

ISSN: XXXX-XXXX

Revista de
Direito Magis

Volume 1 | Número 1 | Ano 2022



Associação Guimarães
de Estudos Jurídicos



R454 Revista de Direito Magis.
2022 v. 1, Belo Horizonte, 2022.

v. 1, n. 1, a. 1, 2022

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Revista de Direito Magis. II. Título

CDD: 340 / CDU: 340

EXPEDIENTE

Editor-Chefe

Clayton Douglas Pereira Guimarães | AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos, Minas Gerais, Brasil

Conselho Executivo

Clayton Douglas Pereira Guimarães | AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos, Minas Gerais, Brasil

Glayder Daywerth Pereira Guimarães | AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos, Minas Gerais, Brasil

Conselho Editorial

Clayton Douglas Pereira Guimarães | AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos, Minas Gerais, Brasil

Glayder Daywerth Pereira Guimarães | AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos, Minas Gerais, Brasil

Conselho Parecerista

Clayton Douglas Pereira Guimarães | AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos, Minas Gerais, Brasil

Glayder Daywerth Pereira Guimarães | AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos, Minas Gerais, Brasil

SUMÁRIO

Apresentação

Clayton Douglas Pereira Guimarães 06-07

Artigos

DESAFIOS DO PLANEJAMENTO URBANO: A QUESTÃO DA OCUPAÇÃO EM
ÁREAS DE RISCO

Clayton Douglas Pereira Guimarães 08-21

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS:
ACESSIBILIDADE NAS ESCOLAS

Glyder Daywerth Pereira Guimarães 22-38

A EFICÁCIA JURÍDICA E SOCIAL DAS NORMAS REFERENTES À
DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

Érica Melicia da Silva Silveira 39-56

NEGAÇÃO A HOMENS GUEIS DO DIREITO DE DOAR SANGUE: OS
SIGNIFICADOS DA DECISÃO DO STF QUE TORNOU ILEGAIS AS NORMAS
RESTRITIVAS

Rodrigo Carlos Jesuino 57-106

DESIGUALDADE SALARIAL ENTRE OS GÊNEROS: CABIMENTO DE
REPARAÇÃO POR DANO PATRIMONIAL E MORAL À MULHER

Marina Ribeiro Fonseca | Sarah Batista Santos Pereira 107-124

DESENVOLVIMENTOS E DIFICULDADES CONTEMPORÂNEAS DA
RESPONSABILIDADE CIVIL ANTE AO PARADIGMÁTICO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO Nº 580.252

Caio César do Nascimento Barbosa | Fabrícia Vicente Barbosa 125-145

A VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO REFERENTE
ÀS ENCHENTES RECORRENTES EM BELO HORIZONTE

Túlio Coelho Alves 146-164

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA
ANÁLISE DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ENSINO PÚBLICO E AO ACESSO AOS
MEIOS DIGITAIS COMO FUNDAMENTAL

Agnes Luiza Soares Gonçalves | Giovanna Duarte Silva 165-189

APRESENTAÇÃO

O estudo crítico e construtivo dos modelos jurídicos contemporâneos demonstra-se como uma das principais atividades dos pesquisadores da seara jurídica visto que esse processo possibilita a reavaliação dos paradigmas atuais e a pavimentação de novos caminhos para o Direito e para a sociedade contemporânea.

Nesse contexto, a *Revista de Direito Magis (RDM)* se estabelece como um dos principais instrumentos, *independente e autossuficiente*, de propagação de pesquisas científicas em âmbito nacional e internacional. A *Revista de Direito Magis* se propõe a ser um amplo espaço de fomento e divulgação da pesquisa científico-jurídica conjuntamente à *AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos* e ao *Magis – Portal Jurídico*.

A missão da *Revista de Direito Magis* consiste em criar um repositório online gratuito de artigos acadêmicos. Desse modo promovendo sua divulgação e maximizando o diálogo entre pesquisadores de instituições nacionais e estrangeiras nas matérias atinentes à sua linha editorial: *o Direito Contemporâneo, interpretado e aplicado à luz dos Princípios Constitucionais e Ditames da Boa-fé*. Para tanto, a *Revista de Direito Magis* reúne artigos, trabalhos acadêmicos, pareceres, comentários à jurisprudência, resenhas bibliográficas, em português e em idiomas estrangeiros, selecionados pelo sistema *double blind*, de modo a garantir a comunidade acadêmica com um repositório científico-jurídico que ofereça análises críticas e construtivas para além do mero estado da arte.

É com grande felicidade que apresentamos a toda comunidade jurídica o primeiro volume da *Revista de Direito Magis* em 2022 (v.1, n.1, jan./jun. 2022).

O presente número do Periódico é constituído por uma série de pesquisas científicas inéditas, nas quais os diversos autores se propõem a discutir temas complexos

e suscitar significativas transformações na sociedade contemporânea e no universo jurídico.

A *Revista de Direito Magis (RDM)* desde sua concepção se presta a auxiliar a construção do conhecimento jurídico no cenário nacional e internacional e corroborar com a introdução de novas ideias e soluções para as problemáticas vivenciadas pela sociedade contemporânea.

Na oportunidade, a *Revista de Direito Magis* agradece aos autores do presente número pela confiança depositada em nosso periódico para realizar a publicação de seus estudos, aos membros do Conselho Executivo pela direção da revista, aos membros do Conselho Editorial pelo auxílio na direção científica e ao Conselho Parecerista pelo esforço e tempo empregados na avaliação dos artigos submetidos à revista.

Esperamos que os estudos selecionados para compor a presente edição da *Revista de Direito Magis* proporcionem reflexões a todos os leitores e que as pesquisas adiante desenvolvidas possam enriquecer a comunidade jurídica bem como impactar positivamente toda a sociedade.

Uma boa leitura!

Clayton Douglas Pereira Guimarães
Editor da Revista de Direito Magis

DESAFIOS DO PLANEJAMENTO URBANO: A QUESTÃO DA OCUPAÇÃO EM ÁREAS DE RISCO

URBAN PLANNING CHALLENGES: THE ISSUE OF OCCUPANCY IN RISK AREAS

Clayton Douglas Pereira Guimarães¹

Resumo: A questão da ocupação de área de risco é um tema que não pode ser dissociado de uma discussão acerca da estrutura intraurbana brasileira, a efetividade das ações das instituições frente as demandas dos agentes que fazem o espaço urbano, e sobretudo sobre os agentes em situação de segregação. Para finalidade da pesquisa adota-se uma vertente metodológica jurídico-sociológica, e no tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker e Gustin, o tipo jurídico-projetivo. As principais fontes da pesquisa compreendem textos doutrinários, normas e demais dados colhidos na pesquisa. Em síntese, a ocupação em áreas de risco ocorre pautada em um processo de segregação, no qual há a formação de um meio de privilégios para a classe dominante, assim, a ocupação é apenas um meio para com que os segregados tenham um dos valores da terra, a localidade ou acessibilidade. É necessário tratar das ocupações, o que pode compreender a realização de obras de contenção, realocação em consideração às necessidades dos moradores. De todo modo, em todo esse processo faz-se necessário a abertura de canais de comunicação para com a população segregada para inibir a ocupação em áreas de risco de modo mais eficiente. O Estado enquanto instituição deve tomar medidas efetivas em prol da população segregada, e não meramente dilatórias.

Palavras-chave: Estrutura intraurbana; Segregação Urbana; Áreas de Risco.

Abstract: The issue of occupation of a risk area is a topic that cannot be dissociated from a discussion about the Brazilian intra-urban structure, the effectiveness of the institutions' actions in the face of the demands of the agents that make the urban space, and above all on the agents in a situation of segregation. For the purpose of the research, a legal-sociological methodological approach is adopted, and regarding the

¹ Especialista em Ciências Jurídicas com ênfase em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Arnaldo Jansen. Bacharel em Direito - modalidade Integral - pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisador no âmbito do Direito Digital, Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Copresidente da Associação Guimarães de Estudos Jurídicos - AGEJ. Diretor Geral e membro do Conselho Editorial do Portal Jurídico Magis. Advogado.

type of investigation, the legal-projective type was chosen in the Witker and Gustin classification. The main sources of the research comprise doctrinal texts, norms and other data collected in the research. In summary, occupation in risk areas occurs based on a process of segregation, in which there is the formation of a means of privileges for the dominant class, thus, the occupation is just a means for the segregated to have one of the values of the land, locality or accessibility. It is necessary to deal with the occupations, which can include the carrying out of containment works, relocation in consideration of the needs of the residents. In any case, throughout this process, it is necessary to open channels of communication with the segregated population to inhibit occupation in risk areas more efficiently. The State as an institution must take effective measures in favor of the segregated population, and not merely dilatory ones.

Keywords: Intra-urban structure; Urban Segregation; Risk areas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa tem por tema, práticas de planejamento urbano para inibir a ocupação de pessoas em áreas de risco. Com o desígnio de se discutir o tema tem de se admitir como pressuposto do diálogo uma noção da realidade a que vai se fazer referência, a estrutura intraurbana brasileira especificamente no que tange a efetividade das ações das instituições frente as demandas dos agentes que fazem o espaço urbano, sobretudo em relação aos que se encontram em situação de segregação, pois, a princípio verifica-se que são esses os sujeitos que se submetem a ocupação em áreas de risco em virtude das possíveis vantagens que a localidade possa os oferecer.

Diante da abordagem do tema do trabalho acadêmico surge uma problemática, qual seja, em que consiste o planejamento urbano, e como a partir desse planejamento urbano se poderia inibir a ocupação de pessoas em áreas de risco.

A resposta prévia que se alcança a partir da propositura da hipótese, se resume em: ação governamental de modo a retirar essas pessoas das áreas de risco e propiciar uma localidade que satisfaça suas demandas.

Para fins da verificação de verossimilhança da hipótese formulada tendente a resolução do problema da pesquisa é imperioso o cumprimento de determinados objetivos, quais sejam, explicar o que é planejamento urbano, e verificar quais práticas são eficientes para inibir a ocupação de pessoas em áreas de risco.

Para o atendimento do supracitado objetivo, requer-se, a utilização de uma metodologia hábil a atender as demandas da pesquisa, nesse sentido, adota-se uma vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi

escolhido, na classificação Witker² e Gustin,³ o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo dos textos doutrinários, normas e demais dados colhidos na pesquisa.

Feitas, portanto, essas relevantes considerações de modo a elucidar a temática da presente pesquisa, os respectivos problemas e a resposta prévia que se alcança a partir da propositura da hipótese, faz-se necessária justificar o porquê da realização da presente pesquisa, esta se substancia no fato de a temática apresentar relevância social e jurídica, já que lida com direito a habitação.

Por fim, cabe, mencionar como dar-se-á estruturação do seguinte trabalho acadêmico, este é organizada em dois capítulos, além destas considerações iniciais, as considerações finais e as referências.

O segundo capítulo se inicia em que consiste o planejamento urbano levando em consideração o espaço urbano e os agentes que fazem esse espaço, ressaltando a relevante distinção entre planejamento e gestão imprescindível para a presente pesquisa.

O terceiro capítulo por sua vez trata da a razão da ocorrência de ocupação em áreas de risco pelos segregados, pautando-se no processo de segregação e a formação de um meio de privilégios para a classe dominante, de modo que a ocupação em áreas de risco torna-se um meio para com que os segregados tenham por meio da ocupação em áreas de risco um dos valores da terra, a localidade ou acessibilidade. Ainda, trata das formas de tratamento que pode se dar as ocupações nas áreas de risco que compreende a realização de obras de contenção, a qual deve ser sopesada em se considerar os custos de monitoramentos dessas áreas. E ainda, verificar a viabilidade da realocação essa exige um plano que considere as necessidades dos moradores.

O capítulo quatro, por fim, ainda se centra nas formas de tratamento que pode se dar as ocupações nas áreas de risco, mas ressalta a importância da abertura de canais de comunicação para com a população segregada para inibir a ocupação em áreas de risco de modo mais eficiente, de modo a evidenciar que um ideal democrático é a melhor forma de atender os anseios da população que ocupa áreas de risco, e que as ações do Estado sejam efetivas, e não meramente dilatórias, de modo a tomar ações que vão em oposição

² WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

aos anseios dos segregados como realocações que acabam sendo frustradas mediante novas ocupações.

2 PLANEJAMENTO URBANO EM CONSIDERAÇÃO AO ESPAÇO URBANO E OS AGENTES QUE FAZEM ESSE ESPAÇO

Cabe primeiramente destacar a distinção entre gestão e planejamento: gestão significa gerenciamento dentro dos recursos presentes, e planejamento é o gerenciamento a longo prazo.

O planejamento é a preparação para a gestão futura, buscando-se evitar ou minimizar problemas e ampliar margens de manobra; e a gestão é a efetivação ao menos em parte (pois o imprevisível e o indeterminado estão sempre presentes, o que torna a capacidade de improvisação e flexibilidade sempre imprescindíveis), das condições que o planejamento passado ajudou a construir. Longe de serem concorrentes ou intercambiáveis, planejamento e gestão são distintos e complementares.⁴

Os estudos territoriais das últimas décadas além de terem se voltado para questões regionais, tem se voltada para as questões de gestão urbana, e pela constatação de que gestão e planejamento são distintos e complementares, atentar-se-á para a questão do planejamento urbano, pois a cidade deve ser entendida como um modelo a ser seguido pelos administradores.

A cidade deve ser entendida como sendo um modelo a ser seguido por aqueles que administram a cidade. O fato de sua execução ser impossível de se consolidar, não significa abandonar o ideal. A reflexão do modelo ideal surge historicamente no momento em que a pólis grega entra em crise. Tal condição ilustra que será nos momentos de crise que a reflexão sobre a constituição da cidade se torna mais aguda.⁵

A abordagem do planejamento urbano, exige a utilização dos estudos intraurbanos, e não regionais, já que como trata-se de gerenciamento a longo prazo deve-se levar em consideração os diversos elementos que compõem a cidade em conjunto.

Para Flávio Villaça em virtude do curso que tomaram os estudos territoriais nas últimas décadas com foco nas questões regionais, as terminologias, espaço urbano, estrutura urbana, reestruturação urbana, acabaram associadas a esses estudos regionais dessa forma optou-se por adotar a terminologia intraurbano de forma a reiterar o enfoque

⁴ SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 46.

⁵ REIS, Émilien Vilas Boas. A Cidade Real e a Cidade Ideal: Reflexões históricas, jurídicas e filosóficas. In: RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira; KLEINRATH, Stella de Moura. **A Cidade Real e a Cidade Ideal em uma reflexão transdisciplinar**. 1º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 46.

da pesquisa nas questões intraurbanas, considerando o conjunto de elementos que compõe a cidade.⁶

A estrutura intraurbana ou espaço urbano compreendem o conjunto de diversos usos das terras, ou organização espacial da cidade. Para Roberto Lobato Corrêa, tais usos da terra, definem as áreas centrais, industriais e residenciais, distintas em forma e conteúdo social. Esse complexo uso da terra trata-se da organização espacial da cidade, ou espaço urbano fragmentado.⁷

Depreende-se que ao atribuir a organização espacial como parte da estrutura intraurbana, esta aparece como um espaço fragmentado, mas a estrutura intraurbana é também articulada. Conforme, Roberto Lotabo Corrêa: “Estas relações manifestam-se empiricamente através de fluxos de veículos e de pessoas [...]. Estas relações espaciais são de natureza social, tendo como matriz a própria sociedade de classes e seus processos”.⁸

Ainda, o espaço urbano é reflexo social, e pela sociedade ser desigual, o espaço intraurbano também o é, mas, assim como a sociedade, o espaço intraurbano é mutável, e por essa razão pode-se buscar inibir a ocupação de pessoas em áreas de risco.

Por área de risco compreende-se, para Ricardo Brandão Figueiredo, locais sujeitos a fenômenos geológico-geotécnico e hidráulico que tenham como possível resultado a perda de vida ou danos materiais.⁹

É imprescindível identificar, portanto, quais são as pessoas que se sujeitam a ocupação nessas áreas de risco, já que o presente trabalho se preocupa com essa eventual perda de vidas, para o mesmo utilizar-se a classificação dos agentes que produzem o espaço urbano: os proprietários dos meios de produção, sobretudo os proprietários industriais; os proprietários fundiários; os promotores imobiliários; o Estado; e os grupos sociais excluídos.

Para Roberto Lobato Corrêa, os proprietários industriais realizam atividade industrial, e estes têm por principal característica uma enorme demanda por espaço para que realizem suas produções, e demandam sobretudo, terras a baixo custo para que dessa forma não se onere os produtos, os quais produzem.¹⁰

⁶ VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Studio Nobel, FAPESP, 2001.

⁷ CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. 4ª. ed. São Paulo: Ática, 1999.

⁸ CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. 4ª. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 7-8.

⁹ FIGUEIREDO, Ricardo Brandão. **Engenharia social: soluções para áreas de risco**. São Paulo: Mcgraw-Hill, 1995.

¹⁰ CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. 4ª. ed. São Paulo: Ática, 1999.

Já que interessa os proprietários industriais terras baratas, por conseguinte não lhes interessam, a especulação fundiária, mais essa interessa aos proprietários fundiários, já que estes objetivam obter maior renda fundiária decorrente de suas propriedades, portanto, a eles interessas que suas terras tenham um alto custo. Os conflitos que emergem destes dois agentes tendem a ser revolvidos por parte do Estado, este pressionado, a favor dos proprietários industriais, já estes comandam a vida econômica e política.

Os promotores imobiliários são em verdade um conjunto de agentes assim classificados em decorrência das operações que realizam, dentre esses faz-se referência ao proprietário-construtor de terreno. A respeito da construção de terrenos, cabe ressaltar que embora haja agente com esse intuito, só se interessa na ótica capitalista a construção para fins não populares, devido aos baixos salários das camadas populares frente ao custo da habitação.

[...] o capital não tem interesse em produzir habitações para as camadas populares. Numa sociedade onde parte ponderável da população não tem acesso à casa própria ou mesmo não tem condições de pagar aluguel, a estratégia dos promotores imobiliários é basicamente a seguinte: (a) dirigir-se, em primeiro lugar, à produção de residências para satisfazer a demanda solvável; e (b) obter ajuda do Estado no sentido de tornar solvável a produção de residências para satisfazer a demanda não solvável.¹¹

O Estado por sua vez atua na organização da cidade, por vezes resolvendo conflitos como fora o caso mencionado entre grandes industriais e proprietários fundiários, mas em razão de ter de atuar de modo a resolver conflitos já se verifica a complexidade de sua atuação. Mas, o Estado por si mesmo atua nas diversas funções dos agentes que compõe o espaço urbano, sem excluir no entendo a função mais notória do Estado que é a prestação de serviços públicos. De acordo com Roberto Lobato Corrêa: “E é decorrente de seu desempenho espacialmente desigual enquanto provedor de serviços públicos, especialmente aqueles que servem à população, que o Estado se trona alvo de certas reivindicações de segmentos da população urbana”.¹²

Por fim, faz-se referências aos grupos sociais excluídos, essa posição decorre primeiramente de haver conflitos de interesses na atuação dos agentes que fazer o espaço urbano, e ainda pela posição do Estado que por vezes acaba privilegiando agentes dominantes, os que detém valor econômico, esse decorre sobretudo devido a notória importância desses agentes para o sistema urbano, mas deve ser proporcionalizado, para

¹¹ CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. 4ª. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 22.

¹² CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. 4ª. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 25.

fins de um desenvolvimento social, essa proporcionalização perpassa pela ampliação ao acesso a habitação e localização.

Na sociedade de classes verificam-se diferenças sociais no que se refere ao acesso aos bens e serviços produzidos socialmente. [...] A habitação é um desses bens cujo acesso é seletivo: parcela enorme da população não tem acesso, quer dizer, não possui renda para pagar o aluguel de uma habitação decente, e muito menos, comprar um imóvel. Este é um dos mais significativos sintomas de exclusão que, no entanto, não ocorre isoladamente: correlatos a ela estão a subnutrição, as doenças, o baixo nível de escolaridade, o desemprego ou o subemprego e mesmo o emprego mal remunerado.¹³

Ante a seletividade da habitação, ocorre o fenômeno das ocupações em áreas de risco que atinge diversas cidades brasileiras, e para resolvê-lo exige-se uma ação da União, Estados e Municípios, estes pertencentes ao grupo que se denominou Estado, além da participação da população

Há um fenômeno atual que atinge diversas cidades brasileiras, o qual consiste nas ocupações irregulares do solo urbano, mormente em áreas de risco. A questão da habitação se constitui num dos graves problemas sociais a serem equacionados no campo das políticas públicas no país e enfrentá-la implica reconhecer, dentre outras circunstâncias, que as soluções devem ser buscadas na conjugação de esforços das três instâncias de governo – federal, estadual e municipal, sem se esquecer da fundamental importância da população no debate e na busca de melhorias na formulação destas políticas públicas. Como a ocupação urbana se insere num contexto de meio ambiente, é de se ver que a adequada gestão de tal aspecto visa a favorecer o desenvolvimento sustentável e à qualidade de vida [...].¹⁴

Identificado os grupos sociais excluídos, cabe referenciar no capítulo subsequente o processo de segregação pelo qual esses estão submetidos, bem como mitigar essa segregação via ampliação do acesso a habitação a localização mediante ação do Estado e população.

