplificador sobre a epidemia, multiplicando rapidamente o número de pessoas afetadas; b) Os esforços para controlar a Covid-19 na comunidade provavelmente falharão se medidas fortes de prevenção e controle de infecções (IPC), testes adequados, tratamento e cuidados não forem realizados em prisões e outros locais de detenção também; c) Em muitos países, a responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde em presídios e outros locais de detenção é do Ministério da Justiça/Assuntos Internos. Mesmo que essa responsabilidade seja mantida pelo Ministério da Saúde, a coordenação e a colaboração entre os setores de saúde e justiça são primordiais para que a saúde das pessoas nos presídios e em outros locais de detenção e da comunidade em geral seja protegida; e d) As pessoas nas

prisões e em outros locais de detenção já estão privadas de sua liberdade e podem reagir de forma diferente a outras medidas restritivas impostas a elas.¹⁵

Ademais, a OMS evidencia que existe maior fragilidade de tais indivíduos para a disseminação do vírus, uma vez que, além da proximidade uns com os outros, os indivíduos nos presídios normalmente possuem maior carga subjacente da doença e condições precárias de saúde, se comparado com a população civil em geral, e comumente enfrentam maiores exposições a riscos como a inadequada higiene pessoal, má alimentação, tuberculose, distúrbios, uso de drogas, dentre outros.¹⁶

As lições de Carvalho et. al. atestam, a partir de estudos realizados em artigos da área da saúde, "que o risco para um detento desenvolver tuberculose no país é trinta vezes maior do que a sociedade geral brasileira." Desse modo, compreende-se que as doenças infecciosas são responsáveis por cerca de "17,5% dos óbitos nos presídios."¹⁷

Em dezembro de 2019, o INFOPEN computou um total de 755.274 mil indivíduos privados de liberdade no país, havendo um déficit de 312.925 mil vagas. É nesse contexto de estabelecimentos superlotados, do estado de coisas inconstitucional proferido pelo Supremo Tribunal Federal, e em virtude das precárias condições e das insuficiências no âmbito de assistência material e de saúde prestadas no sistema carcerário, que o período pandêmico ocasionado pelo novo coronavírus chega a esse ambiente.¹⁸

Ainda que os detentos não deixem os estabelecimentos prisionais, estes estão em constante contato com agentes que ali prestam suas atividades profissionais, de saúde, segurança, alimentação, dentre outros que, caso estejam contaminadas, acabam por disseminar o vírus neste local.

¹⁵ WHO-World Health Organization. Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. **Interim Guidance**, 2020.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ CARVALHO, Sérgio Garófalo de Carvalho; SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos; SANTOS, Ivete Maria. A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 9, 2020. p. 390.

¹⁸ BRASIL. INFOPEN, 2019. Disponível em: <http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias1>. Acesso em: 22 nov. 2021.

As primeiras ocorrências de contaminação por coronavírus no Brasil foram identificadas em fevereiro de 2020, à medida que os primeiros casos no sistema carcerário foram noticiados em abril do mesmo ano, na região norte do Brasil.¹⁹ Em julho de 2020, dados alcançados pelos Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMFs) de 20 estados apontaram a existência de 13.778 indivíduos infectados no sistema carcerário nacional, sendo 8.665 detentos e 5113 agentes. Verifica-se que, no período de trinta dias analisado, constatou-se um aumento de 99,3% nos casos, à medida que o número de mortes aumentou em 33,3%, no mesmo período, somando o total de 136 óbitos em virtude do coronavírus.²⁰

Contudo, eleva-se a atenção para o fato de estes números não apontarem de maneira exata a situação dos infectados nos estabelecimentos prisionais. Alguns fatores precisam ser considerados no exame deles, sendo o primeiro o fato de ser factível que nem todos os presídios tenham fornecido dados às respectivas secretarias de administração penitenciária; segundo, dos vinte e sete estados, somente 20 forneceram dados ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ); em terceiro, a testagem no sistema carcerário ainda é muito ínfima: dados de julho de 2020 informaram que somente 18.607 presos e 19.132 servidores foram testados.²¹

Desse modo, deve-se considerar ainda a quantidade de óbitos em virtude da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG), pois com a pandemia esta cresceu "20 vezes mais em comparação ao ano de 2019, em conformidade com as declarações de óbitos registradas nos cartórios brasileiros."²² Assim, mediante uma elevação de 1.904% desse registro, especialistas corroboram que, como as mortes por SRAG

¹⁹ SEAP confirma primeiro caso de covid-19 em presídio do Amazonas. **Acrítica.com**, 22.04.2020. Disponível em: www.acritica.com/channels/coronavirus/news/seap-confirma-primeiro-caso-de-covid-19-em-presidio-do-amazonas. Acesso em: 23 nov. 2021.

²⁰ STABILE, Arthur. Primeiro caso de coronavírus em presídios é confirmado no Pará. **Ponte**, 08.04.2020. Disponível em: <https://ponte.org/primeiro-caso-de-coronavirus-em-presidios-e-confirmado-no-para/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

²¹ BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional. Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais**. Painel Mundial – COVID-19 – 20 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/acoes-contra-pandemia/painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais/covid-19-painel-mundial-27out20-secom.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

²² LOPES, Nathan. Mortes por síndrome respiratória no Brasil aumentam 20 vezes na pandemia. São Paulo, **UOL**, 04 jun 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/06/04/obitos-srag-brasil-coronavirus.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021.

podem ter como fator distintos vírus respiratórios, parcela destes óbitos pode ter sido em decorrência do coronavírus.

Ainda chama a atenção o fato de que as redes de ensino, com estrutura e condições de higiene muito superiores, tiveram suas atividades suspensas em decorrência do contágio pela aglomeração de indivíduos, e houve intensa pressão da sociedade para que as atividades não fossem retomadas antes da vacina ser aplicada. Nesse sentido, não é factível desconsiderar o que leciona a OMS sobre compreenderem-se os presídios locais propensos ao contágio do novo coronavírus.

Desse modo, a pandemia que devasta o Brasil e o mundo demonstra com mais clareza a crueldade delineada no sistema carcerário, pois os indivíduos presos, muitos com doenças pré-existentes, correm diariamente um verdadeiro risco de serem infectados por um vírus mortal, sendo privados do direito de manter o seu ciclo vital. Portanto, a quantidade de detentos e agentes mortos se eleva a cada dia, e não param de chegar mais presos em todos os estabelecimentos prisionais do país, sendo necessárias medidas efetivas para o controle da pandemia nos estabelecimentos prisionais.

O próximo tópico aborda as medidas executadas pelo Estado durante a pandemia da COVID-19 nos presídios brasileiros, a fim de verificar se estas são efetivas no combate à contaminação do vírus e na preservação da saúde dos indivíduos que ali residem ou laboram.

5 A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS ADOTADAS PELO ESTADO BRASILEIRO PARA COIBIR A DISSEMINAÇÃO DO NOVO CORONAVÍRUS NOS PRESÍDIOS

A propagação do novo coronavírus fez com que o Estado adotasse medidas diversas para a contenção da disseminação entre a sociedade em geral, via de regra, o distanciamento social e o uso de máscaras, e algumas medidas particulares para os presos do país, a exemplo da concessão de indulto pelo Poder Executivo ou da liberdade condicional pelo Judiciário.

Levando-se em conta a instrução dos organismos internacionais²³ para o desencarceramento como principal elemento a ser aderido para a tutela da vida e da saúde dos indivíduos encarcerados, é necessário ponderar sobre a política dos órgãos do sistema penal para coibir o avanço do coronavírus no sistema carcerário nacional.

No que tange ao sistema carcerário, uma das primeiras medidas do Poder Executivo foi a edição das Portarias Interministeriais 05 e 07/2020, na seara do Ministério da Justiça e da Saúde, em 17 e 18 de março de 2020, respectivamente. A Portaria nº 5 afere o caráter compulsório das medidas de combate ao coronavírus, chegando ao ponto de sinalizar a criminalização de atos, fazendo remissão aos dispositivos 268 e 230 do Código Penal brasileiro.²⁴

Por sua vez, a Portaria nº 7 determina que deverá ser realizada a constatação dos "custodiados que apresentem sinais e sintomas gripais, sobretudo através do incentivo à informação voluntária dos próprios detentos", mas nada menciona sobre a testagem, medida que se direciona de suma importância para o combate ao vírus.²⁵