3 A RAZÃO DA OCORRÊNCIA DE OCUPAÇÃO EM ÁREAS DE RISCO PELOS SEGREGADOS E SEU TRATAMENTO

O processo de segregação está relacionado a existência de diferentes grupos sociais. Conforme, Roberto Lobato Corrêa: “A segregação residencial é, em realidade, um processo que origina a tendência a uma organização espacial em áreas de forte homogeneidade social interna e de forte disparidade entre elas”.¹⁵ A problemática é que

¹³ CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. 4ª. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 29.

¹⁴ FABRIANI, Carmen Beatriz; CASTILHO, Lucas Valério. Moradias Em Áreas De Risco, Cidadania E Participação: Um Desafio Para A Governança Municipal. **Revista Científica de Direitos Culturais – RDC**. v. 9, n. 19, 2014, p. 13-14.

¹⁵ CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. 4ª. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 60.

a referida segregação mais do que formar um conglomerado de indivíduos pertencentes a um mesmo grupo social, é um meio de privilégio para a classe dominante. Note-se que a segregação tem um dinamismo, já que está associada a um conglomerado de indivíduos pertencentes a um mesmo grupo social, e não a uma localização fixa, quer-se dizer que pode haver deslocamentos dos grupos sociais dentro do espaço urbano. Então para resolver a questão dos segregados que ocupam áreas de risco não basta descola-los, pelo seguinte motivo:

As áreas de risco não são homogêneas, portanto, a abordagem e o seu tratamento não podem se dar de forma generalista. Assim, mesmo para algumas áreas de alto risco, é possível realizar obras de contenção e estabilização de encostas [...]. Ao mesmo tempo, importante destacar que, tendo em vista o alto custo que demandam as obras de infraestrutura nessas áreas e o seu monitoramento permanente, deve-se evitar novas ocupações. As remoções têm de ser discutidas entre o Poder Público e as comunidades para além dos critérios técnicos, envolvendo também questões de caráter temporal e ocupação consolidada, histórico de eficácia nos processos de congelamento de áreas na Prefeitura. Uma vez decidida pela remoção, o Poder Público tem a responsabilidade de planejar a saída dos moradores para um local dotado de equipamentos e serviços urbanos e que atenda às suas necessidades. Como nem o Poder Público tem recursos para realizar todas as obras necessárias (pelo menos, em curto e médio prazos) e tampouco para retirá-las, temos de trabalhar com a concepção de convivência com o risco e tomar as providências dia-a-dia (gestão) para minimizar as condições de risco.¹⁶

O estudo de monitoramento permanente a que se referiu anteriormente ocorre da seguinte forma:

Para identificação, análise e monitoramento de riscos geológicos, é feita uma investigação geológico-geotécnica de campo. Para a realização dessa tarefa devem ser considerados a probabilidade de ocorrência, os procedimentos de instabilização associados e as consequências possíveis de um evento catastrófico. Após o mapeamento e a setorização das áreas, são feitas vistorias de campo. Realizadas pelas equipes municipais treinadas, devem identificar as feições de instabilidade que consistem nos sinais de movimentação do terreno, referência final na identificação de risco. Devem também, fazer recomendações quanto às ações a serem tomadas, incluindo a possibilidade de retiradas de moradores em caso de risco de desabamento iminente.¹⁷

Portanto, a possibilidade de se realizar obras de contenção que deve ser sopesada em se considerar os custos de monitoramentos dessas áreas. E ainda, mesmo que constatada a viabilidade da realocação essa exige um plano que considere as necessidades dos moradores. É importante considerar estas variáveis pois as ocupações ocorrem em

¹⁶ MPGO. **Assentamentos Urbanos Informais**. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/news/assentamentos-urbanos-informais#.W19CK9JKjIU>. Acesso em: 27 fev. 2021.

¹⁷ CHAKARIAN, Luciana. **Uso e ocupação do solo em Encostas nas áreas de Proteção de Mananciais da Bacia de Guarapiranga**. 2008. 184 f. Tese (mestrado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, p. 46.

decorrência do valor da localidade dessas áreas ocupadas para os grupos sociais excluídos.

Para fins didáticos cabe exemplificar que em situações de ocupação irregulares que por vezes se confundem com a formação de aglomerados, nem sempre a realocação, sobretudo sem um plano que considere a necessidade dos moradores é adequada. Nesse sentido

A história mostra que a desfavelização, a exemplo da Cidade de Deus, no município do Rio de Janeiro, não é a solução, pois os moradores daquele local, que hoje se designam refavelados, foram compelidos a abandonar as imediações da urbanidade para morar em um lugar sem nada, no meio do nada; hoje, ironicamente, estão ameaçados de expulsão, pois a cidade formal, já os alcançou.¹⁸

Para entender o termo localidade a que se referiu anteriormente tem se tomar como referência o valor da terra, esse decorre do trabalho social dispendido e tem dois produtos: infraestrutura e localização, este último bem exemplificado no caso da desfavelização da Cidade de Deus.

O espaço urbano é produzido pelo trabalho social dispendido na produção de algo socialmente útil. Logo, esse trabalho produz valor. Uma pergunta fundamental que poucos se fazem: qual é o produto desse trabalho? Há dois valores a considerar. O primeiro é o dos produtos em si – os edifícios, as ruas, as praças, as infra-estruturas. O outro é o valor produzido pela aglomeração. Esse valor é dado pela localização dos edifícios, ruas e praças, pois é essa localização que os insere na aglomeração. A localização se apresenta assim como um valor de uso da terra – dos lotes, das ruas, das praças, das praias – valor que, no mercado, se traduz em preço da terra. Tal como qualquer valor, o da localização também é dado pelo tempo de trabalho socialmente necessário para produzi-la, ou seja, para produzir a cidade inteira da qual a localização é parte.¹⁹

Localização é acessibilidade, importante destacar que acessibilidade e infraestrutura não se confundem, acessibilidade é mais importante inclusive que infraestrutura. Conforme Flávio Villaça: “A acessibilidade é o valor de uso mais importante para a terra urbana, embora toda e qualquer terra o tenha em menor grau”.²⁰

Retomando a questão da localização, a importância desta decorre de que essa propicia vantagens, tanto que conforme Flávio Villaça, enseja uma luta de classe, pela

¹⁸ CANUTO, Elza Maria Alves. **Direito à moradia urbana: Aspectos da dignidade da pessoa humana**. 1ª.ed. Belo Horizonte: Fórum. 2010, p. 97.

¹⁹ VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Studio Nobel, FAPESP, 2001, p. 72.

²⁰ VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Studio Nobel, FAPESP, 2001, p. 74.

apropriação das vantagens e desvantagens do espaço construído e na segregação espacial dela resultante.²¹

E embora haja uma luta por esse espaço urbano, sobretudo pelas vantagens aferidas em decorrência da localização, quem atribui valor a localização é o trabalho coletivo dispendido na construção da cidade. Enfim, já que o lugar tem valor, e quem dá esse valor é a própria coletividade de pessoas, as pessoas que se encontram em situação de segregação tem de lutar pela conquista de espaço, para fins de ampliar a possibilidade de ser mais cidadão.

Cada homem vale pelo lugar onde está, o seu valor como produtor, consumidor, cidadão depende de sua localização no território. Seu valor vai mudando incessantemente, para melhor ou para pior, em função das diferenças de acessibilidade (tempo, frequência, preço) independentes de sua própria condição. Pessoas com as mesmas virtualidades, a mesma formação, até o mesmo salário, têm valor diferente segundo o lugar em que vivem: as oportunidades não são as mesmas. Por isso, a possibilidade de ser mais ou menos cidadão depende, em larga escala do território onde se está.²²

Pois enquanto mais o homem puder exercer sua cidadania e conquistar o espaço, mais valor lhe é atribuído pela sociedade. Tem-se por intuito que a possibilidade de ser o mais cidadão não dependa do território onde se esteja.

4 ABERTURA DE CANAIS DE COMUNICAÇÃO PARA COM A POPULAÇÃO SEGREGADA PARA IDENTIFICAR OS ANSEIOS DESSES E DESSA FORMA INIBIR A OCUPAÇÃO EM ÁREAS DE RISCO

A referida luta pela conquista de espaço perpassa pelo caminho democrático

O caminho democraticamente mais legítimo para se alcançarem mais justiça social e uma melhor qualidade de vida é quando os próprios indivíduos e grupos específicos definem os conteúdos concretos e estabelecem as prioridades com relação a isso, podem-se considerar justiça social e qualidade de vida como subordinados à autonomia individual e coletiva enquanto princípio e parâmetro.²³

Então, é indispensável a ampliação dos canais de comunicação entre população Estado, sobretudo no âmbito municipal, em razão da proximidade deste entre federativo para com a população.

²¹ VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Studio Nobel, FAPESP, 2001.

²² VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Studio Nobel, FAPESP, 2001, p. 75.

²³ SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 66.

A participação popular é um caminho que pode auxiliar na reversão desse quadro, porquanto encaminha o exercício da democracia e da cidadania, viabilizando o diálogo direto entre os gestores da coisa pública e a população. Neste particular coloca-se a necessidade de expandir a comunicação entre população e Estado principalmente na seara municipal, já que é este ente político que está mais próximo e ciente das carências locais, além de ter a incumbência constitucional de regular a ocupação do solo urbano.²⁴

E o que devesse buscar os segregados pelas vias democráticas, as vantagens da localização, como isso quer-se dizer que os segregados devem buscar junto ao Estado como um dos mais importantes agentes que fazer o espaço urbano, oferta infraestrutura e acessibilidade. Em específico a situação da ocupação das áreas de risco, o Estado deve propiciar infraestrutura a essas áreas quando possível, já que retirada nem sempre é necessária ou desejável, deve ser feita em se considerando a possibilidade de se realizar obras de contenção que deve ser sopesada em se considerar os custos de monitoramentos dessas áreas. E ainda, mesmo que constatada a viabilidade da realocação essa exige um plano que considere as necessidades dos moradores, já que para as pessoas em situação de segregação a área ocupada oferece vantagem em relação a acessibilidade, proximidade a emprego, estudo, lazer, então a área de realocação deve oferecer as mesmas ou vantagens superiores a essas.

O que orienta essa forma de atuação: de proporcionar infraestrutura se apropriado, e eventualmente a realocação das pessoas nestas ocupações é a função social da propriedade e a função social da cidade.

Ressalte-se que não se pode tratar da função social da propriedade urbana sem mencionar a função social da cidade. A população brasileira é eminentemente urbana e é nela que os atores sociais habitam, se relacionam e exercem suas atividades; a cidade é um lugar por excelência onde se clama por justiça social e pela busca incessante de qualidade de vida.²⁵

E o que se entende por função social da cidade, essa está associada a justiça social.

[...] quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas; as correções injustiça da repartição

²⁴ FABRIANI, Carmen Beatriz; CASTILHO, Lucas Valério. Moradias Em Áreas De Risco, Cidadania E Participação: Um Desafio Para A Governança Municipal. **Revista Científica de Direitos Culturais – RDC**. v. 9, n. 19, 2014, p. 14.

²⁵ RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da Silva. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, 2009. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/77/132>. Acesso em: 27 fev. 2021.

deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.²⁶

Quer se dizer a previsão constitucional da função social da propriedade no art. 5º, inciso XXIII,²⁷ e seu concomitante função social da cidade, permite que se interprete as ocupações como um movimento social comum a sociedade, que deve ser evitado, se em áreas de risco, pelo risco as pessoas, em se considerando a dignidade da pessoa humana, mas ainda, segundo esse mesmo princípio verifica-se como deve atuar o Estado de modo a propiciar infraestrutura a essas ocupações para que se tenha uma vida digna, e que se for necessária a realocação que se atendas as demandas dos realocados também em consideração ao princípio anteriormente referido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante o exposto, verifica-se que é preciso inibir o processo de ocupação em áreas risco. O poder público, em conjunto com a sociedade, deve adotar medidas de controle que inibam a formação de novas ocupações em áreas de risco, tendo em vista o ônus que causa recorrentemente ao poder público e à sociedade. Baseado nos princípios do Estatuto das Cidades, o plano diretor foca o acesso democrático ao solo urbano e à moradia para a população de baixa renda em áreas habitáveis e o cumprimento da função social de propriedade e da cidade.

Ao mesmo tempo, para aquelas ocupações já consolidadas, deve-se propiciar infraestrutura a essas áreas quando possível, já que retirada nem sempre é necessária ou desejável, essa só deve ser feita em se considerando a possibilidade de se realizar obras de contenção e estes custos ultrapassarem os custos de monitoramentos dessas áreas.

E ainda, mesmo que constatada a viabilidade da realocação, essa exige um plano que considere as necessidades dos moradores, já que para as pessoas em situação de segregação a área ocupada oferece vantagem em relação a acessibilidade, proximidade a emprego, estudo, lazer, então a área de realocação deve oferecer as mesmas ou vantagens superiores a essas.

Por fim, as pessoas ocupantes de áreas de risco são interessadas às questões de risco, deste modo deve ceder-lhes um canal de comunicação para com o Estado para que

²⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 245.

²⁷ Art. 5, XXIII, CF: “a propriedade atenderá a sua função social” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.)

se alcance uma resposta satisfatória, o Estado deve primar por essa oportunização de fala para essas pessoas, pois, estas na figura de agentes segregados acabam por diversas vezes sendo silenciados frente a grande influência dos demais agentes que fazem o espaço urbano, e o Estado é um agente que como prestador de serviço público não deve atender uma parcela da população, mas toda ela, em conformidade com os parâmetros que se tenha estabelecido no planejamento urbano, e que este tenha se pautado no ideal democrático o máximo possível.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Estatuto da Cidade**. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

CANUTO, Elza Maria Alves. **Direito à moradia urbana: Aspectos da dignidade da pessoa humana**. 1ª.ed. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

CHAKARIAN, Luciana. **Uso e ocupação do solo em Encostas nas áreas de Proteção de Mananciais da Bacia de Guarapiranga**. 2008. 184 f. Tese (mestrado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. 2008.

CORRÊA, Roberto Lobato. **O espaço urbano**. 4ª. ed. São Paulo: Ática, 1999.

FABRIANI, Carmen Beatriz; CASTILHO, Lucas Valério. Moradias Em Áreas De Risco, Cidadania E Participação: Um Desafio Para A Governança Municipal. **Revista Científica de Direitos Culturais – RDC**. v. 9, n. 19, p. 13-35, 2014.

FIGUEIREDO, Ricardo Brandão. **Engenharia social: soluções para áreas de risco**. São Paulo: Mcgraw-Hill, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MPGO. **Assentamentos Urbanos Informais**. Disponível em: <http://www.mpg0.mp.br/portal/news/assentamentos-urbanos-informais#.W19CK9JKjIU>. Acesso em: 27 fev. 2021.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da Silva. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade.

Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, 2009. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/77/132>. Acesso em: 27 fev. 2021.

REIS, Émilien Vilas Boas. A Cidade Real e a Cidade Ideal: Reflexões históricas, jurídicas e filosóficas. In: RIOS, Mariza; CARVALHO, Newton Teixeira; KLEINRATH, Stella de Moura. **A Cidade Real e a Cidade Ideal em uma reflexão transdisciplinar**. 1º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Studio Nobel, FAPESP, 2001.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

Recebido em: 27/02/2022

Aceito em: 28/02/2022

Como Citar (ABNT):

GUIMARÃES, Clayton Douglas Pereira. Desafios do planejamento urbano: a questão da ocupação em áreas de risco. **Revista de Direito Magis**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 08-21, jan./jun. 2022. DOI: 10.5281/zenodo.6620573. Disponível em: <https://periodico.agej.com.br/index.php/revistamagis/article/view/3>. Acesso em: XX mês. XXXX.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS: ACESSIBILIDADE NAS ESCOLAS

CIVIL RESPONSIBILITY OF THE STATE IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS: ACCESSIBILITY IN SCHOOLS

Gláyder Daywerth Pereira Guimarães¹

Resumo: Por meio do presente estudo buscou-se avaliar de modo crítico e prospectivo a temática da acessibilidade nas escolas e a eventual possibilidade de imputação de responsabilidade civil ao Estado nos casos em que a acessibilidade não seja garantida às pessoas com deficiência. Para tanto, produziu-se um estudo eminentemente teórico por meio de uma vertente metodológica jurídico-sociológica, e no tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker e Gustin, o tipo jurídico-projetivo. No tocante as fontes da pesquisa foram utilizadas as normas, textos doutrinários e demais dados colhidos ao longo da pesquisa. Constatou-se que ainda hoje o Brasil padece com a problemática da prestação da acessibilidade em escolas públicas, de modo que alunos com deficiência são impactados gravosamente de modo negativo e, por consequência, têm seus estudos e qualidade de vida afetada. A prestação da acessibilidade, sobretudo em escolas, é um dever do Estado, em vistas a garantir o mínimo civilizatório e garantia da dignidade da pessoa humana desses alunos. Nessa linha de intelecção, em consonância com os preceitos e princípios emanados pela Constituição da República de 1988, assim como pelas demais normas protetivas às crianças e adolescentes que possuem alguma deficiência, verifica-se a flagrante violação por parte do Estado dos Direitos desse grupo.

Palavras-chave: Acessibilidade; Direito à Educação; Pessoa com Deficiência; Responsabilidade Civil do Estado.

Abstract: Through the present study, we sought to critically and prospectively evaluate the issue of accessibility in schools and the possible possibility of imputing civil liability to the State in cases where accessibility is not guaranteed to people with disabilities. For that, an eminently theoretical study was

¹ Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados pelo Centro Universitário UniAmérica. Bacharel em Direito - modalidade Integral - pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisador no âmbito do Direito Digital, Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Copresidente da Associação Guimarães de Estudos Jurídicos - AGEJ. Diretor Executivo e membro do Conselho Editorial do Portal Jurídico Magis. Advogado.

produced through a legal-sociological methodological aspect, and regarding the type of investigation, the legal-projective type was chosen in the Witker and Gustin classification. Regarding the research sources, norms, doctrinal texts and other data collected during the research were used. It is noted that even today Brazil suffers from the problem of providing accessibility in public schools, so that students with disabilities are severely impacted in a negative way and, consequently, have their studies and quality of life affected. The provision of accessibility, especially in schools, is a duty of the State, in order to guarantee the minimum civilization and guarantee the dignity of the human person of these students. In this line of thought, in line with the precepts and principles emanating from the Constitution of the Republic of 1988, as well as the other protective norms for children and adolescents who have a disability, there is a flagrant violation by the State of the Rights of this group.

Keywords: Accessibility; Right to Education; Person with Disabilities; State Civil Liability.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa aborda a temática transdisciplinar relacionada aos Direitos Humanos e ao Direito Civil, a partir de um estudo crítico e construtivo relativo à responsabilidade civil do Estado no tocante ao dever prestacional de educação, com enfoque na questão do acesso nas escolas para indivíduos com mobilidade reduzida ou deficiências físicas, perpassando a teoria do Direito do Danos a fim de apresentar resposta adequada à problemática. Ressalta-se, a crescente atenção em âmbito nacional e internacional, no que se refere à efetivação dos direitos humanos em sua plenitude, à dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dos indivíduos.

Em vista da consecução do estudo, a seguinte problemática foi objeto de averiguações, a educação sob a ótica dos direitos humanos contempla a acessibilidade como pressuposto de uma prestação educacional consoante com a igualdade substancial?

Constata-se que a educação, é meio de inserção social e de desenvolvimento intelectual, tendo fundamental importância na vida das crianças, adolescentes, adultos e até mesmo idosos, uma vez que as mudanças no espaço social se mostram constantes e igualmente deve ser a educação.

Contemporaneamente, tem-se a noção de que a educação, não se limita ao mero ensino de competências, abarcando, também, a inserção do educando na sociedade. Ademais, a CR/88 revela o dever de prestação da educação no Brasil por parte do Estado, que estabelece a previsão legal por meio do artigo 6º, bem como do 205º e subsequentes.

A existência de um dever, via de regra, pressupõe a responsabilidade no caso da não efetivação dessa obrigação, sob esta perspectiva, é possível afirmar que existe responsabilidade do Estado caso não preste a educação tal como é disciplinada na

Constituição da República e demais legislações que abordem a temática. Ademais, é possível afirmar que a acessibilidade é pressuposto para a prestação de uma educação isonômica, na medida em que garante condições mínimas para o acesso e bem-estar para a pessoa no ambiente escolar. Desse modo, a pesquisa perpassa a questão da responsabilidade civil do Estado, por omissão, no caso da falta de escolas com acessibilidade, aspecto diretamente correlato à dignidade do educando.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker² e Gustin³, o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise do conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo da doutrina, jurisprudência e legislação pertinente.

Em vista do cumprimento dos objetivos propostos, propõe-se investigar e analisar a educação enquanto elemento constitutivo do homem. Nessa linha de intelecção, são apresentadas visões sociológicas e jurídicas sobre a educação, assim como, a construção da proteção desse direito no Brasil.