Sobre isso, encontra-se disposto o isolamento dos indivíduos contaminados. Todavia, diante da reconhecida ausência de espaço nos estabelecimentos prisionais, o dispositivo 3º § 1º, da supracitada Portaria, elenca que:

§ 1º Caso não seja possível o isolamento em cela individual dos casos suspeitos ou confirmados, recomenda-se à Administração Penitenciária adotar o isolamento por coorte e o uso de cortinas ou marcações no chão para a delimitação de distância mínima de dois metros entre os custodiados.²⁶

As medidas dispostas nesse documento restaram sem efeito, tendo em vista que não consideraram a situação precária dos estabelecimentos prisionais no que

²³ OEA. *Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y Con Enfoque de Derechos Ante El COVID-19 en Las Américas*. Washington, 2020.

²⁴ BRASIL. *Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020*. Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>. Acesso em: 23 nov. 2021.

²⁵ CARVALHO, Sérgio Garófalo de Carvalho; SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos; SANTOS, Ivete Maria. A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 9, 2020. p. 3945.

²⁶ BRASIL. *Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020*. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do Sistema Prisional. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-interministerial-n-7-de-18-de-marco-de-2020-248641861>. Acesso em: 23 nov. 2021.

tange à lotação, condições de higiene básica e da íntima testarem da referida população e dos funcionários que ali laboram. A Portaria não menciona sobre a diminuição da população prisional, somente aponta, entre outras coisas, o monitoramento no tocante às gestantes, crianças e aos detentos em grupo de risco.

O Ministro da Justiça, na época Sérgio Moro, se colocou em oposição à soltura de custodiados em virtude do período pandêmico e propôs que presos idosos e com sintomas fossem direcionados a instalações provisórias, como, por exemplo, contêineres e barracas de campanha.²⁷

Após, com o advento da Portaria 135/2020²⁸, o Ministério da Saúde apresentou outras medidas em relação ao sistema carcerário, com ênfase para a suspensão das visitas, divisão das pessoas com sintomas similares e quarentena para os que se inserem no sistema. Os estudos de Carvalho et. al. elevam os riscos à saúde psicológica do que denominam de superisolamento, pois, além da privação da liberdade, também há o isolamento propiciado pelo vírus e a suspensão das visitas. De acordo com os autores:

O confinamento dentro de uma unidade prisional é distinto de outros tipos, como cruzeiros, escolas, quarentena, que são isolamentos voluntários, ao passo que na prisão a liberdade está cerceada involuntariamente. Nesse sentido, quando aplicada ao contexto prisional, a medida de isolamento resulta em uma superposição de confinamentos.²⁹

O Poder Executivo também operou para vetar disposições da Lei nº 14.019/2020, os quais obrigava a utilização de máscara em vários ambientes, incluindo-se os estabelecimentos prisionais. Diante de um vírus letal, a máscara é

²⁷ Entre 2006 e 2010, o estado do Espírito Santo fez uso de contêineres para a custódia de presos, o que acarretou a impetração de um HC perante o Superior Tribunal de Justiça, HC 142513/ES, que, finalmente, determinou a colocação em prisão domiciliar de todas as pessoas presas em celas-contêiner no estado, considerando que tal prática caracterizava ilegalidade da prisão, a evidente violação ao fundamento da dignidade humana e considerando-a como tratamento cruel e desumano (STJ, HC 142513/ES, rel. Min. Nilson Naves, j. 23.03.2010, Sexta Turma, DJe 10.05.2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901410634&dt_publicacao=10/05/2010. Acesso em: 24 nov. 2021.

²⁸ BRASIL. **Portaria nº 135, de 18 de março de 2020**. Estabelece padrões mínimos de conduta a serem adotados em âmbito prisional visando a prevenção da disseminação do COVID-19. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-135-de-18-de-marco-de-2020-248641860>. Acesso em: 24 nov. 2021.

²⁹ CARVALHO, Sérgio Garófalo de Carvalho; SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos; SANTOS, Ivete Maria. A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 9, 2020. p. 3494.

um dos poucos instrumentos fundamentais para coibir o contágio, e essa medida de combate, tão simples, seria opcional aos indivíduos presos, desonerando o Poder Público do dever de fornecer as máscaras. O Executivo considera que os detentos podem ser convocados para produzir máscara e álcool, mas não cobra o fornecimento de tais instrumentos, maleabilizando a proteção destes indivíduos.³⁰

Nesse sentido, o desencarceramento poderia ser edificado em largo grau como medida de saúde pública. O Presidente da República poderia, nas balizas de sua competência, como medida de preservação da saúde, da vida, com fundamento em pareceres epidemiológicos, indicação da OMS, Fiocruz, dentre outras entidades, perdoar parte da população prisional do cumprimento da pena, concedendo-lhes indulto (art. 84, XII, CF/88), como procederam os governantes de Portugal, Peru e Gana, por exemplo. No entanto, o Brasil acabou por trilhar sua conhecida política criminal repressiva e punitivista e em momento nenhum se debateu a possibilidade de concessão deste ato disposto no texto constitucional de 1988.³¹

No contexto de elevação dos casos no Brasil e demonstrando intensa preocupação com os detentos, o CNJ publicou a Recomendação nº 62, em março de 2020, norteadas aos Tribunais e juízes, para a aderência de medidas preventivas contra a disseminação do coronavírus no sistema de justiça penal e socioeducativo. O mencionado documento teve como finalidade apontar às autoridades competentes algumas recomendações práticas para minimizar o efeito da pandemia do vírus nos ambientes prisionais a fim de proteger a saúde, a integridade física e o bem-estar de todos que ali residem, visitam ou trabalham.³²

Como o próprio nome já aponta, se trata de uma recomendação, ainda assim, o que se observou depois de sua edificação foram Tribunais e juízes seguindo suas indicações, viabilizando, assim, a liberdade em forma de exceção a determinados

³⁰ BRASIL. **Lei nº 14.019, de 2 de julho de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14019.htm Acesso em: 24 nov. 2021.

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 25 nov. 2021.

indivíduos, uma vez preenchidas as condições indicadas na própria Recomendação citada.

Em um panorama objetivo, a Recomendação nº 62 determina no tocante aos indivíduos custodiados, que devem ser reexaminadas as prisões provisórias, sobretudo com relação aos indivíduos mais vulneráveis, como é o caso de gestantes, idosos ou deficientes que estejam encarcerados em presídios superlotados e onde não exista atendimento médico de qualidade. Também se orientou a reanálise da conjuntura de presos por mais de noventa dias ou que estejam encarcerados por delitos que não sejam graves, isto é, aqueles realizados sem o emprego de violência e sem ameaça contra vítima. No que tange aos presos que já estejam cumprindo pena, a Recomendação dispõe que os magistrados analisem a possibilidade de conceder de forma prévia a liberdade condicional ou a saída antecipada para situações previstas na legislação.³³

Outro direcionamento da Recomendação é de que o magistrado determine prisão domiciliar aos detentos que estejam cumprindo pena em regime semiaberto ou aberto ou quando este apresentar sintomas similares ao da COVID-19. Desse modo, é possível observar que o mencionado documento almeja diminuir o fluxo de indivíduos encarcerados no momento pandêmico vivenciado.

Ainda em consonância à Recomendação nº 62 e mediante o contexto que se instaurava no Brasil e no mundo, em 18 de março de 2020, o STF recomendou aos magistrados o reexame, urgente, da situação dos indivíduos encarcerados e que pertencessem ao grupo de risco, como idosos, gestantes, etc., a fim de que estes fossem tirados dos estabelecimentos prisionais em virtude da disseminação do vírus no país. Tal recomendação fora exarada no julgamento da Tutela Provisória na ADPF nº 347:

Ante a situação precária e desumana dos presídios e penitenciárias, no que levou o Colegiado Maior, na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF, a concluir pelo estado de coisas