Por fim, busca-se, lançar luzes sobre a temática proposta com a finalidade de apresentar soluções que permitam a implementação do programa constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana e demais objetivos delineados na CR/88, a fim de garantir uma sociedade mais justa e igualitária.

2 A EDUCAÇÃO ENQUANTO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO HOMEM

Educação é um termo excepcionalmente amplo, abrangendo uma série de definições, por vezes consonantes, por vezes dissonantes. O estudo adota primariamente uma concepção sociológica durkheimiana⁴ do termo em questão, de modo que, educação é essencialmente o processo por meio do qual o homem torna-se membro da sociedade em vista da socialização e aprimoramento cognitivo.

Sob o prisma durkheimiano a educação se apresenta externa ao indivíduo, atuando majoritariamente como um dos muitos processos de socialização que a pessoa

² WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁴ DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. São Paulo: Hedra, 2010.

perpassa no decorrer de sua vida e em certa medida no desenvolvimento intelectual da pessoa.

Em um segundo passo na tarefa de conceituar a educação, apresenta-se uma conceituação mais voltada ao sujeito, de modo que, pode-se afirmar que a educação é elemento constitutivo do ser humano, sendo um processo cognitivo que faz parte do desenvolvimento intelectual e de integração social, auxiliando em sua definição como sujeito individualizado, a construção ou desconstrução de crenças e ideologias, bem como o desenvolvimento como cidadão.⁵ Ademais, compreende-se que a prática educacional deve ser transformadora do contexto social no qual o sujeito encontra-se inserido.

Os estudos sociológicos sobre educação, de modo geral, dividiram-se em dois segmentos. Acerca do exposto, esclarece Karl Marx:

A teoria materialista de que os homens são produto das circunstâncias e da educação e de que, portanto, homens modificados são produto de circunstâncias diferentes e de educação modificada esquece que as circunstâncias são modificadas precisamente pelos homens e que o próprio educador precisa ser educado. Leva, pois, forçosamente, à divisão da sociedade em duas partes, uma das quais se sobrepõe à sociedade (como, por exemplo, em Robert Owen). A coincidência da modificação das circunstâncias e da atividade humana só pode ser apreendida e racionalmente compreendida como prática transformadora.⁶

O autor evidencia duas concepções distintas sobre a educação. A tese de algumas correntes materialistas, das quais o autor discorda, que afirmam que o homem é produto das circunstâncias ao seu redor e é, portanto, moldado por tais circunstâncias sem imprimir nessa realidade aspectos que a modificam. Lado outro, a tese marxista assevera que os homens são o impulso inicial das alterações das circunstâncias sociais e neste segmento, é necessário primeiro transformar os homens pelo processo educacional, alterando assim sua consciência para depois mudar as circunstâncias que permeiam a sociedade.

Deste modo, adota-se a partir deste ponto a segunda vertente, pois compreende-se que a educação é pressuposto das modificações sociais. Logo, educação é o meio pelo qual o indivíduo transforma a si, aos outros e o espaço ao seu redor.

A educação está entre as atividades mais elementares e necessárias da sociedade humana, que jamais permanece tal qual é, porém se renova continuamente através do nascimento, da vinda de novos seres humanos. Esses recém-chegados, além disso, não se acham acabados, mas em um estado de vir a ser. Assim, a criança, objeto da educação, possui para o educador um duplo

⁵ GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 5, n. 57, p. 8-32, 2004.

⁶ MARX, Karl. Teses contra Feurbach. In: **MARX - Os Pensadores**. 3. ed. São Paulo: Abril, 1985.

aspecto: é nova em um mundo que lhe é estranho e se encontra em processo de formação: é um novo ser humano e é um ser humano em formação.⁷

Hannah Arendt explicita que a educação é um processo em contínua transformação e evolução, dado que, o próprio processo educacional se altera com o decurso do tempo. Ademais, tem-se que tal processo eleva o ser humano a um patamar civilizatório, trata-se de uma atividade necessária à vida digna, corroborando com o ensino formal de competências e com o aprimoramento da cidadania.

Paulo Freire complementa as visões apresentadas e vislumbra no processo educacional um meio de libertação das amarras sociais e intelectuais.

Educação como prática da liberdade. Trata-se, como veremos, menos de um axioma pedagógico que de um desafio da história presente. Quando alguém diz que a educação é afirmação da liberdade e toma as palavras a sério — isto é, quando as toma por sua significação real — se obriga, neste mesmo momento, a reconhecer o fato da opressão, do mesmo modo que a luta pela libertação.⁸

Ademais, sustenta, ainda, acerca da relevância do processo educacional.

Como processo de conhecimento, formação política, manifestação ética, procura da boniteza, capacitação científica e técnica, a educação é prática indispensável aos seres humanos e deles específica na História como movimento, como luta. A História como possibilidade não prescinde da controvérsia, dos conflitos que, em si mesmos, já engendrariam a necessidade da educação.⁹

Na linha de intelecção destacada pelo autor, resta clara a relevância da educação enquanto processo de libertação do indivíduo, de transformação cultural e de evolução social. A educação não se limita ao ensino de competências, se expande e assemelha novos conteúdos com o decurso do tempo. Destarte, a educação é um processo contínuo, que se prolonga durante toda a vida das pessoas, sendo, portanto, necessária sua efetivação pela sociedade e pelo Estado.

Sob o prisma sociológico, resta clara a relevância do processo educacional para a vida dos sujeitos. Nesse segmento, o direito enquanto sistema diverso, se utiliza das inter-relações entre sistemas autônomos para modificar o próprio sistema, absorvendo, por meio de pontos tangentes entre direito e sociologia conteúdos diversos. No que se refere ao prestígio que o direito confere à educação, bem como a importância da tutela jurídica de tal objeto, Norberto Bobbio explicita que:

⁷ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 234-235.

⁸ FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014, p. 6.

⁹ FREIRE, Paulo. **Política e educação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 17.

Não existe atualmente nenhuma carta de direitos que não reconheça o direito à instrução – crescente, de resto, de sociedade para sociedade – primeiro, elementar, depois secundária, e pouco a pouco, até mesmo, universitária. Não me consta que, nas mais conhecidas descrições do estado de natureza, esse direito fosse mencionado. A verdade é que esse direito não fora posto no estado de natureza porque não emergira na sociedade da época em que nasceram as doutrinas jusnaturalistas, quando as exigências fundamentais que partiam daquelas sociedades para chegarem aos poderosos da Terra eram principalmente exigências de liberdade em face das Igrejas e dos Estados, e não ainda de outros bens, como o da instrução, que somente uma sociedade mais evoluída econômica e socialmente poderia expressar.¹⁰

Ante o exposto, verifica-se que o universo jurídico ao constatar a importância da educação, enquanto elemento constitutivo do homem, presta resguardo a tal direito e, hodiernamente, o preconiza por meio das Constituições dos Estados.

3 BRASIL: PRESTAÇÃO DA EDUCAÇÃO E ACESSIBILIDADE

A legislação brasileira efetiva a tutela educacional por intermédio da lei maior do Estado, de modo que, a disposição acerca do dever de prestação da educação por parte do Estado é disposta no artigo 6º da Constituição da República, em interpretação sistêmica com o artigo 205 e subsequentes. Sendo que especial atenção deve ser dada ao artigo 206 da Constituição da República, que estabelece os princípios relativos a educação.

Os dispositivos elencados¹¹ estabelecem, com maior distinção, duas lições significativas ao objeto da presente pesquisa.

Primeiramente, a espécie de direito utilizada para tutelar a educação, visto que, na forma da Constituição, a educação é resguardada enquanto direito social, de modo que, o Estado se compromete em prestar educação a toda população. A segunda lição diz respeito ao princípio jurídico que confere a prerrogativa da igualdade de condições para todos em relação ao acesso e permanência na escola, devendo o Estado atuar como um facilitador nesta perspectiva.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 75.

¹¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021).

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021).

Mostra-se imprescindível explicar que a educação básica¹² segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB)¹³ é composta pela educação infantil, pelo ensino fundamental e ensino médio, sendo então dever do Estado garantir tais níveis educacionais, gratuitamente e obrigatoriamente, a todos.

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.¹⁴

No mesmo segmento, a Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece em seu art. 26:

Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.¹⁵

Deste modo, resta determinado o dever do Estado brasileiro em prover a educação, sendo um direito humano e constitucional, taxativamente, disposto em ambos os diplomas legais. Importa ressaltar a base principiológica que sustenta o direito à educação, sendo a igualdade substancial um dos pressupostos necessários à verificação da efetivação do direito em questão.

Sob a perspectiva da igualdade substancial e dignidade da pessoa humana, a Lei nº 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, estatui

¹² Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica *obrigatória e gratuita* dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021).

¹³ Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio; (BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação**. 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 02 mar. 2021.)

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁵ EACDH, Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

em seu artigo 11 o dever de adequação dos edifícios à pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.¹⁶

Ademais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) estabelece em seu artigo 1º primeiro¹⁷, o princípio da igualdade substancial e promoção da acessibilidade, visando a inclusão social e a promoção da cidadania dos sujeitos com deficiência ou mobilidade reduzida, em consonância com o já apontado.

O artigo 4º da mesma lei, ainda, determina:

Toda pessoa com deficiência tem direito à *igualdade* de oportunidades com as demais pessoas e *não* sofrerá nenhuma espécie de *discriminação*. § 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, *restrição* ou *exclusão*, por ação ou *omissão*, que tenha o propósito ou o *efeito* de *prejudicar*, *impedir* ou *anular* o reconhecimento ou o exercício dos *direitos* e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.¹⁸

Extrai-se dos dispositivos elencados, bem como do artigo 27 e subsequentes,¹⁹ a prioritária garantia de igualdade para as pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, em vista da inclusão desses sujeitos na sociedade e promoção da cidadania. Depreende-se que a igualdade substancial assegurada pelos dispositivos, abarca o direito à educação, sendo a acessibilidade um pressuposto indispensável para a efetivação plena desses direitos. Ademais, cabe ao Poder Público viabilizar as condições

¹⁶ Art. 11. A construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. (BRASIL. **Lei nº 10.098**. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm. Acesso em: 02 mar. 2021).

¹⁷ Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. (BRASIL. **Lei nº 13.146**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/At02015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 10 fev. 2021).

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.146**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/At02015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹⁹ Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação. (BRASIL. **Lei nº 13.146**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/At02015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 10 fev. 2021).

Art. 28. Incumbe ao poder público *assegurar*, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar: I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida; II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a *garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem*, por meio da oferta de serviços e de *recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena*; (BRASIL. **Lei nº 13.146**. 2015. Grifo nosso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/At02015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 10 fev. 2021).

de acesso e permanência as escolas, de modo a eliminar barreiras e promover a inclusão social.

Nossa Constituição não prevê um mero 'abrir de portas e adapte-se quem puder'. Ela impõe à República o dever de promover, de realizar ações garantidoras da não-exclusão. Assim, quando os movimentos sociais lutam pela inclusão, não estão fazendo nada mais do que reivindicar a aplicação do princípio da igualdade, na forma como é constitucionalmente garantida no Brasil.²⁰

A hermenêutica sistemática-teleológica da Constituição da República, com especial fundamento nos dispositivos retromencionados, bem como a legislação pertinente mencionada, evidenciam o dever do Estado em prestar educação ao povo, assegurando, ainda, a dignidade e respeito. Sob esta ótica, a acessibilidade se insere como pressuposto mínimo para a efetivação da igualdade substancial e dignidade da pessoa humana na prestação da educação, sendo que, a falta desta se apresenta como passível de produção de danos aos sujeitos.

Nesse giro, a análise crítica e dialética da temática propõe uma interpretação segundo a qual é dever do Estado prestar acessibilidade nas escolas públicas, e não realizando tal medida, efetuar a matrícula da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida na escola mais próxima de sua residência, particular ou pública e, se necessário, custear o pagamento em instituição de ensino particular pelo tempo necessário para que ocorra a adequação do prédio público.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ACESSIBILIDADE NA PRESTAÇÃO EDUCACIONAL

Restou determinado que a educação é dever do Estado, sendo um direito social conferido pela Constituição da República, que conjuntamente traçou determinadas diretrizes para a efetivação desse direito, sendo, a dignidade e o respeito componentes do prisma focal necessários à análise de tal direito, associados à acessibilidade e igualdade de oportunidades.

É violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja por meio de prejuízo material, de violamento aos seus direitos extrapatrimoniais, seja praticando ofensa a sua dignidade por qualquer mal evidente ou perturbação. [...] Todavia, para que se configure dano moral, não é necessário que ocorra lesão a um direito subjetivo da vítima ou prejuízo por ela sofrido. A pura violação de qualquer situação subjetiva extrapatrimonial na qual a vítima esteja

²⁰ FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia da igualdade na diversidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2012, p. 38-39.

envolvida, desde que merecedora de tutela jurídica, basta para se gerar reparação. [...] Entretanto, a tutela da dignidade humana necessita possuir mais ampla proteção da pessoa.²¹

Sob essa perspectiva, resta claro que, a matrícula do aluno em uma escola pública que não preste a acessibilidade se estabelece como efetivo dano moral à criança e ao adolescente, uma vez que, fere a dignidade, a igualdade de condições para o estudo e o respeito à pessoa.

Ademais, é primordial que se realize apreciação acerca da falta de acessibilidade em escolas, uma vez que, se espera que o Estado realize a construção de tais escolas ou adapte as escolas já existentes, de acordo com determinação constitucional e infraconstitucional.

Análise do Censo Escolar 2014 realizado pelo G1 revela que até a data do estudo, três a cada quatro escolas do Brasil não contavam com itens básicos de acessibilidade, tais como, rampas de acesso, corrimões, sinalizações, dentre outros. Especificamente, no que tange presença de sanitários adaptados, menos de 1/3 das escolas do país continham os mesmos.²²

Nesse panorama, vislumbra-se uma conduta omissiva do Estado no que se refere à construção ou adaptação de escolas para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, uma vez que tais adaptações ou construções visam garantir a igualdade, dignidade da pessoa humana, educação, entre outros direitos da criança e do adolescente.

No que se refere a temática da responsabilidade civil do Estado por omissão, controvérsia jurídica reside na caracterização da responsabilidade como objetiva ou subjetiva.

Com algumas nuances referentes aos fundamentos, pode-se mencionar, entre outros que adotam a teoria da responsabilidade subjetiva em caso de omissão, José Cretella Júnior (1970, v. 8, p. 210), Yussef Said Cahali (1995, p. 282-283), Álvaro Lazzarini (RTJSP 117/16), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, v. II, p. 487), Celso Antônio Bandeira de Mello (RT 552/14). [...] A maioria da doutrina, contudo, parece pender para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em casos de sua omissão. [...] Na jurisprudência também existe a mesma controvérsia a respeito da responsabilidade subjetiva ou objetiva em caso de omissão do Poder Público. Mesmo no Supremo Tribunal Federal existem acórdãos nos dois sentidos. Pela responsabilidade objetiva, citem-se os acórdãos da 1ª Turma, proferidos no RE-109.615-2-RJ, tendo como Relator o Ministro José Celso de Melo (j. 28-5-96, v. u.), e RE-170.014-9-SP, sendo Relator o Ministro Ilmar Galvão (j. 31-

²¹ REIS, Suely Pereira. **Dignidade Humana e danos extrapatrimoniais**. 2008. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 69.

²² G1. **A escola acessível (ou não)**. Agosto, 2015. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/educacao/2015/censo-escolar-2014/a-escola-aces-sivel-ou-nao.html>. Acesso em: 14 jan. 2021.

10-97, v. u.). Pela responsabilidade subjetiva, os acórdãos da 2ª Turma, proferidos no RE-180-602-8-SP, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio (j. 15-12-98, v. u.) e RE-170-147-1-SP, sendo Relator o Ministro Carlos Velloso (j. 12-12-97, v. u.). (DI PIETRO, 2015, p. 797-799).

Mostra-se, importante ressaltar que, não é toda omissão, que enseja a responsabilidade civil do Estado, devendo essa ser específica. Sérgio Cavalieri Filho indica que, haverá omissão específica quando, por omissão sua, o Estado, crie a situação favorável para a ocorrência do evento em situação em que tinha que agir para impedi-lo.²³

Felipe Peixoto Braga Netto explicita:

Não é qualquer omissão que faz surgir o dever de indenizar do Estado. Diríamos que se trata de uma omissão qualificada. Ou, mais exatamente, de uma omissão juridicamente relevante. Uma omissão que se revisa de cores que revelem que foi inadequada, injusta, a inanição do Estado no caso concreto.²⁴

Ademais, verifica-se o dever do Estado em garantir o ensino em igualdade de condições a todos, e conseqüente omissão no que se refere a acessibilidade nas escolas, de modo a, causar danos à dignidade da pessoa e ferindo o princípio da igualdade material.

Sílvio de Salvo Venosa estabelece que as particularidades do caso concreto devem ser observadas, uma vez que, o exame da situação concreta revelará particularidades que podem influir na temática da responsabilização.

Para que incida a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o *dever de agir* por parte do Estado e a *possibilidade de agir* para evitar o dano. [...] Tem que se tratar de uma conduta que seja *exigível* da Administração e que seja *possível* diante das circunstâncias de cada caso e diante dos recursos à disposição do Poder Público. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o *princípio da reserva do possível*, que constitui, por sua vez, aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria aceitável exigir do Estado para impedir o dano.²⁵

Na mesma linha de raciocínio, lecionam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto.

A questão, portanto, se põe: por quais omissões o Estado responde? Cremos que existem duas chaves hermenêuticas que podem ajudar o interprete diante de casos difíceis: (a) os conceitos de omissão genérica e omissão específica; (b) a indagação a ser contextualizada no caso concreto: o Estado tinha o dever de evitar o dano? [...] Devemos verificar, no caso concreto, se a omissão estatal é juridicamente relevante. Em outras palavras, convém investigar, em caso de omissão, se o Estado pode ser tido como garantidor do bem jurídico lesado.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 184.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 413.

As sociedades em que vivemos, complexas e plurais, redefinem as funções do Estado. Reformulam seus deveres. Reduz-se qualitativamente, os espaços de omissão estatal legítima. O Estado do século XXI não pode se omitir em determinadas áreas, a ele são juridicamente proibidas, hoje, certas omissões que no passado talvez se permitissem. Exige-se, portanto, um agir estatal proporcional, eficiente, cuidadoso. Se ele falhar na sua função de garantidor dos direitos fundamentais, no caso concreto, a responsabilidade civil do Estado deverá se impor.²⁶

Dessarte, a responsabilidade civil do Estado resta evidenciada, devendo o julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, verificar se a situação em análise se assemelha à regra geral acima verificada.

Ademais, é necessário abordar a questão do transporte para as escolas. A lei não estabeleceu um critério de distância entre a residência do educando e a escola para o fornecimento de transporte escolar. Em vista dessa omissão, a jurisprudência determinou a distância de 2 Km (dois quilômetros) como um parâmetro, como se extrai dos julgados abaixo colacionados.

O AGV-70076649474-RS assevera a construção jurisprudencial de um critério de dois quilômetros a partir dos quais a disponibilização de transporte passa a ser obrigatória.

No mesmo sentido, se estabelece a AC-70076059724-RS.

Complementarmente, os julgados da AC-70075812396-RS e da AC-70075701250-RS, estabelecem o mesmo critério de dois quilômetros.

Essa medida deu solução a uma série de lides e estabilizou inúmeras relações entre o Poder Público e os particulares. Contudo, tal parâmetro não se mostra adequado uma vez que a acessibilidade deve também ser verificada para além dos muros das escolas, pois do contrário a dignidade e a igualdade substancial não seriam garantidas e o dano ainda restaria verificado. A problemática reside no fato de que grande parte dos ônibus de transporte escolar não contam com acessórios de acessibilidade, tais como, rampas ou assentos, o que inviabiliza sua utilização pela pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Outrossim, é importante que se reconheça que a proposição de reparar o dano sofrido hodiernamente não se limita à indenização, podendo se perfazer por outros meios. *In casu*, propõe-se que a reparação se dê pela matrícula da criança ou adolescente, que se encontre em tais condições, na escola mais próxima da sua residência, com acessibilidade, seja ela pública ou particular. Uma vez que, conservar o aluno em uma escola sem

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito: Responsabilidade Civil**. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2017, p. 657-658.

acessibilidade ou realizar a matrícula do mesmo em escola distante de sua residência podem causar efetivos danos à sua dignidade, causados pela falta de transporte adequado.

Por tudo isso, parece que a ideia de responsabilidade por danos pode ser uma importante ruptura com a perspectiva de responsabilidade civil, por se basear em outros pressupostos, quais sejam: (i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; (v) prioridade na precaução e na prevenção, sempre em um viés prospectivo, e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar.²⁷

Destarte, o Direito dos Danos²⁸ se apresenta como uma teoria capaz prover tutela aos interesses das vítimas, ao ampliar o conceito de dano e minimizar as hipóteses de não reparação, apresentando, como elemento central, não mais o nexo causal, mas, o efetivo dano sofrido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, nesta pesquisa, por meio da investigação dos elementos expostos, dos critérios jurídico-sociológicos apontados, do estudo da doutrina e jurisprudência, bem como da legislação pertinente, analisar a questão da aplicação da responsabilidade civil do Estado pela falta de escolas com acessibilidade. A temática se situa em um complexo cenário, excepcionalmente amplo, haja vista que a responsabilidade civil do Estado por omissão é tema regado de controvérsias e ainda não pacífico na doutrina e mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Dessarte, pretendeu-se investigar e analisar a questão da educação sob um prisma humanístico, correlacionando educação isonômica e acessibilidade. Para tal, perpassou-se a questão da importância da educação hodiernamente, com esteio no estudo transdisciplinar da sociologia e do Direito.

Ademais, tratou-se a temática da existência ou inexistência de um dever do Estado brasileiro para com a prestação da educação, procedendo a questão da

²⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade Civil por danos e a superação da ideia de responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. **Responsabilidade Civil: Novas Tendências**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 219-220.

²⁸ “A responsabilidade por danos redescreve a linguagem da precaução, da prevenção e da reparação, com a extensão e a inovação de direitos e de deveres às vítimas, aos lesantes e (ou) responsáveis e à sociedade. O instituto esteia-se nos princípios do *neminem laedere*, da solidariedade social, da reparação integral e da primazia da vítima” (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*. 2013. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná, p. 214)

acessibilidade enquanto pressuposto mínimo para prestação de uma educação lastreada em uma principiologia adequada. Conseqüentemente, abordou-se a temática responsabilidade civil do Estado por omissão no caso de uma prestação ineficiente da educação correlata à acessibilidade e das controvérsias jurídicas sobre este assunto. Por fim, versou-se a questão da acessibilidade como pressuposto de uma educação isonômica e não excludente.

No que se refere à hipótese delimitada no início do estudo, a pesquisa apontou pela possibilidade de imputação de responsabilidade do Estado pela omissão quanto a prestação de acessibilidade nas escolas.

Conclui-se, portanto, que a educação é elemento constitutivo do homem, não se limitando a mero meio de inserção social e de desenvolvimento intelectual. Ressalta-se sua fundamental importância na vida dos mais diversos indivíduos na medida em que é um processo cognitivo que faz parte do desenvolvimento intelectual e de integração social, auxiliando em sua definição como sujeito individualizado, a construção ou desconstrução de crenças e ideologias, o desenvolvimento como cidadão e sendo hodiernamente elemento transformador do contexto social no qual os alunos estão inseridos.

A análise da Constituição da República, aliada à Declaração Universal dos Direitos Humanos, revela o dever de prestação da educação no Brasil por parte do Estado. Verificou-se, também, o dever do Estado em garantir a acessibilidade aos prédios públicos, sendo necessária a prestação da acessibilidade em escolas, pois do contrário evidencia-se patente omissão estatal. Neste segmento, é possível afirmar que existe a responsabilidade do Estado caso não preste a educação tal como é disciplinada na Constituição da República e demais legislações que abordem a temática.

Nessa linha de raciocínio, constatou-se que a acessibilidade é pressuposto mínimo para a garantia de uma educação pautada em um paradigma que consagre a igualdade substancial e dignidade da pessoa humana. Não é possível se limitar a garantia de acessibilidade ao espaço escolar, sendo necessária sua extensão aos meios ofertados pelo Estado como transportes para os educandos com deficiência ou com mobilidade reduzida.

No cenário exposto, a omissão do Estado em fornecer, efetivamente, o número adequado de escolas com acessibilidade se insere como elemento gerador de inúmeros danos, que merecem atenção da sociedade como um todo e do Direito, notadamente, no que concerne a ofensa aos direitos humanos na situação descrita. Há de se ter em mente

que a educação é elemento constitutivo do homem, sendo importante salientar a existência de possíveis reflexos que uma educação que não assegure a dignidade da pessoa humana, em especial, do educando, possa causar no futuro ao indivíduo e a sociedade.

Em vista de todos os aspectos apresentados, propõe-se que a possível solução para a problematização relacionada a falta de escolas com acessibilidade, se encontra na realização da matrícula dos alunos nas escolas próximas de suas residências, sejam públicas ou particulares. Portanto, deve o Estado arcar com os custos relativos à efetivação desse direito, para fins de se implementar de forma efetiva o programa constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana, tal como concebido pela Constituição da República de 1988, com vistas a garantir o respeito e a prioridade do direito à educação.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação**. 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.098**. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. São Paulo: Hedra, 2010.

EACDH, Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em:

https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito: Responsabilidade Civil**. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2017.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia da igualdade na diversidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2012.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FREIRE, Paulo. **Política e educação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos**. 2013. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade Civil por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. **Responsabilidade Civil: Novas Tendências**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 211-227.

G1. **A escola acessível (ou não)**. Agosto, 2015. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/educacao/2015/censo-escolar-2014/a-escola-acessivel-ou-nao.html>. Acesso em: 14 jan. 2021.

GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 5, n. 57, p. 8-32, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARX, Karl. Teses contra Feurbach. In: **MARX - Os Pensadores**. 3. ed. São Paulo: Abril, 1985.

REIS, Suely Pereira. **Dignidade Humana e danos extrapatrimoniais**. 2008. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação 70075701250**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 12/12/2017, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 14/12/2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70075701250&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&emts=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+##main_res_juris. Acesso em: 15 jan. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação 70076059724**. Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 08/02/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 15/02/2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70076059724&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris. Acesso em: 10 fev. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação 70075812396**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 28/02/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 12/03/2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70075812396&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=0075812396&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris. Acesso em: 22 mar. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo 70076649474**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 28/03/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 06/04/2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70076649474&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris. Acesso em: 15 jan. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

Recebido em: 02/06/2022

Aceito em: 11/06/2022

Como Citar (ABNT):

GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira. Responsabilidade civil do estado à luz dos direitos humanos: acessibilidade nas escolas. **Revista de Direito Magis**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 22-38, jan./jun. 2022. DOI: 10.5281/zenodo.6621009. Disponível em: <https://periodico.agej.com.br/index.php/revistamagis/article/view/6>. Acesso em: XX mês. XXXX.

A EFICÁCIA JURÍDICA E SOCIAL DAS NORMAS REFERENTES À DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

THE LEGAL AND SOCIAL EFFECTIVENESS OF RULES RELATING TO THE DEMARCATION OF INDIGENOUS LAND

Érica Melicia da Silva Silveira¹

Resumo: A questão referente a demarcação de terras indígenas é um tema que não pode ser dissociado de uma discussão acerca das normas vigentes a respeito do tema, e a eficácia jurídica e social dessas. Com o fito da pesquisa adota-se uma vertente metodológica jurídico-sociológica, e no que se refere ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker e Gustin, o tipo jurídico-projetivo. As fontes da pesquisa compreendem doutrinas, normas, além de dados colhidos na pesquisa. Em síntese, os direitos dos indígenas à terra são direitos originários, ou seja, anteriores a criação do próprio Estado, por conseguinte, a demarcação de terra por intermédio do Estado possui natureza meramente declaratória. Embora, reconheça-se o direito dos indígenas à terra, inclusive constitucionalmente, o exercício desse direito fica relativamente comprometido em razão de conflitos, ocasionados pela não indicação da extensão territorial da posse. Há uma falta de eficácia da norma constitucional, que está atrelada a estrutura do procedimento administrativo para que se chegue à delimitação das terras, mas sobretudo ao enfoque individualista do Estado Nacional, que privilegia o direito à propriedade em detrimento a proteção à terra. Resta claro que legislações acerca do assunto são insuficientes, ante a ineficácia prática, assim, é necessário a implementação de políticas públicas em prol dos povos indígenas para respeito às suas culturas e terras, de modo a dar-lhes visibilidade frente a população em geral, nessa linha de intelecção faz-se necessário também maior representatividade política dos indígenas, inclusive com indígenas ocupando cargos políticos relevantes.

Palavras-chave: Indígenas; Demarcação de terras; Propriedade.

¹ Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário UniAmérica. Pós-graduanda L.L.M. em Mediação, Gestão e Resolução de Conflitos pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Vice-presidente da AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos. Diretora de Publicação e membro do Conselho Editorial do Portal Jurídico Magis. Advogada.

Abstract: The issue regarding the demarcation of indigenous lands is a topic that cannot be dissociated from a discussion about the current regulations on the subject, and their legal and social effectiveness. For the purpose of the research, a legal-sociological methodological approach is adopted, and with regard to the type of investigation, the legal-projective type was chosen in the Witker and Gustin classification. The research sources comprise doctrines, norms, in addition to data collected in the research. In summary, indigenous rights to land are original rights, that is, prior to the creation of the State itself, therefore, the demarcation of land through the State has a merely declaratory nature. Although the right of indigenous peoples to land is recognized, including constitutionally, the exercise of this right is relatively compromised due to conflicts, caused by the non-indication of the territorial extension of possession. There is a lack of effectiveness of the constitutional norm, which is linked to the structure of the administrative procedure to reach the delimitation of lands, but above all to the individualistic approach of the National State, which privileges the right to property to the detriment of land protection. It remains clear that legislation on the subject is insufficient, given the practical ineffectiveness, thus, it is necessary to implement public policies in favor of indigenous peoples to respect their cultures and lands, in order to give them visibility to the population in general, In this line of thinking, it is also necessary to have greater political representation of indigenous peoples, including indigenous peoples occupying relevant political positions..

Keywords: Indigenous; Land demarcation; Property.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa tem como tema, a eficácia jurídica e social das normas referente à demarcação de terras indígenas, especificamente sobre o processo social atual brasileiro, nesse sentido, far-se-á necessário à contextualização histórica, passando-se por marcos normativos, bem como sobre os procedimentos administrativos das demarcações das terras indígenas.

Cabe ressaltar desde logo, as normas positivadas atinentes à demarcação de terras indígenas: a demarcação das terras indígenas está prevista no artigo 231, da Constituição Federal de 1988 que disciplina que serão habitadas pelos índios, em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e a sua reprodução física e cultural, usos, costumes e tradições.

Depreende-se da disposição constitucional que a terra está intrinsecamente ligada ao conceito de vida.

Com o escopo de se analisar o tema da presente pesquisa tem-se de admitir, como pressuposto da discussão: a noção de que os direitos dos indígenas à terra são definidos como direitos originários, anterior a criação do próprio Estado, em outras palavras, o direito indígena à terra independe de reconhecimento oficial por parte do

Estado, sendo a demarcação de terras por parte do Estado meramente declaratória, e se presta a indicar a extensão territorial da posse para que assim dê-se eficácia a disposição constitucional.

Ainda, contribui para o ordenamento fundiário, garantia da diversidade étnica e cultural, inclusive para fins de proteção dos povos indígenas isolados, além da conservação ambiental.

Cabe destacar que a Constituição além de expressamente prever o direito a demarcação de terra, por meio do artigo 67, ADCT: estabelece um prazo de 5 (cinco) anos para a União promovê-la;

Há uma preocupação de se assegurar o direito aos indígenas sobre as terras por eles habitadas desde a Proclamação da República, tanto o é, que todas as Constituições da era republicana, ressalvada a Constituição de 1981 reconhecem o referido direito.

Constata-se que, ainda que houvesse uma preocupação por diversas Constituições, ainda atualmente a demarcação de terras é reivindicada pelos povos indígenas.

Para explicitar essa possível carência de eficácia é proposto para a realização da presente pesquisa, um estudo sobre a demarcação das terras indígenas, a estrutura do procedimento administrativo para que se chegue à delimitação das terras, passa-se pela tradicionalidade da ocupação, bem como as contradições que permeiam o assunto, no que tange as garantias elencadas na Constituição Federal. Para que por fim se verifique se a demarcação de terras indígenas tem eficácia social (efetividade), de que modo se assegura o contraditório no processo de demarcação das referidas terras, e se é demasiadamente burocrático todo esse processo.

Dessa forma se propõe a responder a seguinte pergunta: Em que medida tem eficácia social (efetividade), ante aos anseios da população indígena e a própria previsão constitucional do tema, e como se dá o processo de demarcação propriamente dito, se é assegurado devidamente o contraditório e de que forma minimizar eventual burocracia?

Cumprе salientar o modelo teórico adotado para fins de pesquisa, qual seja, o hermenêutico-argumentativo. Dessa forma, serão tratadas tanto as questões da eficácia da norma constitucional, como a análise do contexto atual sobre o processo de demarcação das terras.

A análise da previsão do direito dos indígenas a terra por eles habitadas nas Constituições da era republicana, denota que este já é uma preocupação antiga, a qual também é compartilhada pela Constituição de 1988, que reconhece que o a posse da terra

pelos indígenas é um direito originário, anterior a criação do próprio Estado, ainda assim é importante que seja realizada a demarcação para que se evite problemas conflitos referentes ao ordenamento fundiário, e que se assegure garantia da diversidade étnica e cultural, inclusive para fins de proteção dos povos indígenas isolados, além da conservação ambiental. Ante a importância da atuação do Estado em prol da referida demarcação, esta se mostra incipiente, haveriam conflitos de interesses para com outros setores da sociedade que impedem que seja realizada a demarcação de forma efetiva, e havendo esses conflitos como resolvê-los levando em conta o baixo contingente indígena subrepresentado pelos representantes políticos, essa passa sobretudo sobre uma discussão de incentivo a que os indígenas concorram a cargos políticos para que sem protagonistas de suas próprias reivindicações.

Por fim, nota-se que a importância da pesquisa para sociedade está sobre os aspectos do cumprimento da legislação brasileira, gerando segurança jurídica, já que não o tem se verificado na prática, uma vez que além do não cumprimento das normas, os indígenas também não possuem representatividade, o que dificulta o processo de igualdade e isonomia entre os povos originários.

Para se alcançar o objetivo deste estudo, a metodologia é um ponto nuclear, deste modo, adota-se a uma vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo dos textos doutrinários, normas e demais dados colhidos na pesquisa.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS TERRAS INDÍGENAS

O conflito pelas terras iniciou-se antes do descobrimento do chamado Novo Mundo. Sob a perspectiva da Igreja, quem se encarregava de outorgar os títulos às terras era a Igreja Católica, a qual afirmava que as terras descobertas através da expansão marítima portuguesa pertenciam a Deus. As nações, por sua vez, repudiavam a doutrina da igreja e reclamavam para si as terras, faz-se referência inclusive ao Tratado de Tordesilhas, através do qual, Portugal e Castela reclamavam para si terras do Novo Mundo e estabeleciam a partilha das mesmas.²

² VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013.

(...) Os interesses das nações rivalizaram com essa doutrina. Documentos celebrados entre as nações também pactuavam a primazia da exploração das terras descobertas. Dentre eles, o Tratado de Tordesilhas, assinado em 07 de junho de 1494, entre os reinos de Portugal e Castela, definindo a partilha do chamado Novo Mundo. A divisão no Tratado traçava artificialmente um limite de 370 léguas (1.770 km) a oeste das ilhas do Cabo Verde, sendo que as terras a oeste pertenciam ao Reino de Castela e a leste ao de Reino de Portugal³

Portugal após reclamar as terras do Brasil, instalou as capitanias hereditárias, um sistema administrativo através do qual dividiu-se o território brasileiro em faixas e concedeu as mesmas à nobres com a finalidade de colonização e exploração econômica.⁴ Nota-se que a instituição de tal sistema objetivava o domínio dos povos nativos.

Em contrapartida, estabeleceu-se uma legislação colonial que tinha como pressuposto a soberania indígena e o direito aos territórios que tinham em sua posse, a qual far-se-á referência a seguir:

Nesse período, são reconhecidos expressamente por leis e regimentos oficiais, concomitantes à colonização, as Cartas Régias de 30 de julho de 1609, promulgadas por Filipe III, acerca da proteção à liberdade dos índios ao prever que todos os gentios d'aquelas partes do Brazil por livres, conforme o Direito.⁵

Marco também foi o reconhecimento do domínio dos índios sobre as terras nas Cartas Régias de 10 de setembro de 1611:

Os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, sem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiças alguma, nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer”.⁶

Em 1680, a Coroa Portuguesa, declarou expressamente que os índios eram senhores de seus domínios e os desaldeados seriam agraciados com lugares convenientes para cultivarem suas terras, bem como seriam isentos dos impostos e taxas em relação a elas. Nada obstante, não o era considerado na prática.

Não obstante a Coroa Portuguesa demonstrasse certa prodigalidade na edição de atos protetores do direito indígena, na prática, não era efetivado, especialmente no que tange ao reconhecimento do direito dos silvícolas às suas terras. Como a possibilidade, prevista na Lei de 10.03.1570, de escravizar os índios quando “tomados em guerra justa autorizada pelo rei ou governadores, ou nas correrias matutinas em que assaltavam e roubavam as habitações”. O que acabou por privar os índios de sua liberdade e terras, pois com a edição da

³ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013, p. 98

⁴ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013.

⁵ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013

⁶ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013, p. 99

Carta Régia, Dom João VI declarou devolutas as terras conquistadas aos índios quem havia sido declarada por guerra justa.⁷

Em que pese à posição tratada acima, o reconhecimento da terra indígena veio nos meados de 1819, constando que as aldeias eram consideradas inalienáveis e nulas as concessões das sesmarias.

Em 1850, o Governo imperial promulgou a Lei de Terras ou Lei 601, de 18 de setembro de 1850, que disciplinou o regime fundiário no Brasil. O art. 3º definia o que seriam terras devolutas.⁸

2.1 Conceito de terras devolutas

Todas as terras descobertas nesse período passaram a ser da Coroa Portuguesa, que adotou o sistema de concessão de sesmarias para distribuí-las, assim, aos colonizadores eram dadas e caso estes não cultivassem, seriam elas revertidas à Coroa.

Pois bem, nesse contexto, faz necessário apresentar o conceito dado às terras devolutas que na Lei 601, de 1850: “Art. 3º São terras devolutas: §1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.”⁹

Em seu art. 12, a Lei de Terras possibilitava que fossem reservadas as terras devolutas para colonização dos indígenas. Ou seja, esses aldeamentos artificialmente criados estavam no mesmo lugar das ocupações tradicionais, declarando-se todas as terras necessárias e pertencentes aos índios como devolutas.¹⁰

Embora, reconheceu-se por intermédio de lei que fossem reservadas as terras devolutas para colonização dos indígenas, a disponibilização das terras era diminuta, uma vez que as províncias reduziam as terras indígenas ao aldeamento, sob a justificativa de que a porção diminuta de terra era suficiente para a necessidade de os indígenas extraírem sua subsistência, pois, já tinham os recursos naturais que lhes eram fundamentais”.¹¹

Outro expediente muito usado para a usurpação das terras indígenas era a sua divisão em lotes a serem distribuídos para os próprios índios e depois tomados

⁷ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013, p. 99.

⁸ BRASIL. **Lei 601**. 1850. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm#:~:text=LEI%20No%20601%2C%20DE,sem%20preenchimento%20das%20condi%20es%20legais.&text=1%20Ficam%20proibidas%20as%20aquisi%20es,n%20seja%20o%20de%20compra. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁹ BRASIL. **Lei 601**. 1850. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm#:~:text=LEI%20No%20601%2C%20DE,sem%20preenchimento%20das%20condi%20es%20legais.&text=1%20Ficam%20proibidas%20as%20aquisi%20es,n%20seja%20o%20de%20compra. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹⁰ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013, p. 102.

¹¹ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013.

pelos arrendamentos legais, com subterfúgios ou mesmo com a coação para a sua transferência. As terras indígenas foram simplesmente anunciadas, em muitos casos, por leis locais, como devolutas pela extinção fictícia dos aldeamentos, que continuavam existindo materialmente.¹²

Outrossim, o que evidenciava é que posteriormente, as câmaras e o Estado na prática não corroboravam com o que estava disposto pelas leis que asseguravam os direitos indígenas, uma vez que apesar das disposições assegurando às terras, isto não era observado.

Evidencia-se assim, que as práticas do Estado e dos poderes locais não eram permitidas pela legislação, pois nem sempre se destinava parcela das terras devolutas aos indígenas. E quando se destinava era utilizando de má-fé, pois, criava-se aldeamentos artificiais, com fito de dar aparência de que os indígenas ocupavam porção significativa de terra.

3 TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO

A partir da conquista do Brasil diplomas legais passaram a reconhecer o direito dos indígenas a terras, embora, infortunadamente muitas dessas leis eram arbitrariamente descumpridas, inclusive pelo próprio Estado.

Cumpra então destacar a importância do reconhecimento efetivo do direito dos indígenas a terras, este decorre sobretudo da necessidade de preservar a identidade própria do referido grupo étnico, às crenças, usos, costumes, tradições e suas especificidades.

Nada obstante, a terra, suas dimensões políticas e econômicas envolvem grande tensão e conflito em sua disputa, pelo fato de se tratar de um bem de produção de riqueza, que equivalem a diferentes possibilidades de exploração, uso desiguais, bem como violências institucionais.