³³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

inconstitucional, considerada a integridade física e moral dos custodiados, assento a conveniência e, até mesmo, a necessidade de o Plenário pronunciar-se. De imediato, conclamo os Juízos da Execução a analisarem, ante a pandemia que chega ao País – infecção pelo vírus COVID19, conhecido, em geral, como coronavírus –, as providências sugeridas, contando com o necessário apoio dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. A par da cautela no tocante à população carcerária, tendo em conta a orientação do Ministério da Saúde de segregação por catorze dias, eis as medidas processuais a serem, com urgência maior, examinadas: a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância; d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.³⁴

Desta feita, tendo em vista o alastramento da pandemia, os países começaram a aderir medidas desencarceramento para o sistema prisional, pois a pandemia aferiu nitidez às debilidades e fragilidades do sistema prisional. Foram medidas de urgência empregadas como resposta à disseminação do coronavírus para minimizar a população carcerária a fim de afastar os efeitos devastadores e severos que o vírus pode ocasionar dentro de tais estabelecimentos. Isso, pois, em países onde o vírus chegou antes do Brasil, foram atestados muitos casos e óbitos entre detentos e agentes prisionais acarretados pela COVID-19. Diante de tal fato, muitos países

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela provisória incidental na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347**. Requerente: Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Requerido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

empregaram medidas para diminuir os presos como estratégia para coibição e prevenção da doença.³⁵

Desse modo, vale dizer que as medidas direcionadas pelo CNJ na Recomendação nº 62 não concedem uma anistia, à medida que também não apagam o delito cometido. Ainda, não podem ser consideradas como uma maneira de se comutar a pena, sendo somente medidas de urgência direcionadas para um momento transitório. Quando toda situação se normalizar, os presidiários poderão voltar para o cárcere e junto com isso todo o debate sobre o problema da superlotação e muitos outros, tal qual se observava antes da pandemia.³⁶

Sendo assim, as recomendações efetuadas pelo CNJ estão fundadas no dever do Estado de tutelar todos os indivíduos, estejam ou não encarcerados. Trata-se, também, do respeito e observância às balizas internacionais de proteção dos direitos humanos, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à saúde e a vedação de penas desumanas ou cruéis. É preciso que exista um controle efetivo da disseminação do vírus dentro dos estabelecimentos prisionais, através de um esforço mútuo entre os setores de saúde, sanitário e também do Judiciário. O novo coronavírus possui um poder mortal e devastador, que trouxe impactos alarmantes, imprevisíveis e incalculáveis.

Assim, conclui-se que o confinamento sob uma superlotação prisional torna tais lugares sobretudo vulneráveis para a disseminação do coronavírus, colocando em risco a saúde dos indivíduos, assim, eleva-se para o Estado, para as instituições políticas e para o Poder Judiciário, o dever de assegurar todos os direitos humanos da população carcerária, com ênfase no período pandêmico experimentado.

Portanto, apesar das medidas empregadas pelo Estado brasileiro para o controle da pandemia propiciada pelo novo coronavírus no sistema prisional, nota-se que estas não são plenamente efetivadas, à medida que se trata de uma

³⁵ BACHELET, Michelle. **Hay que tomar medidas urgentes para evitar que el Covid19 ‘cause estragos en las prisiones’**. Ginebra: Alta Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2020. p. 66.

³⁶ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 25 nov. 2021.

Recomendação, podendo ser seguida ou não. Seria necessário que houvesse muito mais esforços do Estado, através de políticas públicas efetivas que, de fato, propiciassem melhores condições aos presos especialmente na pandemia da COVID-19.

6 CONCLUSÃO

Com a realização do presente estudo, verificou-se que a conjuntura pandêmica poderia contribuir para a ponderação sobre os males da prisão e do encarceramento massificado e propiciar uma alteração nos rumos da política criminal nacional. Todavia, a Recomendação nº 62 do CNJ e quantidade elevada de mortes foram insuficientes para conter o propósito encarcerador do sistema penal brasileiro. Nota-se diariamente o descaso que o governo direciona ao direito à saúde e, por conseguinte, ao direito à vida dos brasileiros, sobretudo da população carcerária.