Neste ponto, com a ascensão do capitalismo, os indígenas, quilombolas vivem em constantes ameaças de expropriação e formas de extinção do seu principal meio de produção da vida: a terra. Pode-se fazer referência a ação predatória do grande capital em empreendimentos como (hidrelétricas, barragens, exploração de minério, madeira e outros).¹³

¹² VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013, p. 102.

¹³ SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. **Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n133/0101-6628-sssoc-133-0480.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

No que tange a questão da disputa de terras, evidencia-se um monopólio da posse nas mãos de classes economicamente poderosas, que além de deter o poder do capital, por vezes influenciam a classe política para encampar suas causas, sobretudo através de financiamentos.¹⁴

Assim, o capitalismo exacerbado continua ameaçando vidas dos povos que vivem uma relação com a terra-natureza não mercadológica.

3.1 Políticas públicas de apoio ao desenvolvimento indígena e sobre a demarcação

Há uma evidente falta de efetividade no asseguramento do direito dos indígenas a terra, sobretudo, em decorrência de interesses do capital, atendo-se especificamente sobre o processo de demarcação, pode-se mencionar que dentre os anos de 2010 e 2013 foram deflagrados mais de 200 conflitos em seus territórios.¹⁵

Reitera-se que como há por parte das classes economicamente poderosas uma movimentação política a respeito das terras, é imperioso que os indígenas também se movimentem sobretudo acerca das diretrizes do processo de demarcação.

O Estado como detentor, também tem responsabilidade de planejamentos e programas voltados ao respeito da cultura desses povos, e com isso, voltar à consecução dos objetivos.

Destaca-se, desse modo, a responsabilidade do Estado planejar o programa de desenvolvimento voltado para a consecução dos objetivos do regime do desenvolvimento e dos princípios contidos na Constituição para propiciar a equidade e territorial, promovendo a concertação participativa, descentralizada, desconcentrada e transparente.¹⁶

Com isso, a principal importância seria assegurar a cultura das comunidades, povos e suas nacionalidades para gozarem efetivamente de seus direitos, garantida assim, pela Constituição Federal em seu art. 231.

Também tem como marco a Declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos originários que garante o direito de todos os povos a serem diferentes e a serem respeitados como tais, bem como o respeito aos conhecimentos, às culturas e às práticas

¹⁴ SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. **Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n133/0101-6628-sssoc-133-0480.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁵ SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. **Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n133/0101-6628-sssoc-133-0480.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁶ COSTA, Beatriz Souza. **Povos originários da Amazônia Internacional**. Lumen Juris, 2018, p. 109.

tradicionais indígenas contribui para o desenvolvimento sustentável e equitativo e para a gestão adequada do meio ambiente.¹⁷

As políticas dizem respeito às ações que visam assegurar os direitos dos indígenas, previstos no art. 231 da Constituição Federal, com o foco de desenvolvimento das comunidades.¹⁸

No estado do Amazonas, por meio do Decreto nº 20.825 de 04/04/2000, foi criado um Departamento na estrutura organizacional do Poder Executivo, ligado à Secretaria de Estado de Governo para tratar das questões indígenas no âmbito governamental. Em 2001, o referido departamento foi transformado em Fundação Estadual de Política Indigenista FEPI/AM, através da Lei nº 2.650 de 04/06/2001 para dar andamento ao projeto de implantação de uma política indigenista para os povos indígenas.¹⁹

Assim, essas atividades são realizadas com o objetivo de dar maior visibilidade aos indígenas, que contaram com Seminários, I Semana dos Povos Indígenas, I Feira Cultural, Conferência de Pajés, Carta de Manaus que tem como foco reunir os pajés e discutir sobre as políticas de valorização do conhecimento tradicional com valor estratégico ao desenvolvimento sustentável do País.

Essas ações pontuais, de certa forma, vêm corroborar para a formulação da política indigenista estadual, porque estes eventos envolvem órgãos governamentais e organizações indígenas, com suas experiências e olhares analíticos sobre a problemática da questão indígena. E assim, estão direta e indiretamente contribuindo para o aperfeiçoamento de uma proposta de política indigenista que está sendo gestada por meio dessas atividades; refletindo um momento ímpar para a história, ou seja, uma forma diferente de intervenção do Estado na relação com os indígenas, sem preconizar a priori um “neocolonialismo”.²⁰

Salienta-se que a comunidade não está satisfeita com a atuação do Estado Brasileiro, que diminui as formas de participação política dos indígenas, pode-se exemplificar por intermédio da extinção da Secretaria de Estado para povos indígenas promovida pelo governador do Estado do Amazonas em 2015, sob o argumento de que precisava cortar verbas, gerando assim, mais fragilidade à comunidade.

Ocorre que, com a extinção e a possível transferência das ações para um departamento vinculado à outra Secretaria, as políticas públicas para os povos

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas**. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em 29. mar. 2021.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹⁹ COSTA, Beatriz Souza. **Povos originários da Amazônia Internacional**. Lumen Juris, 2018, p. 69.

²⁰ COSTA, Beatriz Souza. **Povos originários da Amazônia Internacional**. Lumen Juris, 2018, p. 70.

indígenas perderam autonomia e se fragilizam. Dessa forma, houve um retrocesso, no estado, no tocante às Políticas Públicas Indigenistas.²¹

Com isso, evidenciam que as políticas afirmativas têm a finalidade de propiciar maior força às pautas indígenas, o respeito às suas culturas e sua terra e com isso, venha minimizar um pouco das desigualdades, marginalização das comunidades, assegurando-lhes de fato, o que é garantido pela Constituição.

4 MARCO NORMATIVO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A Constituição Federal de 1988 garante o direito dos índios sobre as terras que são ocupadas tradicionalmente. Nesse sentido, o art. 231 da Constituição esclarece quanto à natureza originária de seus direitos, cujo foco primordial é o reconhecimento das terras aos índios, na sua falta aplica-se subsidiariamente ao Decreto 1775/1996, complementada pela Portaria do Ministério da Justiça 14/1996.²²

O dispositivo legal que determinava que as terras indígenas deveriam ser demarcadas foi regulamentado na atual Constituição, pelo Decreto 1775/1996, que dispõe sobre as etapas do procedimento administrativo de delimitação e identificação para demarcação.

No campo do regulamento infra legal, a Portaria do Ministério da Justiça nº 14/1996 também elencou regras para elaboração do RCID, que é o responsável por efetivar as bases técnicas para decisão da demarcação.²³ Nesse mesmo sentido, a FUNAI em sua Portaria nº 116/2012, estabeleceu diretrizes e critérios a serem observados na concepção e execução no processo de demarcação do território dos indígenas.²⁴

Importante salientar que o Decreto nº 1775/1996 que é o documento responsável por ter as diretrizes de demarcação, conterà várias etapas, sendo que, esta é apenas o fechamento de um processo administrativo conduzido por um Grupo Técnico nomeado pela FUNAI para fins de elaboração do RCID - Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação das áreas reivindicadas. O Grupo Técnico é composto por um

²¹ COSTA, Beatriz Souza. **Povos originários da Amazônia Internacional**. Lumen Juris, 2018, p. 70.

²² BRITTO, Gladstone Avelino. Direitos e erros na demarcação de terras indígenas. **Agrária (São Paulo Online)**. n. 19, p. 34-60, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/agraria/article/view/83850>. Acesso em: 4 abr. 2021.

²³ BRASIL. **Portaria FUNAI 14**. 1996. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²⁴ BRASIL. **Portaria FUNAI 116**. 2012. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=27&data=15/02/2012>. Acesso em: 01 abr. 2021.

antropólogo, designado pela FUNAI e por servidores da Unidade Local, detentores da realidade fundiária das áreas a serem vistoriadas. O Decreto estipula que a Funai deve nomear um grupo técnico especializado, preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, cujo objetivo é realizar estudos complementares de natureza étnico-histórica, jurídica, ambiental, sociológica e o levantamento fundiário necessário à delimitação.²⁵

Ademais, o §2º do artigo 2 do Decreto estabelece que o levantamento fundiário “será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio”.²⁶

No Decreto nº 1775/1996, o contraditório decorre do mandamento constitucional. Foi estabelecido que todos os que se julgassem prejudicados com o reconhecimento administrativo de territórios indígenas” poderiam impugnar administrativamente para evitar o reconhecimento dos territórios.

A FUNAI é o órgão responsável pela garantia permanente da terra aos indígenas, bem como tem o efetivo poder de polícia em suas terras e proteção ao índio:

Isto porque a Funai é o órgão da União legalmente responsável por garantir a posse permanente das terras indígenas e o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (Lei 5.371, de 05.12.1967). Há uma clara correspondência da Lei 5.371/67 com o inc. III, da Lei 6.938/81, que define como órgãos setoriais do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.²⁷

De acordo com Villares, para efetivar essa competência, é conferido à FUNAI o exercício do poder de polícia nas terras indígenas e nas matérias atinentes à proteção do índio (Lei 5.371/67, art. 1º, inc. VII).²⁸

Entretanto, a Funai não cumpre com a necessária ética na fase de execução do RCID, em virtude da leitura do Decreto nº 1775/96 de que o trabalho administrativo, na fase de investigações e levantamentos para fins de sua elaboração, não está observando o contraditório, sendo esse permitido somente após a publicação do resumo do RCID.

Os estudos realizados com fito de se realizar a demarcação são complexos e tecnicamente rigorosos, condição para proporcionar maior segurança jurídica no processo

²⁵ BRASIL. **Decreto 1775.** 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm. Acesso em 01 abr. 2021.

²⁶ BRASIL. **Decreto 1775.** 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm. Acesso em 01 abr. 2021.

²⁷ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Juruá, 2013, p. 224.

²⁸ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Juruá, 2013.

administrativo, gerando maior tranquilidade para a sociedade e para os próprios indígenas.

O mencionado RCID deve cumprir os requisitos técnicos necessários para regular processo demarcatório. Nesse sentido, caso resulte em ocorrências de falhas na atuação administrativa da Funai no processo demarcatório enseja em insegurança jurídica e, em alguns casos, pode provocar conflitos na ordem pública quando o processo afetar os interesses de um número considerável de pessoas.

Apesar da insegurança jurídica gerada, o Supremo Tribunal Federal foi favorável ao devido processo do contraditório, no que tange o processo de demarcação:

O processo de demarcação foi considerado desnecessário por parte da doutrina, mas, com o Decreto 1.775/96, solapou-se a discussão sobre a constitucionalidade do Decreto 22/91 – anterior decreto que regulamentava a demarcação de terras indígenas -, que não previa o contraditório e a ampla defesa. Hoje, é entendimento do Supremo Tribunal Federal que o Decreto 1.775/96 obedece ao art. 5º, L, da Constituição Federal de 1988, o qual assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e ampla defesa, com os meios a ela inerentes.²⁹

O processo de demarcação de terras indígenas pelo Estado brasileiro está longe de se concluir, espera-se que na realização do referido processo de demarcação ao menos atenda-se os princípios da ampla defesa e do contraditório, a fim de que se reduza a explícita insegurança a que os povos indígenas estão submetidos.

5 INEFICÁCIA NORMATIVA SOBRE O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Os indígenas foram excluídos por todo o período colonial e durante toda história brasileira, o que resultou em fim com a construção de uma identidade nacional, cunhada pelo poder estatal, na qual cabe aos indígenas ficar em situação de população subalterna, para o enquadramento no sistema de legislações no que diz respeito à vida.³⁰

Essa exclusão decorre de o direito, ser por vezes, um sistema de normatividade com uma essência classista e com o domínio de uma classe sobre a outra. Esse caráter classista implica em um reconhecimento pífio do direito das minorias como é o caso dos indígenas, ou mesmo quando há o reconhecimento respaldado em lei, há uma inefetividade na aplicação desta lei por parte do Estado.

²⁹ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013, p. 130.

³⁰ SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. **Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n133/0101-6628-sssoc-133-0480.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

Significa dizer que a própria dinâmica social, permite, em circunstâncias favoráveis, mudanças que respondam aos interesses das classes não dominantes, atendendo a interesses particulares. Desse modo, “o direito é uma mediação que se interpõe entre o domínio direito e os conflitos entre as diversas classes sociais com interesses diversos”.³¹

Acerca da inefetividade na aplicação dos direitos dos indígenas a terra, o que se evidencia é que há obstáculos para sua efetivação, uma vez que o interesse também atua nos processos materiais, capitalistas, fonte de circulação econômica e interesses particulares; e o poder estatal não consegue efetivamente dar conta da complexidade da análise sobre o direito nas contradições do sistema jurídico capitalista burguês.

É problemático quando o direito favorece uma classe, pois, em verdade este deveria

alcançar a totalidade da sociedade, reconhecendo o direito das minorias. O direito deve ser uma mediação que se interpõe entre o domínio direito e os conflitos entre as diversas classes sociais com interesses diversos.³²

Como o direito deve ser uma mediação entre as diversas classes sociais, por conseguinte, é imperioso que haja a participação política dos diversos segmentos da sociedade, sobretudo de minorias, como é o caso dos indígenas.

6 INDÍGENAS NA POLÍTICA

Reconhece-se que para fins de evolução no tratamento do direito dos povos indígenas a terra, é imperioso a participação política dos mesmos, sobretudo valendo-se do direito de elegibilidade.

Em relação ao direito de elegibilidade, ou seja, para pleitear mandatos políticos, em cargos representativos, mediante eleição (ser votado), é necessário que, além dos requisitos necessários ao alistamento eleitoral, o índio preencha as condições de elegibilidade e não incida em alguma das inelegibilidades previstas constitucionalmente. São condições de elegibilidade: ter nacionalidade brasileira ou condição de português equiparado; estar em pleno exercício dos direitos políticos; alistar-se eleitoralmente; filiar-se a um partido político; ter a idade mínima requerida a cada cargo pleiteado.³³

É especialmente difícil incentivar um grupo a participar de um processo político quando estes foram submetidos a uma história de exclusão e marginalização, como é o

³¹ SARTORI, Vitor S. **Lukács e a crítica ontológica ao direito**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 80.

³² SARTORI, Vitor S. **Lukács e a crítica ontológica ao direito**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 80.

³³ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013, p. 69.

caso dos indígenas, essa marginalização acaba por ensejar um desafeiçoamento do processo político.

(...) quando há uma história de exclusão ou marginalização de certos grupos da influência política, os membros desses grupos tendem a se desafeiçoar do processo político: podem ficar apáticos ou se recusar terminantemente a se engajar com outros para tentar resolver problemas compartilhados. Sob tais circunstâncias, a representação específica de grupos desfavorecidos estimula a participação e o engajamento.³⁴

Evidenciando essa dificuldade dos indígenas de participar de um processo político pode-se apontar que somente dois indígenas foram eleitos deputados federais: Mário Juruna, este ocupou o posto entre 1983 e 1987, e Joênia Batista de Carvalho, esta ocupa o posto atualmente no ano de 2021.³⁵

Essa falta de representatividade ocorre ainda que tenha se implantado um modelo democrático no Brasil, pois os representantes eleitos privilegiam a camada da população responsável por sua eleição, assim grupos numericamente minoritários tornam-se subrepresentados, e dependem de que a sociedade como um todo reconheçam a suas demandas.

O modelo democrático vigente no mundo e, especialmente, no Brasil, ainda não é a democracia que expressa “o poder do povo ou o poder que emana do povo”. Não se pode olvidar que a democracia, mesmo que minimalista, é preferível a outras formas de governo. O modo representativo foi o melhor encontrado até o momento, conforme a realidade dos dias correntes e experiências históricas vividas. Da maneira atualmente sedimentada, a forma representativa não constrói um sentimento de representatividade efetiva, pairando sobre esta uma sensação de vazio representativo. Com isso, o sistema político atual demonstra um tipo de política que privilegia certas camadas da população em desfavor de outras, indicando certa frustração democrática.³⁶

Para fins de dirimir essas sub-representação, é imprescindível que grupos minoritários se utilizem meios para apresentar suas demandas a sociedade em geral, e que assim segmentos da sociedade acolham essas pautas.

Antigamente, para fazer uma passeata contra políticos, a organização podia levar meses. O protesto durava algumas horas numa rua central, e cada

³⁴ YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. n. 67, p. 139-190, 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000200006&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁵ EXAME. **Primeira mulher indígena é eleita para a Câmara dos Deputados**. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/primeira-mulher-indigena-e-eleita-para-a-camara-dos-deputados/>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁶ DORNELLES, Ederson Nadir Pires; VERONESE, Osmar. A falta de representatividade indígena nos parlamentos brasileiros: a democracia representativa vigente deve ser (re)inventada? **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 13, n. 1, 2018, p. 56. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/12619>. Acesso em: 01 abr. 2021.

manifestante voltava para casa, exausto. Hoje, a “opinião pública” fica sentada na frente do computador, expressando permanentemente seu poder, 24 horas por dia. Existe uma democracia direta com poder de denunciar e criticar. O povo ocupará cada vez mais a rua virtual.³⁷

Dentre esses meios, destaca-se as plataformas virtuais, que acabam funcionando como um mecanismo mais direto de representação, no qual, os indígenas podem apresentar pessoalmente suas demandas a sociedade.

A partir das premissas e problemas encarados pela pesquisa, pode-se concluir que o fomento à representatividade indígena tende a fortalecer a democracia brasileira, propiciando a defesa de seus direitos e interesses. Logo, a instituição de ferramentas garantidoras dessa representação é fundamental. A criação de cotas para a eleição de indígenas nas Casas Legislativas de todo o Brasil, assim como de frentes e bancadas parlamentares estáveis, são opções para a inclusão desses grupos na arena democrática, como já fizeram outros países da América Latina. As organizações partidárias também podem colaborar com esse processo, reservando vagas para candidaturas indígenas.³⁸

E mais concretamente é necessário o estabelecimento de cotas para a eleição de indígenas nas Casas Legislativas de todo o Brasil, assim como de frentes e bancadas parlamentares estáveis. Note que essa maior pluralidade tende a fortalecer a democracia brasileira.

Em verdade, nos tempos atuais, vivenciamos, no Brasil da democracia de eleitores, uma perversa articulação cultural: o clientelismo, o favoritismo, o corporativismo, os preconceitos e as discriminações, a manutenção de privilégios e as práticas autoritárias, misturam-se com o individualismo, o consumismo, o imediatismo e a dominância do dinheiro.³⁹

A democracia brasileira precisa ser fortalecida, ante ao que se denomina democracia de eleitores, em que são favorecidos a dominância do dinheiro. A participação indígena na política não representa mera condição dos mesmos garantirem os seus direitos, mas representa em certa medida condição para que toda classe subrepresentada tenha meios de reivindicar suas próprias demandas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

³⁷ AQUINO, Ruth de. Quem tem medo da opinião pública? *Época*. n. 573, 2009, p.123. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI72093-15665,00.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁸ DORNELLES, Ederson Nadir Pires; VERONESE, Osmar. A falta de representatividade indígena nos parlamentos brasileiros: a democracia representativa vigente deve ser (re)inventada? *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 13, n. 1, 2018, p. 56. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/12619>. Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁹ CARVALHO, Alba Maria de. *Radicalizar a democracia*. 2004, p. 38. Disponível em: www.revistapoliticaspUBLICAS.ufma.br/site/download.php. Acesso em: 01 abr. 2021.

Diante do ante exposto, observa-se que há uma ineficiência prática, no que tange a eficácia normativa constitucional sobre o processo de demarcação de terras indígenas, tendo em vista que apesar de todas as disposições atinentes à demarcação, na prática não se observa, além disso, tampouco a cultura desses povos é respeitada, diante do poder autoritário estatal.

Com isso, verificou-se que a proteção à terra indígena está abrangida pelas normas da Constituição Federal, bem como outras leis esparsas, em contrapartida, também se observa que o Estado nacional possui um enfoque individualista, uma vez que a proteção às terras muitas vezes é negada em prol dos direitos cristalizados na propriedade. Além disso, conclui-se que os indígenas foram comprimidos sobre uma parcela da sociedade, uma vez que o Estado não observa a coletividade com um todo, nem tampouco conseguem exercer a autodeterminação de modo pacífico.

Assim, percebeu-se que se faz necessário mais do que legislações acerca do assunto, ante a sua ineficácia prática.

Foi proposto então, a implantação de políticas públicas em prol dos povos indígenas para respeito às suas culturas, suas terras, para preservação do seu povo, uma vez que em razão do não conhecimento por parte da sociedade brasileira, isto acaba provocando a invisibilidade desses povos e não só, também podem levá-los a marginalização.

Além disso, também se verificou a necessidade de os indígenas concorrerem a cargos políticos, uma vez que desde 500 anos transcorridos até a chegada dos europeus até o momento atual só foram eleitos dois deputados federais indígenas.

Apesar de todas as dificuldades encontradas pelos índios, como corrupção, preconceito e falta de representatividade no campo político, os indígenas devem ter seu papel desempenhado para terem seus direitos garantidos na prática, devendo ainda, contar com a participação social da população, nesse ponto é que se fazem necessárias as políticas públicas de conscientização da cultura dos indígenas.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Ruth de. Quem tem medo da opinião pública? **Época**. n. 573, 2009. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI72093-15665,00.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto 1775**. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm. Acesso em 01 abr. 2021.

BRASIL. **Lei 601**. 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm#:~:text=LEI%20No%20601%2C%20DE,sem%20preenchimento%20das%20condiçoes%20legais.&text=1%20Ficam%20proibidas%20as%20aquisiçoes,não%20seja%20o%20de%20compra. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. **Portaria FUNAI 14**. 1996. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. **Portaria FUNAI 116**. 2012. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=27&data=15/02/2012>. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRITTO, Gladstone Avelino. Direitos e erros na demarcação de terras indígenas. **Agrária (São Paulo. Online)**. n. 19, p. 34-60, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/agraria/article/view/83850>. Acesso em: 4 abr. 2021.

CARVALHO, Alba Maria de. **Radicalizar a democracia**. 2004. Disponível em: www.revistapoliticaspublicas.ufma.br/site/download.php. Acesso em: 01 abr. 2021.

COSTA, Beatriz Souza. **Povos originários da Amazônia Internacional**. Lumen Juris, 2018.

DORNELLES, Ederson Nadir Pires; VERONESE, Osmar. A falta de representatividade indígena nos parlamentos brasileiros: a democracia representativa vigente deve ser (re)inventada? **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 13, n. 1, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/12619>. Acesso em: 01 abr. 2021.

EXAME. **Primeira mulher indígena é eleita para a Câmara dos Deputados**. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/primeira-mulher-indigena-e-eleita-para-a-camara-dos-deputados/>. Acesso em: 01 abr. 2021.

FERREIRA, Rafael. **Legislação Fundiária: O que são terras devolutas**. 2013. Disponível em: axelgrael.blogspot.com/2013/09/legislacao-fundiaria-o-que-sao-terras.html. Acesso em: 01 dez. 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas**. Disponível em:

https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em 29. mar. 2021.

SARTORI, Vitor S. **Lukács e a crítica ontológica ao direito**. São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. **Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n133/0101-6628-sssoc-133-0480.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio Ambiente terras indígenas e defesa nacional**. Juruá, 2010.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Juruá, 2013.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. n. 67, p. 139-190, 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000200006&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 01 abr. 2021.

Recebido em: 02/06/2022

Aceito em: 13/06/2022

Como Citar (ABNT):

SILVEIRA, Érica Melicia da Silva. Desafios do planejamento urbano: a questão da ocupação em áreas de risco. **Revista de Direito Magis**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 39-56, jan./jun. 2022. DOI: 10.5281/zenodo.6621007. Disponível em: <https://periodico.agej.com.br/index.php/revistamagis/article/view/7>. Acesso em: XX mês. XXXX.

NEGAÇÃO A HOMENS GUEIS DO DIREITO DE DOAR SANGUE: OS SIGNIFICADOS DA DECISÃO DO STF QUE TORNOU ILEGAIS AS NORMAS RESTRITIVAS

DENYING GAY MEN THE RIGHT TO DONATE BLOOD: THE MEANINGS OF THE STF DECISION THAT MADE RESTRICTIVE RULES ILLEGAL

Rodrigo Carlos Jesuino¹

Resumo: O objetivo principal deste artigo é analisar e compreender os significados da decisão do Supremo Tribunal Federal que tornou inconstitucional a proibição expressada por normas e executada pelo Estado brasileiro de doação de sangue por homens homossexuais. Também se busca identificar as motivações da restrição e entender de que modo ela se relaciona ao ódio e ao preconceito contra homens gueis, além de investigar se a decisão do Supremo foi uma reparação no que tange à equiparação de direitos e ao combate à discriminação da população LGBTI no Brasil, sendo esta a hipótese principal. Para tanto, a metodologia utilizada é o estudo de caso com revisão bibliográfica, análise crítica e qualificada, e postura propositiva. No início é apresentada, de forma breve e sob pano de fundo da epidemia de SIDA, a História do Movimento LGBTI no Brasil e as conquistas da comunidade no âmbito jurídico. Em seguida, são apontadas as motivações que desaguararam nas normas legais que deram base à negação do direito à doação de sangue por homens homossexuais. Por fim, é apresentado o instrumento que impugnou as normas restritivas, o contexto e o julgamento da ação, bem como são analisados em detalhes dois votos de ministros que votaram pela manutenção das restrições e, por último, em busca de resposta à hipótese levantada, é alvo de análise o voto do ministro Edson Fachin, relator da matéria e que votou pela inconstitucionalidade da restrição. É possível elencar como resultados e contribuições deste trabalho: possibilitar que a população LGBTI no Brasil se aproprie de sua própria História, contextualizar no passado e no presente o tema da negação a homens homossexuais ao direito de doar sangue, compreender os significados da decisão do Supremo e seu reflexo no aumento dos estoques dos bancos de sangue e no avanço no que tange à equiparação de direitos e no processo de cidadanização da população LGBTI no Brasil.

Palavras-chave: Gay; Sangue; Estado; Discriminação; Reparação.

¹ Pós-graduação em Direito das diversidades e inclusão social (especialização *latu sensu*) na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (fevereiro/2020 a dezembro/2021) Licenciatura em Letras Português-Inglês Centro Universitário Fundação Santo André (fevereiro/2010 a dezembro/2013).

Abstract: The main objective of this article is to analyze and understand the meanings of the decision of the Federal Supreme Court that made the prohibition expressed by norms and carried out by the Brazilian State of blood donation by homosexual men unconstitutional. It also seeks to identify the reasons for the restriction and to understand how it relates to hatred and prejudice against gay men, in addition to investigating whether the Supreme Court's decision was a reparation with regard to the equalization of rights and the fight against discrimination of the population. LGBTI in Brazil, this being the main hypothesis. For that, the methodology used is the case study with bibliographic review, critical and qualified analysis, and propositional attitude. At the beginning, it is presented, briefly and against the backdrop of the AIDS epidemic, the History of the LGBTI Movement in Brazil and the achievements of the community in the legal field. Then, the motivations that resulted in the legal norms that gave basis to the denial of the right to blood donation by homosexual men are pointed out. Finally, the instrument that challenged the restrictive norms, the context and the judgment of the action is presented, as well as two votes of ministers who voted for the maintenance of the restrictions are analyzed in detail and, finally, in search of an answer to the hypothesis raised, the vote of minister Edson Fachin, rapporteur of the matter and who voted for the unconstitutionality of the restriction, is the subject of analysis. It is possible to list as results and contributions of this work: enabling the LGBTI population in Brazil to appropriate its own history, contextualizing in the past and present the theme of the denial of homosexual men to the right to donate blood, understanding the meanings of the decision of the Supreme and its reflection in the increase in blood bank stocks and in the advancement in terms of equal rights and in the process of citizenship of the LGBTI population in Brazil.

Keywords: Gay; Blood; State; Discrimination; Repair.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo, fruto de vasta pesquisa, se insere no campo do Direito das diversidades, inclusão social, cidadania e direitos fundamentais de grupos historicamente vulnerabilizados e alvos de variados tipos de exclusões. Neste contexto de preconceito, discriminação e de ataques a direitos, o presente trabalho tem como objetivo jogar luz à negação a homens homossexuais do direito de doarem de sangue no Brasil via uma política pública – restrição que gerou um desperdício anual de mais de 18 milhões de litros de sangue – e da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em maio de 2020, que tornou inconstitucional tal medida.

A escolha deste tema se deu devido: a) à aversão histórica e tão atual dirigida às pessoas lésbicas, gueis, bissexuais, transvestigêneres e intersexo (LGBTI) no Brasil, campeão mundial em assassinatos de pessoas deste grupo por motivo de ódio; b) a restrição em si, algo que vai muito além de preconceito, tratando-se de flagrante

discriminação, ou seja, acepção desarrazoada e desproporcional e violação de direitos praticada pelo aparato estatal, o que agrava a situação; c) retomar os motivos de tal negação com o objetivo de se fazer uma atualização do tema mediante a decisão do STF em 2020.

Tal retomada do tema se mostra bastante necessária e oportuna, tendo em vista tanto a decisão do Supremo sobre um tema que teve início da década de 1980, quanto devido às variadas publicações produzidas contra e a favor a referida restrição desde então. Em especial, o que se busca com este trabalho é analisar os significados, com foco no Brasil, da decisão do STF no que tange à equiparação de direitos da população LGBTI.

Assim, com base no voto do relator, a hipótese que este trabalho procura verificar é se a referida decisão colegiada do STF de maio de 2020 configurou reparação na medida em que estendeu a *todes* o direito à doação de sangue, independentemente do gênero e da orientação sexual do doador e de seus eventuais parceiros sexuais. Destarte, além de retomar o assunto historicamente e de compreender os significados da decisão do Supremo, este trabalho tem também o objetivo de demonstrar como, no Brasil, as conquistas à equiparação de direitos básicos por parte da população ainda dependem da judicialização de temas cotidianos, e como ainda esbarram em eventuais percalços institucionais.

Para se atender aos objetivos expostos, será feita uma revisão bibliográfica das principais peças relacionadas ao tema: reportagens, artigos e legislação. Esta revisão tornará possível estudar por meio de análise qualificada o caso sob escrutínio e, de modo a possibilitar a exposição das ideias e posterior estudo, este trabalho será dividido em três partes que se relacionam de forma indissociável.

A primeira parte será dedicada a uma breve contextualização da História e das conquistas por direitos do Movimento LGBTI e dos impactos da epidemia de SIDA (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida ou AIDS, na sigla em inglês: doença causada pelo vírus HIV e que se caracteriza por uma disfunção grave do sistema imunológico humano) sobre homens gueis e travestis com foco no Brasil. A segunda parte dará conta, na esteira da epidemia, das bases da negação ao direito da doação de sangue por homens homossexuais: motivações ideológicas, sociais e “científicas”, desaguando no arcabouço jurídico pró proibição. A terceira parte irá apresentar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543² – instrumento através do qual os dispositivos legais

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543** – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016

restritivos foram impugnados – e abordará alguns dos votos dos ministros do STF referentes à matéria: serão analisados os votos de dois ministros que votaram favoravelmente à manutenção da proibição e, a seguir, em busca de resposta à hipótese levantada, o foco será o voto do Ministro Relator da matéria, que se posicionou favoravelmente à procedência da ação reconhecendo, assim, a inconstitucionalidade da proibição.

Considerando este trabalho em sua totalidade, é possível afirmar que haverá contribuição no sentido de contextualizar, no passado e no presente, o tema da negação a homens homossexuais do direito de doar sangue após a decisão do STF em 2020, bem como seu reflexo no aumento dos estoques dos bancos de sangue do Brasil, país cujas doações regulares historicamente estiveram abaixo dos níveis internacionais. Esta contextualização, a partir da luta por direitos, visa tanto a servir de instrumento para que a população LGBTI se aproprie de sua História e esteja melhor preparada para as batalhas que ainda se colocam e as porvir, quanto a apontar caminhos para a diminuição do ódio enfrentado por este grupo social, contribuir com o aumento da tolerância e com o avanço no que tange à equiparação de direitos e, sobretudo, tratar do impacto de tal decisão no processo de *cidadanização* da população LGBTI no Brasil.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: UMA TRAJETÓRIA DE RESISTÊNCIA E CONQUISTAS

2.1 O ser guei na história

Ao longo de toda a história humana, as pessoas que não se enquadravam no padrão heteronormativo foram, sob pano de fundo da religiosidade, alvo de todo tipo de perseguição e retaliações. Desde o primeiro texto de lei que proibiu de forma declarada e sob pena de morte a homossexualidade, promulgado em 533 pelo imperador cristão Justiniano, vários outros códigos surgiram com o objetivo de gerar variadas restrições e punições a pessoas cuja sexualidade era dissidente da norma. Para se ter uma ideia,

do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta julgada procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 14 set. 2021.

somente em 1990 a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a homossexualidade do catálogo de doenças mentais. A transexualidade foi retirada da mesma lista em 2018.

No Brasil, segundo Trevisan, a influência repressora vinda da Europa em relação à homossexualidade se deu por meio de um dos mais antigos sistemas brasileiros de leis: as “Ordenações Manuelinas”, que vigoravam em Portugal à época do achamento da colônia.³

Nelas, a sodomia passou a ser equiparada ao crime de lesa-majestade. Além da pena de fogo, foi acrescentado como punição o confisco dos bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado. Mas foram as Ordenações Filipinas que tiveram importância maior, por terem sido aplicadas entre nós durante mais de dois séculos. As Filipinas continuaram vigorando ainda no Brasil independente, adaptadas para a Constituição do Império, com as necessárias atualizações, em 1823.⁴

Embora a prática homossexual nunca tenha sido definida como um crime previsto no Código Penal brasileiro, durante o início do século XX, conforme Fry e MacRae, “*os delinquentes ‘homossexuais’ eram encaminhados para o Laboratório de Antropologia Criminal do Instituto de Identificação de São Paulo, onde os médicos realizaram pesquisas sobre as causas biológicas e sociais da homossexualidade*”.⁵

No que se refere a violência praticada pelo Estado brasileiro, um dos exemplos mais cruéis foi o Hospital Colônia, um complexo de sete hospitais psiquiátricos criado em 1903, em Barbacena, Minas Gerais. Inicialmente destinado ao tratamento de pacientes de tuberculose, em 1930, passou ao controle da Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Minas Gerais, quando oficialmente se tornou um manicômio. Desde essa época, tornou-se nada além de um depósito para onde eram enviados indesejados sociais. Tal qual os campos de concentração nazistas, o Hospital era servido por uma linha férrea exclusiva que trazia aqueles que seriam ali esquecidos.

(...) desabrigados, alcoólatras, viciados em drogas, prostitutas, inimigos políticos, **homossexuais**, vítimas de estupros, mães solteiras, pobres, pessoas negras, marginais, loucos, portadores de doenças físicas, jovens, crianças e até mesmo órfãos.

(...) **homens tímidos demais ou considerados afeminados e as mulheres com temperamento forte e que não desejavam se casar**, também eram confinados atrás dos muros do local. (grifos nossos).⁶

³ TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

⁴ TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018, p. 161.

⁵ FRY, P.; MACRAE, E. **O que é homossexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 67.

⁶ ARAUJO, Julio Cezar de. **Hospital Colônia de Barbacena, o Holocausto brasileiro**. Disponível em: <https://www.megacurioso.com.br/estilo-de-vida/114002-hospital-colonia-de-barbacena-o-holocausto-brasileiro.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

Mais da metade (cerca de 70%) dos “pacientes” não possuía diagnóstico de doença mental. Entre 1930 e 1980, ocorreu no interior da instituição um extermínio que resultou em mais de 60 mil mortes, inclusive com registro de venda de mais de 1850 cadáveres a faculdades de Medicina de todo o Brasil. Comparado a um campo de concentração nazista por um especialista anti sanatórios da época, a instituição serviu de destino a seres humanos desprezados pela sociedade e foi operacionalizado pelo governo com a conivência de toda a sociedade. Entre estes seres humanos, estavam muitos homossexuais que lá sofriam terapias de choque e estupros, e que eram submetidos a condições “*subumanas, comendo ratos e fezes, e bebendo água de esgoto*”.⁷

Desde o início da história humana, a prática homossexual sempre foi condenada e reprimida: primeiro como pecado, depois como crime, e, mais recentemente, como doença. Em 2019, 71 países ainda consideravam crime tal prática, sob penas que variavam entre chicotadas, prisão e morte por apedrejamento. Tudo isso sob a cumplicidade de instituições públicas que deveriam, em tese, zelar pelo bem-estar de todos os cidadãos, mas que, vez ou outra, se colocam a serviço de visões religiosas e parciais da realidade, perdendo o caráter laico que deveriam ter. Foi assim que se assistiu, no início do século XXI, ao surgimento de uma onda reacionária de viés conservador em diversos países.

No Brasil, país com o maior número de mortes por homofobia no mundo – desde a primeira deste tipo de que se tem registro: do indígena tupinambá Tibira em 1614 até o contexto de janeiro de 2019, quando Jean Willys, o primeiro deputado federal guei assumido a defender a causa LGBTI no Congresso Nacional, que abriu mão de assumir seu terceiro mandato consecutivo e saiu do Brasil devido a uma escalada de perseguições e ameaças de morte –, cristãos demonstraram que são bastante capazes de superar as divisões internas de sua religião – entre diferentes denominações – em nome de um projeto maior de eleger representantes neonazifascistas retrógrados, saudosos e frutos podres de ditaduras, admiradores de torturadores e guardiões do atraso e do ódio, que só fazem destruir e atrasar o avanço de direitos humanos e do bem-estar social, sobretudo quando se refere a populações vulnerabilizadas. No tocante ao zelo, ou falta dele, por direitos básicos – antes mesmo do bem-estar –, o vácuo institucional deixado por casas parlamentares e por lideranças executivas país afora contrasta com a atuação de uma

⁷ NORONHA, Heloísa. **Homossexuais foram alvo de atrocidades ao longo da história**; veja as piores. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2017/09/04/gays-foram-alvo-de-varias-atrocidades-ao-longo-da-historia.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

instituição que se tornou, cada vez mais, uma trincheira onde grandes batalhas têm sido travadas e ganhas a duras penas: o Poder Judiciário.

2.2 Brasil: do Movimento Homossexual Brasileiro ao Movimento LGBTI

O Movimento Homossexual Brasileiro, que teve seu início em 1977, ficou marcado em seus primeiros anos pela realização de vários congressos e por disputas entre alguns militantes de perfil autonomista e pragmático em contraposição a outros mais ideológicos e à esquerda no espectro político. A década de 1980 registrou, no início e devido à epidemia de SIDA, um esvaziamento da pauta por liberação e por direitos, relegando a luta à sobrevivência. Na segunda metade dos anos 1980, se fortaleceram as parcerias entre ONGs e governos na área da saúde com o objetivo de dar uma resposta coletiva e mais efetiva à epidemia, que nos primeiros anos parecia restrita a homens guesis. Durante a ditadura militar, apesar da ausência de uma política estatal formal para extermínio de homossexuais, a ideologia que justificava o golpe e que mantinha o regime, sob pretexto da segurança nacional, tinha a homofobia como pano de fundo.

A partir do início da década de 1990, se assistiu a um aumento na quantidade de ativistas, de coletivos, e do retorno dos encontros nacionais tal qual nos primeiros anos do movimento, além da expansão da diversidade do próprio movimento, com o crescimento de grupos de mulheres lésbicas e de travestis. Foi nos anos 1990 que ocorreu uma resposta cada vez mais institucional à epidemia de SIDA, assim como a expansão do Movimento Homossexual para outros campos de atuação e a inserção de novos agentes: mídia, órgãos de governo, parlamentares sensíveis à causa, o estabelecimento de relações internacionais e comércio voltado ao público GLS – gays, lésbicas e simpatizantes – sigla cunhada em 1994 que, além de apagar pessoas transvestigêneres, se tratava de uma identificação somente do ponto de vista do consumo, sem conotações políticas nem de luta. A primeira parada do Orgulho GLS no Brasil ocorreu em 1995, em Copacabana, no Rio de Janeiro. A edição de 1996, em 28 de junho, reuniu poucos militantes na Praça Roosevelt, em São Paulo. Porém, nos anos seguintes, já na Avenida Paulista, a Parada do Orgulho LGBT – sigla adotada em 2008, sendo a letra I incorporada posteriormente – chegaria a reunir mais de quatro milhões de pessoas, como em 2012, passando a ser considerada uma das maiores paradas do Orgulho LGBT do mundo.

Como resultado de muita luta, várias foram as conquistas do Movimento LGBTI no Brasil e no mundo na busca por tolerância e direitos iguais para pessoas com identidade

de gênero e sexualidade dissidente do padrão heteronormativo: em 1999, em decisão confirmada pelo STF em 2019, o Conselho Federal de Psicologia deixou de considerar a homossexualidade como patologia, proibindo tratamentos popularmente conhecidos como “cura gay”; em 2011, o STF reconheceu, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo; em 2013, o Conselho Nacional de Justiça publicou Resolução que deu respaldo a todos os cartórios para realizar o casamento homoafetivo, com previsão de sanções administrativas caso algum se negasse; em 2015, o STF autorizou a adoção, sem restrição de idade, por casais homoafetivos; em 2018, o STF reconheceu às pessoas transvestigêneres o direito à autodeclaração de gênero e retificação do registro civil no cartório, independentemente da realização de tratamentos hormonais, de cirurgia de redesignação sexual ou da apresentação de laudos médicos/psicológicos; em 2019, o STF equiparou a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero ao crime de racismo (Lei nº 7.716/1989), com base em um entendimento de que houve omissão inconstitucional do parlamento na tratativa do tema; em 2020, o STF declarou inconstitucionais várias leis municipais que tentavam excluir da política municipal de educação abordagens referentes à diversidade de gênero e orientação sexual em escolas, sob chancela do movimento reacionário “escola sem partido” e sob a farsa denominada “ideologia de gênero”; em maio de 2020, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da restrição ao direito de doação de sangue por gueis, bissexuais e travestis que declarassem ter tido relação sexual nos doze meses anteriores à doação, tema deste trabalho e que será objeto de análise adiante.