O Brasil transcorre um período de acirramento da violência institucional e do racismo estrutural, o que influi sobretudo efeitos aos presos. O punitivismo agora é acrescido de mais um embasamento falacioso, qual seja: o combate à crise sanitária do novo coronavírus. Desse modo, a partir da Recomendação nº 62 do CNJ, nota-se que a medida mais empregada foi a que veda as visitas aos detentos. Os estabelecimentos prisionais suspenderam imediatamente as visitas e, em muitas situações, também o acesso aos advogados e defensores públicos. Isso agravou substancialmente a saúde dos presos não apenas porque elevou o isolamento, mas também porque estes deixaram de receber alimentos e produtos de higiene básica trazidos por seus entes familiares, muitas vezes fundamentais para a promoção de suas atividades mais essenciais.

Restou nítido, com a pesquisa, que a maneira mais efetiva de evitar o contágio é o distanciamento social e a higiene adequada. Os presos não possuem nenhum destes elementos. Assim, nesse período, deixar essa população confinada é o mesmo que condená-la à morte. E ainda: é condenar toda população à convivência com surtos da doença que não poderá ser combatida nos estabelecimentos prisionais. A prisão no Brasil, em si, já é algo que não cumpre com a sua finalidade, que é a

ressocialização do detento. A própria Suprema Corte já reconheceu e a pandemia apenas tornou tal contexto mais nítido. Assim, qual seria o sentido em conservar indivíduos na prisão, sobretudo se o Estado não assegura condições dignas de existência?

De maneira oportuna, o desencarceramento, dentre as medidas observadas para coibir a pandemia nas prisões, é a que se demonstra mais eficiente. Mesmo que o Estado assegurasse saneamento básico e produtos de higiene básica, o que não ocorre, com um local superlotado, sem o distanciamento, é difícil combater o coronavírus nos estabelecimentos prisionais. No entanto, a política criminal embasada na concepção de defesa social, de combate à criminalidade a qualquer custo, denota tratamento dos presos como menos sujeitos de direito, ao lhes afastar o direito à saúde e à vida, sendo possível aferir que se revela, assim, em um poder de morte.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BACHELET, Michelle. **Hay que tomar medidas urgentes para evitar que el Covid19 ‘cause estragos en las prisiones**. Ginebra: Alta Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional. Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais**. Painel Mundial – COVID-19 – 20 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/acoes-contrapandemia/painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais/covid-19-painel-mundial-27out20-secom.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **INFOPEN**, 2019. Disponível em: <http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias1>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.019, de 2 de julho de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14019.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-interministerial-n-7-de-18-de-marco-de-2020-248641861>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 135, de 18 de março de 2020**. Estabelece padrões mínimos de conduta a serem adotados em âmbito prisional visando a prevenção da disseminação do COVID-19. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-135-de-18-de-marco-de-2020-248641860>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela provisória incidental na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347**. Requerente: Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Requerido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2021.

CARVALHO, Sérgio Garófalo de Carvalho; SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos; SANTOS, Ivete Maria. A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 9, 2020.

LENZI, Tié. **Significado dos Direitos Humanos**, 2019. Disponível em: <https://www.significados.com.br/direitos-humanos/>. Acessado em: 20 nov. 2021.

LOPES, Nathan. Mortes por síndrome respiratória no Brasil aumentam 20 vezes na pandemia. São Paulo, **UOL**, 04 jun 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/06/04/obitos-srag-brasil-coronavirus.htm>. Acesso em: 24 nov. 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OEA. **Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y Con Enfoque de Derechos Ante El COVID-19 en Las Américas**. Washington, 2020.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

SANTOS, Lenir. **Direito à saúde e qualidade de vida: um mundo de corresponsabilidades e fazeres**. Campinas: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Notas sobre o direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SEAP. confirma primeiro caso de covid-19 em presídio do Amazonas.

Acrítica.com, 22.04.2020. Disponível em:

www.acritica.com/channels/coronavirus/news/seap-confirma-primeiro-caso-de-COVID-19-em-presidio-do-amazonas. Acesso em: 23 nov. 2021.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 31, n. 5, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STABILE, Arthur. Primeiro caso de coronavírus em presídios é confirmado no Pará. **Ponte**, 08.04.2020. Disponível em: <https://ponte.org/primeiro-caso-de-coronavirus-em-presidios-e-confirmado-no-para/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

WHO-World Health **Organization. Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention**. Interim Guidance, 2020.