2.3 Homossexualidade e doença

A SIDA foi identificada e descrita pela primeira vez em 1981, nos Estados Unidos da América (EUA), após o surgimento de algumas de suas manifestações: tipos raros de pneumonia e de câncer de pele, como o sarcoma de Kaposi. Sem cura e com origem, forma de transmissão e sintomas até então desconhecidos, e devido ao fato de os primeiros casos terem sido diagnosticados em homens homossexuais até então saudáveis, foi logo associada a práticas sexuais entre homens, ficando popularmente conhecida como câncer e peste gay. Neste contexto, chegou a ser chamada pela própria medicina nos EUA de GRID, uma sigla para *Gay Related Immune Deficiency* (imunodeficiência relacionada à gueis).

O nome AIDS veio somente em 1982, e após ter sido adotado temporariamente o nome “Doença dos 5H”, uma referência direta a cinco grupos específicos: homossexuais, hemofílicos, haitianos, heroinômanos (usuários de heroína injetável) e *hookers* (denominação em inglês para profissionais do sexo). Nesta mesma época, foi reconhecida a possibilidade de infecção via contato sexual, seringas e transfusão sanguínea. Após o primeiro caso identificado de infecção via transfusão com sangue contaminado nos EUA, em 1982, um pânico se abateu sobre aquele país no tocante aos estoques de sangue doado. A impossibilidade de realizar testes laboratoriais no sangue fruto de doação e de detectar o vírus em pessoas sem sintomas aparentes, somada a tantas dúvidas acerca da nova doença, levaram o *Food and Drug Administration* (FDA), a agência governamental responsável pela regulação de questões relativas à saúde pública nos EUA, a proibir, em caráter vitalício, em 1983, homens que tivessem tido contato sexual com outros homens desde 1977 de doarem sangue. Em 2015, o mesmo órgão alterou a proibição para os doze meses anteriores à doação no caso de o doador ser um homem guei.

O fato de a doença ter atingido sobretudo sujeitos já tão estigmatizados socialmente favoreceu a produção de um discurso moralista que não somente culpava as pessoas que se infectavam com o vírus, como também reforçava o argumento religioso de se estar diante de um “castigo divino”. Este quadro serviu de munição a uma argumentação reacionária de ataque tanto aos movimentos por liberação sexual, ocorridos nas décadas anteriores ao surgimento da epidemia, como à despatologização da homossexualidade que ocorrera em 1974 nos EUA e em 1985 no Brasil. Estava estabelecida, assim, por meio de uma retórica moralista e com grande ressonância na sociedade, uma correlação que viria a ser duradoura entre homossexualidade e a SIDA.

O desconhecimento somado à esta retórica moralista adotada também por grande parte da imprensa estadunidense e brasileira, que tratavam a nova doença como um enigma que atingia somente homens homossexuais, influenciou a opinião pública e a medicina brasileiras, gerando um pânico que, além de alimentar a associação da doença a homens gueis, fomentou a definição de “grupos em risco”: na prática, uma interdição sanitária que pautou a discussão sobre a nova doença naquele momento, bem como uma forma de demarcar o risco de infecção a determinados sujeitos. O principal dentre estes grupos era o de “homens que fazem sexo com outros homens” (HSH): uma categorização médica que se aplicava tanto aos protocolos referentes ao HIV/AIDS quanto a outras infecções sexualmente transmissíveis e adotada de forma estratégica para fazer referência

somente às práticas sexuais em detrimento de qualquer discussão sobre identidade de gênero e orientação sexual.

Se por um lado o conceito de “grupos em risco” viabilizou a formulação de políticas públicas mais bem direcionadas, por outro, reforçou estigmas, o que não somente intensificou a discriminação contra gueis, mas também contribuiu para acelerar a disseminação do vírus devido ao fato de gerar uma falsa sensação de segurança em quem não pertencia aos ditos grupos. Esta concepção vigorou até meados da década de 1990, quando ficou claro que a doença não era de infecção nem de transmissão exclusiva de homens gueis, mas estava ligada a determinados comportamentos e procedimentos de risco. Assim, a ideia de comportamento arriscado passou a se sobrepor ao conceito de “grupos em risco” na mesma época – meados da década de 1990 – do desenvolvimento e da aplicação de medicamentos antirretrovirais: conjuntos de comprimidos capazes de reduzir de forma significativa a carga viral no organismo de modo a prolongar com qualidade a sobrevivência dos portadores do vírus. O avanço do conhecimento sobre a doença, fato que levou a um consenso científico acerca da forma de transmissão, da não restrição a determinados grupos de pessoas, e sobre o controle da carga viral, foi acompanhado por um avanço significativo no que tange às técnicas laboratoriais de testagem não somente dos indivíduos, mas também do sangue coletado.

Assim, além de uma nova alcunha – SIDA/AIDS – que não foi suficiente para frear o impacto da doença na formação da identidade homossexual, e a despeito dos avanços científicos, o estigma social decorrente do vírus e da doença persistiu afetando a todos os infectados, sobretudo homens gueis, que viram sua orientação afetivo-sexual ser publicamente patologizada. Além disso, o advento da categorização médica HSH, se por um lado buscava uma maior inclusão de homens em geral nos programas de prevenção independentemente de se identificarem como homossexuais, por outro lado desprezava o debate entre prática sexual e identidade, o que impacta diretamente no desenvolvimento de uma consciência política, além de ser extremamente transfóbica. Todos esses fatores não somente serviram de lastro a uma ideologia moralista, em uma sociedade fortemente marcada pela religiosidade e com ciência e medicina impotentes à época – ao ponto de adotarem práticas higienistas na ocasião do surgimento da epidemia – como também deram base à proibição da doação de sangue por homens homossexuais no âmbito jurídico.

3 NEGAÇÃO DO DIREITO À DOAÇÃO DE SANGUE: O ARCABOUÇO JURÍDICO PRÓ PROIBIÇÃO NO BRASIL

3.1 As normas legais

Com uma estrada coberta por ladrilhos tão propícios à exclusão, várias foram as normas legais que subtraíram de homens gueis o direito ao ato altruísta da doação de sangue, gerando discriminação sob manto jurídico e que se concretizou por meio de uma política pública. A atribuição de elaborar, aprovar e publicar as normas referentes aos procedimentos de doação de sangue é da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão vinculado ao Ministério da Saúde (MS) e responsável pela regulação do ciclo do tecido sanguíneo: coleta, processamento e transfusão do sangue e de seus componentes e derivados.

Em 2 de maio de 1985, como resposta inicial e institucional à epidemia, o Ministro da Saúde Carlos Corrêa de Menezes Sant'Anna criou, por meio da Portaria nº 236, o primeiro Programa de Controle da AIDS (hoje Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais) no Brasil. Porém, a iniciativa não somente trazia poucos esclarecimentos como também bebia na fonte do supracitado conceito dos 5H, superado há anos já naquele momento. Além disso, o documento faz jus ao contexto histórico em que se insere, e não somente adere à ideia de “grupos em risco”, inclusive pontuando componentes, como também deixa transparecer de forma explícita uma forte carga moral ao cunhar o termo “promiscuidade”, algo totalmente inadequado em um diploma normativo estatal que deveria se pautar por critérios técnicos. Na prática, o documento proibiu, de forma velada, a doação de sangue por homossexuais ao recomendar a eles que evitassem a doação, conforme trechos a seguir.

b) Grupos em risco: são considerados grupos em risco para a doença:

. **homossexuais e bissexuais masculinos;**

. usuários de drogas injetáveis;

. hemofílicos ou politransfundidos.

1.4 A educação sanitária constará de informação, aos pacientes, dos meios simples de diminuir a transmissibilidade da doença, tendentes a **evitar a promiscuidade sexual e a doação de sangue.**

(...)

c) **Os homossexuais:**

1 – Restringir a atividade sexual a um único parceiro;

2 – **Evitar a doação de sangue** (grifos nossos).⁸

⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 236, de 2 de maio de 1985.** Cria o Programa de Controle da SIDA ou AIDS (hoje Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais). <http://www.aids.gov.br/pt-br/legislacao/portaria-236-de-2-de-maio-de-1985>. Acesso em: 09 nov. 2020.

Em 1993, a despeito dos mais de dez anos desde a identificação e descrição do vírus e da doença, tempo suficiente para inegáveis avanços quanto ao conhecimento sobre prevenção, diagnóstico, e tratamento, o MS, pela primeira vez, de forma expressa e ecoando o conceito e ampliando a abrangência dos grupos em risco – um enorme retrocesso social protagonizado pelo Estado –, excluiu, em caráter definitivo, por meio da Portaria nº 1.376 de 19 de novembro daquele ano, indivíduos “*com história de pertencer ou terem pertencido a grupos de risco para SIDA/AIDS, e/ou que seja ou tenha sido parceiro sexual de indivíduos que se incluam naquele grupo*” conforme trecho a seguir:

3.4.2. SIDA/AIDS todos os candidatos à doação devem receber amplo material informativo sobre os grupos expostos a risco, a fim de que, se incluídos em um deles, não venham a doar sangue. Devem ser incluídos no grupo de risco os indivíduos que pertenceram a estabelecimentos penais, colônias de recuperação de drogados ou de doentes mentais e de outros tipos de confinamento obrigatório. Devem ser obrigatoriamente incluídas na triagem questões relativas aos sintomas e sinais da SIDA/AIDS e ao Sarcoma de Kaposi. **Devem ser excluídos definitivamente** indivíduos com sorologia positiva para anti-HIV e/ou **com história de pertencer ou ter pertencido a grupos de risco para SIDA/AIDS, e/ou que seja ou tenha sido parceiro sexual de indivíduos que se incluam naquele grupo** (grifos nossos).⁹

Com o passar dos anos, fatores como o natural avanço do conhecimento a nível mundial sobre a doença, o desenvolvimento e a aplicação de medicamentos antirretrovirais, e a redução da janela imunológica – período compreendido entre a infecção e a detecção do vírus em exames – para menos de vinte dias a depender do teste realizado, suscitaram debates e geraram resistências na comunidade médica e acadêmica em todo o mundo acerca da restrição de doação de sangue como medida preventiva. Sob este pano de fundo, a ANVISA alterou a proibição permanente para um intervalo de doze meses entre a última relação sexual e o ato da doação de sangue, no caso de homens homossexuais, através da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 343, de 13 de dezembro de 2002:

B.5.2.7.3 - Situações de Risco Acrescido

d) **Serão inabilitados por um ano**, como doadores de sangue ou hemocomponentes, os candidatos que **nos 12 meses precedentes** tenham sido expostos a uma das situações abaixo:

(...)

Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e as parceiras sexuais destes (grifos nossos).¹⁰

⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1993**. Aprova alterações na Portaria nº 721/GM, de 09/08/89, que aprova normas técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. Disponível em: [reedsang.ial.sp.gov.br/site/docs_leis/ps/ps29.pdf](https://www.reedsang.ial.sp.gov.br/site/docs_leis/ps/ps29.pdf). Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁰ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Resolução RDC nº 343, de 13 de dezembro de 2002**. Disponível em: <https://aeap.org.br/wp->

Na prática, homens homossexuais que tivessem uma mínima vida sexual ativa permaneciam cerceados de seu direito de doar sangue, ou poderiam fazê-lo desde que abraçassem a abstinência sexual, na prática uma autoanulação.

Doze anos depois, em 11 de junho de 2014, a ANVISA publicou uma outra RDC: a de número 34,¹¹ e que tinha o objetivo de garantir a qualidade dos processos e dos produtos e a redução de eventuais riscos transfusionais. Esta norma discorre sobre detalhes como “*requisitos dos doadores, o registro necessário para acessar o serviço, e a forma na qual se dará a avaliação clínica*”.¹² O mesmo documento discorre sobre questões clínicas que serão determinantes para uma doação segura para o doador e para o receptor do tecido sanguíneo, tais como peso e temperatura corporal, e trata, ainda, da triagem clínica a potenciais doadores, a qual deverá ser composta por uma entrevista a ser realizada por um profissional de saúde de forma privada e sigilosa. De todo modo, porém, a exclusão de homens gueis como potenciais doadores é reafirmada ainda com mais método:

Artigo 25 (...)

XXX - **os contatos sexuais que envolvam riscos** de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados **inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:**

(...)

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes (grifos nossos).

Ora, toda relação homossexual e somente estas seriam sinônimo de “contato sexual que envolve riscos” de se contrair infecções transmissíveis pelo sangue? E quanto a homens que se identificam como gueis, mas nunca tiveram uma relação sexual com outro homem ou estão em relações estáveis e/ou que usam preservativo de forma correta e frequente? E quanto a heterossexuais que não usam camisinha nas relações sexuais,

content/uploads/2019/10/resolucao_rdc_343_de_13_de_dezembro_de_2002.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹¹ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Resolução RDC nº 34, de 11 de junho de 2014**. Dispõe sobre as boas práticas no ciclo do sangue. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

¹² CASTRO, Caio Felipe Cavalcante Catarcione. **Analidade de risco**: a doação de sangue por bichas em julgamento na ADI 5543. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania), Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/37717/1/2019_CaioFelipeCavalcanteCatarcionedeCastro.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

mesmo estando em relações estáveis? As normas não contemplavam respostas a estas perguntas.

Dois anos depois, com o objetivo de redefinir o regulamento “técnico” de procedimentos hemoterápicos sob o mote de boas práticas e já em um momento em que as questões de identidade de gênero, raça e discriminações estavam muito mais na ordem do dia, o MS publicou, em 4 de fevereiro de 2016, a Portaria nº 158,¹³ a qual, além de discorrer sobre a identificação do doador e as fases da triagem clínica – teste hematológico e laboratorial e entrevista clínica – regulamentava a

atividade hemoterápica no país e elencando critérios de triagem clínica e laboratorial dos candidatos à doação de sangue. Segundo a portaria mencionada, a manutenção da cadeia produtiva do sangue depende dos valores voluntários e altruístas da sociedade para o ato da doação, devendo o candidato à doação de sangue ser atendido sob os princípios da **universalidade, integralidade e equidade** no âmbito do Sistema Único de Saúde. A mesma portaria ainda determina que os serviços de hemoterapia também promoverão a melhoria da atenção e do acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com **isenção** de manifestações de juízo de valor, preconceito e **discriminação por orientação sexual**, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor. (grifos nossos).¹⁴

A despeito de invocar princípios da universalidade, integralidade e equidade no âmbito do SUS, de proclamar a isenção, e de exortar à não discriminação por orientação sexual entre outras, o documento reafirma, em flagrante contradição e de forma expressa e direcionada, a restrição da doação de sangue por homens homossexuais, os quais se viram novamente excluídos do direito ao ato altruísta da doação conforme trecho a seguir do documento:

Art. 64. Considerar-se-á **inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:**
(...)
IV - **homens que tiveram relações sexuais com outros homens** e/ou as parceiras sexuais destes (grifo nosso).

Desde a primeira resposta institucional brasileira à epidemia, em 1985, cujo resultado concreto, a Portaria nº 236, que se baseava no então já superado conceito dos

¹³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁴ CASTRO, Caio Felipe Cavalcante Catarcione. **Analidade de risco: a doação de sangue por bichas em julgamento na ADI 5543**. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania), Universidade de Brasília, Brasília, 2019, p. 15. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/37717/1/2019_CaioFelipeCavalcanteCatarcionedeCastro.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

5H e no questionável de “grupos em risco”, o qual sobrepunha o moralismo a critérios técnicos, passando pela Portaria nº 1.376 de 1993 que ampliou a abrangência dos grupos de risco e excluiu em caráter definitivo homens homossexuais de doarem sangue, até os anos 2000 e 2010, quando, a despeito de salutareos questionamentos acerca das restrições à doação de sangue e do avanço no conhecimento sobre a SIDA – que trouxe de concreto um fato tão determinante como a redução da janela imunológica e a efetividade de métodos de prevenção, como a camisinha, completamente ignorada pelas normas –, a exclusão de homens homossexuais como potenciais doadores de sangue não somente não foi encerrada, como ainda foi aprofundada sistematicamente.¹⁵ Logo, além de as normas contribuírem sobremaneira para a estigmatização de homens gueis, demonstraram que o que ocorreu foi uma definição de grupos ditos de “risco” apontados como responsáveis pela transmissão da doença e que, portanto, deveriam ser interditados.

Após esta definição, passou-se à adoção de diplomas normativos via aparato institucional – sob um ambiente socialmente favorável a tais posturas – no sentido de se justificar a proibição a todo custo. Tanto assim é que, partindo-se de uma restrição inicialmente tímida, passando por uma proibição declarada, e chegando à condição de intervalo de doze meses entre a última relação sexual e o ato da doação, o que se constata não é hemovigilância – conforme aludem os manuais técnicos da ANVISA –, mas, sim, homovigilância, ou seja, uma patrulha ao comportamento de homens gueis, higienismo e normas que na prática mais alimentaram a estigmatização de um grupo social do que tornaram o processo da doação de sangue seguro por si só para doador e receptor e sem discriminações de qualquer natureza.

Ao fim e ao cabo, as normas são fruto de um caldo cultural e de um ambiente socialmente favorável à geração de determinados códigos e de um dado arcabouço jurídico que por sua vez alimenta este mesmo caldo de cultura. Neste sentido, a forte associação entre homossexualidade e SIDA não somente se cristalizou no imaginário popular, como também marcou presença na legislação que regulamentou os procedimentos relativos à doação de sangue e em manifestações públicas via artigos produzidos por juristas que, em alguns casos por meio de uma parceria com profissionais da saúde, defenderam a restrição da doação de sangue por homens gueis com base no

¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1993**. Aprova alterações na Portaria nº 721/GM, de 09/08/89, que aprova normas técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. Disponível em: [redsang.ial.sp.gov.br/site/docs_leis/ps/ps29.pdf](https://www.redsang.ial.sp.gov.br/site/docs_leis/ps/ps29.pdf). Acesso em: 09 nov. 2020.

argumento central, tido como verdade absoluta, de que estes são naturalmente parte de um grupo com risco acrescido para infecção e transmissão do vírus HIV. Vejamos alguns exemplos.

3.1.1 *Constitucional ou inconstitucional?*

No artigo “*Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional?*”, publicado em 2017, o autor, André Moreira Baiseredo, já no resumo emprega um termo que expressa de forma transparente sua visão sobre o tema em questão: “*sangue de qualidade*” (grifo nosso).¹⁶ Esta expressão é bastante problemática, pois pressupõe e reforça uma polarização entre um sangue tido por sujo e impuro – associado não somente à infecção viral, mas, de forma moralista, à perversão e à promiscuidade – em oposição a um sangue considerado limpo, puro e do qual deve ser separado.

Ao apresentar a ADI 5543, o escritor do referido artigo acusa o Partido Socialista Brasileiro (PSB), autor da petição inicial referente à matéria, de ter um “*viés político, e não científico*” (grifo nosso),¹⁷ como se, independentemente do fato de o proponente da tal ação direta de inconstitucionalidade ser um partido político, a política não perpassasse todos os meandros da vida em sociedade. Ora, ser favorável à vedação da doação de sangue por homens gays não é um ato político? Ademais, como não existe vácuo em política, é interessante notar que aqueles que reivindicam uma suposta neutralidade política são sempre os mesmos que estão do lado da ignorância, do ódio e da discriminação.

O autor do artigo propõe um cotejo entre “*opiniões empíricas da população acerca do tema, a evolução e fundamentação científica das normas de vigilância sanitária e os direitos constitucionalmente assegurados*” com o objetivo de aclarar a questão cientificamente, um “*velho problema permeado por um conflito ético*”, segundo

¹⁶ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 377, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁷ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 380, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

ele.¹⁸ Baiseredo prossegue afirmando que “*a triagem clínica dos homens que fazem sexo com homens (...) é por vezes tida como clara configuração de discriminação (...) clamando o ponto por uma análise objetiva, sem submissão às paixões que envolvem o debate do tema*”.¹⁹

Em seguida, “*apenas como ilustração das opiniões empíricas*”²⁰ são apresentadas no artigo duas seções de depoimentos: uma de doadores, que inclui um que alega já ter mentido na entrevista para ser aceito como doador de sangue, e outro que afirma não ter sido perguntado, também na triagem, sobre o uso de preservativo:

É uma sensação até engraçada, de dever cumprido, sinto-me um cidadão melhor, mais participativo. Enquanto eu mantiver um comportamento seguro e tiver certeza de não estar contaminado, **vou continuar mentindo para doar sangue**, até que alguém apresente um argumento razoável para a diferenciação entre gays e heterossexuais nesse questionário.
(...) **Em momento algum fui perguntado sobre ter usado** camisinha nas relações sexuais que tive e essa deveria ser a questão essencial (grifos nossos).²¹

A outra seção é dedicada a profissionais da saúde que, diante dos depoimentos apresentados, se mostraram favoráveis de forma unânime à vedação da doação por homens gues. Ora, a metodologia utilizada, “*opiniões empíricas da população acerca do tema*”,²² é questionável em alguns aspectos: opiniões populares – que são o que se queira, exceto pautadas por ciência e isonomia, sobretudo de terceiros e em um país conservador

¹⁸ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 382, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

¹⁹ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 382, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

²⁰ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 382, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

²¹ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 383, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

²² BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 382, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

e violento como o Brasil – se chocam com o próprio conceito de empirismo, o qual se baseia na experiência prática e sensorial do próprio indivíduo, não de outrem. Além disso, se trata de manipulação fácil e de claro viés de confirmação a inserção somente de depoimentos que corroboram a visão previamente estabelecida do autor do artigo sobre o tema, a mesma pessoa que, de forma contraditória, reivindica em outro trecho análises objetivas e científicas.

A certa altura, o autor do artigo alude ao pânico gerado pela epidemia de SIDA quando de seu surgimento para justificar a adoção dos grupos em risco e afirma que “*um dos fatores relevantes a ensejar uma hemovigilância severa por parte do Estado (...) é o comportamento sexual*”²³ e não a discriminação preconceituosa. Contudo, crava: “*fato que permanece imutável, a sustentar o rigor da norma, até pela própria dinâmica envolvida, é que os homens que fazem sexo com homens continuam adotando um comportamento de risco*” (grifo nosso).²⁴ Aqui, apesar de reconhecer que o termo comportamento de risco é mais adequado do que grupos em risco, ele deixa à mostra que prevalece sua visão de que a relação homossexual seria necessariamente transmissora de doenças, e isto com base no argumento de que o sexo anal desprotegido seria a prática sexual mais arriscada por apresentar risco aumentado para infecções sexualmente transmissíveis, já que a mucosa do reto é mais frágil e, logo, mais suscetível a lesões que seriam porta de entrada para agentes infecciosos.

Porém, ele ignora alguns fatos: que tal prática sexual não se restringe a homens homossexuais, sendo adotada por casais heterossexuais sobretudo por não oferecer risco de gravidez indesejada; que homens gueis podem manter relações estáveis e/ou práticas sexuais protegidas; e que heterossexuais que praticassem sexo desprotegido, inclusive anal, teriam passe livre para doar sangue, situação que também é ignorada pelas mesmas normas legais que citam de forma direta homens que fazem sexo com homens. Nesta lógica, pessoas com parceiros sexuais do sexo oposto, ainda que fixos, mas que não praticassem sexo seguro estariam mais aptas a doar sangue mesmo sendo doadores

²³ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 385, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

²⁴ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 387, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

potencialmente arriscados, configurando flagrante discriminação por orientação sexual, o que fere os princípios da dignidade e da igualdade, ambos resguardados pela Constituição Federal. O primeiro é violado mediante o impedimento do exercício da livre expressão de identidade de gênero e de orientação sexual, e o segundo, em face ao tratamento desigual com base não em uma conduta potencialmente arriscada, mas em um gênero e em uma orientação sexual em específico, uma vez que de homens heterossexuais nada se requer para que doem sangue, ainda que possuam comportamentos de risco, enquanto de homens gueis se exige autoanulação por um ano. Contudo, se para o autor do artigo a causa do problema é o comportamento sexual de homens gueis, logo, a existência deles também é vista como problemática, uma vez que o modo de expressar a própria sexualidade é intrínseco à existência, seja de pessoas hetero seja de homossexuais.

Depois da metade do artigo, o autor assume a tarefa de analisar a questão “*sob a ótica da dignidade da pessoa humana, aqui violada pela suposta discriminação aos HSH*” (grifo nosso).²⁵ Para tanto, ele traz à baila o artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana expresso no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Todavia, Baiseredo deságua na máxima popular rasa e simplista de que o direito de um indivíduo termina onde o de outro se inicia, e afirma que o exercício do direito à dignidade não poderá “*conduzir a abusos*” (grifo nosso),²⁶ levantando o questionamento de como conciliar entrega de sangue fruto de doação sem risco de contaminações ao mesmo tempo em que não se discrimine doadores, dado que ambas as tarefas são atribuição do Estado, segundo a Carta Magna. Com base na máxima de que somente testes laboratoriais não são suficientes para garantir a segurança da transfusão, e mesmo reconhecendo que havia discriminação nas normas de triagem vigentes naquele momento, o autor do artigo conclui que a vedação a homens gueis de doar sangue continuava a ser uma “*necessidade imperiosa*”.²⁷

²⁵ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 390, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

²⁶ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 391, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

²⁷ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 392, maio/agosto de

Mais adiante, Baiseredo reforça o mecanismo de triagem composto por entrevista afirmando que “o *questionário de triagem clínica servirá ao propósito para o qual foi criado se as questões forem respondidas com honestidade*” (grifo nosso),²⁸ sendo, que, segundo ele, diante do conflito entre dois princípios fundamentais, foi o direito à vida privilegiado em detrimento do direito à intimidade (dignidade da pessoa). Conforme o autor do artigo, os argumentos da ADI 5543 estariam esvaziados mediante esta mitigação – não negação – do segundo direito, a qual, em sua visão, não teria como alvo homossexuais, mas sim, fazendo uso de um jogo de palavras, a todo homem que fizesse sexo com outro homem. Indo além, o autor afirma ainda que “*apenas optou-se pela mitigação do respeito à dignidade da pessoa humana, em privilégio do direito à vida e à integridade física do receptor do sangue coletado*” e em nome do “*exercício de direitos pela coletividade*”.²⁹

Ao final e à guisa de ilustração, Baiseredo compartilha uma decisão – acertada, segundo ele, mediante a impossibilidade de se garantir a “*total qualidade*”³⁰ do sangue doado devido ao fator janela imunológica – do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que reconheceu a inexistência de ilegalidade em ação de indenização por dano moral sob alegação do autor da ação de ter havido ato de discriminação por parte da administração pública devido ao fato de ele não ter sido autorizado a doar sangue por ser homossexual.

Com a infeliz expressão “*sangue de qualidade*” logo no início e com o emprego da sigla HSH – a qual demonstra uma visão não humanista e pretensiosamente científica da questão –, o texto de Baiseredo se caracteriza por uma retórica declaradamente

2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

²⁸ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 393, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

²⁹ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 394, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

³⁰ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 395, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

homofóbica. A metodologia “*opiniões empíricas da população*”³¹ é bastante problemática por não possuir rigor científico e por se basear em opiniões e de uma população fortemente marcada pela religiosidade e conservadora, como a brasileira. Logo, uma gritante contradição de alguém que acusa o PSB, proponente da ADI 5543, de possuir viés político e não científico. Como se não bastasse, se alude, de forma simplória, à honestidade dos candidatos à doação na entrevista como sendo determinante para que o mecanismo da triagem clínica sirva a seus propósitos.

Ora, se há algo que o autor do artigo analisado comprova, talvez sem perceber, é que candidatos à doação de sangue já mentiam na entrevista de triagem mesmo quando da vigência da proibição de doação de sangue por homens gays, conforme expresso e demonstrado em um dos depoimentos que constam em seu artigo. Dado que o mecanismo de controle se baseia na boa-fé dos candidatos à doação – algo, aliás, não questionado por Baiseredo –, por que não focar nos protocolos sanitários e estabelecer o uso da camisinha em todas as relações sexuais como algo obrigatório para a totalidade dos aspirantes à doação de sangue e, ao mesmo tempo, cobrar honestidade de todos, sejam hetero, sejam homossexuais, sem exigências adicionais a homens gays? Outro fato demonstrado pelo autor, tão ou mais grave que a mentira na triagem clínica por parte de candidatos à doação, foi a ausência de questionamento na entrevista sobre o uso de preservativo. Por fim, o que se verifica neste artigo, sob um pano de fundo de clamor popular, é uma visão de mundo carregada de hierarquização, a começar pelo sangue, que justifica uma falsa disputa entre direitos, a qual levaria forçosamente a se optar pelo direito do receptor de receber sangue não contaminado, como se o vírus HIV fosse uma exclusividade de homens gays.

3.1.2 Restrição razoável?

No artigo “*Prazo que restringe doação de sangue por homossexual homem é razoável*”, publicado no site Consultor Jurídico no dia 28 de junho (ironicamente Dia e Mês Internacional do Orgulho LGBTI) de 2016, dois médicos e uma advogada defendem, com base em argumentos equivocados e questionáveis, os doze meses exigidos entre a última relação sexual e o ato da doação, prazo vigente nas normas de então.

³¹ BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 382, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

No terceiro parágrafo, afirmam “*que os serviços de hemoterapia têm sido pressionados por doadores a aceitar a doação de sangue de homens que tiveram relações sexuais com outros homens*” (grifo nosso).³² Em seguida, os autores tratam do “*risco de transmitir agentes infecciosos por transfusão de sangue*” e das restrições aplicadas – em especial a homens gueis, um dos grupos mais afetados – quando da eclosão da epidemia de HIV/AIDS, a despeito das quais “*continuava a ocorrer a contaminação de receptores de sangue transfundidos com produto obtido de doadores com testes sorológicos negativos*” mesmo após aplicação, desde 2014, no SUS, de testes com maior sensibilidade como o NAT (teste de ácido nucléico, na sigla em inglês), os quais permitiram a redução da janela imunológica para dez dias no caso do vírus HIV. Mais adiante, com base em um Boletim Epidemiológico do MS³³ que mostrou a prevalência de infecção por HIV em diversos grupos da população brasileira, sobretudo entre heterossexuais, os autores, mesmo reconhecendo este fato, afirmam sem evidências que a tendência de aumento observada entre homens gueis permite a presunção de um risco acrescido:

Presume-se que a frequência de indivíduos na janela dos testes mantenha aproximadamente a mesma proporção na população de doadores de sangue e na de HSHs, ou seja, **maior nesta última, o que permite inferir** do risco relativo de transmissão considerando-se as duas populações mencionadas (grifos nossos).³⁴

Em seguida os autores afirmam que “*mais importante que o suposto direito à doação voluntária do sangue é o dever de preservar a saúde do receptor de sangue*” (grifo nosso) e que a única forma de se evitar a infecção no caso de janela imunológica e de agentes não testados seria por meio da aplicação de triagem clínica/entrevista dos candidatos à doação, o que, segundo eles, ainda que “*possa ser considerado invasivo da intimidade do candidato*”, é considerado “*meio complementar para evitar a doação de sangue do chamado ‘comportamento de risco acrescido’*”.³⁵

³² SANTIS, Gil Cunha de; GUEDES, Maria Cleusa; UBIALI, Eugênia Maria Amorim. **Prazo que restringe doação de sangue por homossexual homem é razoável.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-28/prazo-restringe-doacao-sangue-homossexual-homem-razoavel>. Acesso em: 04 mar. 2021.

³³ BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim epidemiológico de HIV-AIDS de 2019.** Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2019/boletim-epidemiologico-de-hivaids-2019>. Acesso em: 21 mar. 2021.

³⁴ SANTIS, Gil Cunha de; GUEDES, Maria Cleusa; UBIALI, Eugênia Maria Amorim. **Prazo que restringe doação de sangue por homossexual homem é razoável.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-28/prazo-restringe-doacao-sangue-homossexual-homem-razoavel>. Acesso em: 04 mar. 2021.

³⁵ SANTIS, Gil Cunha de; GUEDES, Maria Cleusa; UBIALI, Eugênia Maria Amorim. **Prazo que restringe doação de sangue por homossexual homem é razoável.** Disponível em

Com base nestes argumentos, os autores consideram que a aplicação do prazo de doze meses entre a potencial exposição por via sexual e a doação de sangue seria razoável para garantir a segurança transfusional do receptor, que é quem, segundo eles, se tem a obrigação constitucional de proteger. Para basear tal afirmação, citam o artigo 200, inciso I da CRFB, o qual exorta que ao SUS compete, além de outras atribuições, “*controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos*” (grifo nosso). Ora, neste trecho, a Carta Magna versa sobre o cuidado com os protocolos, não sobre maior ou menor relevância de um indivíduo ou grupo sobre outros, o que vai de encontro ao que os autores afirmam no final do artigo: “*portanto, o direito relevante a ser preservado é o do receptor e não o do doador*”.³⁶

Apesar de os autores afirmarem, mais de uma vez ao longo do artigo, que considerar razoável o prazo de doze meses não se trata de discriminação por orientação sexual, a defesa do prazo é, mais do que concordar com a exclusão, ratificar a discriminação que ocorre na prática. Ademais, afirmar que “*os serviços de hemoterapia têm sido pressionados por doadores a aceitar a doação de sangue de homens que tiveram relações sexuais com outros homens*”³⁷ é chamar de pressão a justa reivindicação de um direito previsto na CRFB e considerar legítima a exclusão ratificada pelas normas. Com relação ao “*risco de transmitir agentes infecciosos por transfusão de sangue*” mesmo após a aplicação de testes sensíveis, se colocam as questões: somente homens gúeis se infectam e transmitem o vírus HIV? Talvez os autores creiam que sim, posto presumirem, em outro trecho, sem evidências, que este grupo possui risco acrescido de transmissão. Por que, em uma inversão da realidade, insistir em um prazo desarrazoado mediante testes avançados que cobrem a janela imunológica? Por fim, por que não aliar o teste NAT ao estabelecimento de um período razoável de janela imunológica e à exigência de uso de camisinha nas relações sexuais de todos os candidatos à doação de sangue, independentemente da orientação sexual deles, estabelecendo, assim, um protocolo

<https://www.conjur.com.br/2016-jun-28/prazo-restringe-doacao-sangue-homossexual-homem-razoavel>. Acesso em: 04 mar. 2021.

³⁶ SANTIS, Gil Cunha de; GUEDES, Maria Cleusa; UBIALI, Eugênia Maria Amorim. **Prazo que restringe doação de sangue por homossexual homem é razoável**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-28/prazo-restringe-doacao-sangue-homossexual-homem-razoavel>. Acesso em: 04 mar. 2021.

³⁷ SANTIS, Gil Cunha de; GUEDES, Maria Cleusa; UBIALI, Eugênia Maria Amorim. **Prazo que restringe doação de sangue por homossexual homem é razoável**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-28/prazo-restringe-doacao-sangue-homossexual-homem-razoavel>. Acesso em: 04 mar. 2021.

equânime e seguro de fato? Graças à tecnologia do teste NAT, é desnecessária e excessiva a exigência de qualquer lapso temporal diferente de dez dias para se coletar sangue para doação de quem quer que seja, de modo que um resguardo de doze meses configura flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

A combinação supracitada seria ideal, pois traria isonomia e tratamento proporcional, além de ser um modo bem mais eficaz de reforçar sobretudo os procedimentos nominados no artigo 200 da CRFB, citado pelos próprios autores em outro contexto, e considerados por eles como infalíveis, posto que descritos como “*a única forma de se evitar a contaminação no caso de janela imunológica e de agentes não testados*”³⁸ Além do exposto acima, os autores deste artigo também demonstram, mediante os argumentos utilizados, uma simpatia pela mesma visão de mundo hierarquizada de Baiseredo, com a qual buscam justificar a falaciosa falsa disputa entre direitos. E vão além, elaborando-a ainda mais quando afirmam que a doação voluntária de sangue seria um direito suposto e inferior ao direito que de fato seria relevante, qual seja o do receptor de receber o líquido vital sem contaminação.

3.1.3 *Ser chamado de homossexual configura dano moral?*

Considerar infalível e nem sequer cogitar como questionável ou passível de melhoria no sentido de se tornar menos discriminatório e mais seguro o procedimento da triagem clínica a possíveis doadores de sangue demonstra não somente miopia e parcialidade por parte de alguns operadores do Direito, como também expressa e exemplifica um processo de enclausuramento do Direito como um todo, que, por vezes se perde num labirinto de normas e códigos divorciados da realidade cotidiana. Isto foi levado às últimas e absurdas consequências em dois casos tratados no artigo “*Preconceito e dano moral. Ser chamado de homossexual não configura injúria, difamação e/ou dano moral*”, escrito por Paulo Iotti, doutor em Direito Constitucional.

Neste artigo, com base no artigo 3º, inciso IV, da CRFB, Iotti demonstra que o preconceito não é um parâmetro juridicamente válido para a definição de um fato como crime de injúria, difamação ou dano moral. Para tanto, ele analisa dois casos relativos à homossexualidade: o caso Rycharlison, de grande repercussão na mídia no ano de 2007,

³⁸ SANTIS, Gil Cunha de; GUEDES, Maria Cleusa; UBIALI, Eugênia Maria Amorim. **Prazo que restringe doação de sangue por homossexual homem é razoável.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-28/prazo-restringe-doacao-sangue-homossexual-homem-razoavel>. Acesso em: 04 mar. 2021.

e o caso relatado em um julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) referente a um homem que foi fotografado em um contexto no qual se inferiu que ele seria homossexual.

Após definir alguns conceitos, entre os quais preconceito e discriminação – e aqui destacamos o dano moral, o qual, segundo o autor, se trata de prejuízo com desequilíbrio ao bem-estar do indivíduo, diferentemente de mero dissabor, o qual se caracteriza por ser passageiro e parte da normalidade do cotidiano –, Iotti analisa primeiramente o caso Rycharlison, em que o conhecido jogador de futebol ingressou com ação penal por injúria e ação civil por danos morais alegando que estaria sofrendo uma série de constrangimentos por parte de um diretor do Palmeiras que, ao ser indagado em um programa esportivo de televisão se era daquele time o jogador que iria se assumir homossexual no programa Fantástico da Rede Globo, respondeu: “*Não, o Rycharlison quase foi do Palmeiras...*” (sic). Ou seja, em sua resposta, o diretor inferiu, ainda que indiretamente e sem tom pejorativo, que o jogador seria homossexual, situação na qual a indenização por danos morais seria justificada devido ao fato de a imputação da homossexualidade ter gerado constrangimentos concretos ao futebolista, como hostilidade por parte da torcida de seu time e oposição de torcidas de outros times à sua contratação. À parte o fato de as partes terem firmado acordo judicial, Iotti destaca alguns absurdos falados pelo juiz ao proferir a sentença e que expressam a visão de mundo de ninguém menos que um operador máximo do Direito, que afirmou que

o futebol seria um jogo “**não homossexual**” pelo fato de ser “**viril e varonil**”, sugerindo que atletas homossexuais deveriam “**abandonar a carreira**” ou fundar uma “**federação própria**” para continuar atuando, já que considerou inconcebível a existência de ídolos homossexuais e que seria “**constrangedor**” a torcedores (especialmente se acompanhados de seus filhos) irem a estádios torcer por atletas homossexuais, que considera pessoas com **problemas existenciais ou de personalidade**. (grifos nossos)³⁹

O outro caso analisado pelo autor teve origem na publicação, no ano de 2001, de uma foto em edição de domingo de um jornal de grande circulação, que ilustrava reportagem intitulada “*Bairro de São Paulo atrai vizinhança homossexual*”. Na matéria, foi incluída a foto de um advogado numa suposta insinuação a gueis de enrustidos e em cuja ação o STJ não somente ratificou o entendimento de que a mera identificação de alguém como homossexual seria passível de indenização por danos morais, como ainda

³⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Preconceito e Dano moral. Ser chamado de homossexual não configura injúria, difamação e/ou dano moral. **Revista de Direito Civil da FADIPA**, 2019, p. 73. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/view/117/79>. Acesso em: 08 mar. 2021.

considerou irrisório o valor estipulado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de sessenta mil reais, aumentando-o para duzentos e cinquenta mil reais, um valor bem maior do que o mesmo Tribunal concedia na época em caso de morte de parente próximo por exemplo, que ficava entre cento e vinte e quatro mil e quinhentos, e duzentos e sete mil e quinhentos reais.

Conforme o acórdão, o “*dano moral*” estaria “*configurado pelo fato de os valores do autor terem sido desrespeitados de modo a violar sua vida íntima, familiar e profissional sob o ‘fundamento’ de que identificar como homossexual quem não o é, agrediria a imagem deste*” (grifo nosso).⁴⁰ Segundo Iotti, tal decisão do STJ, no mínimo, ratificou o preconceito social, afirmando, ainda que de forma implícita, que a dignidade de um heterossexual teria sido desrespeitada devido à sua identificação como homossexual, algo indignificante à cidadania de homossexuais em geral, visto que tal consideração apontaria para uma suposta superioridade da heterossexualidade sobre a homossexualidade, o que só pode se basear em puro e simples preconceito, ou seja, “*por juízo de valor desarrazoado, irracional, por desprovido de lógica e racionalidade que lhe sustente*”.⁴¹

O autor conclui afirmando que o homossexual não é inferior ao heterossexual, que homossexualidade, bissexualidade e heterossexualidade são manifestações igualmente legítimas da sexualidade humana, que orientação sexual não tem qualquer relação com promiscuidade ou pedofilia, e que a heterossexualidade não é sinônimo de moralidade nem de monogamia. Iotti também afirma que considerar a homossexualidade uma inversão sexual é fruto de heterossexismo social, ou seja, de uma visão de que a heterossexualidade seria a única manifestação socialmente aceitável pois somente seria natural o desejo erótico/afetivo por alguém de sexo oposto. Assim, o autor conclui que não se poderia considerar que a mera identificação de alguém como homossexual configuraria uma ofensa e, pior, crime de injúria/difamação e/ou um dano moral passível de indenização, na medida em que a imputação de homossexualidade não pode ser considerada algo ofensivo. No caso Rycharlison, a despeito do adequado posicionamento

⁴⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Preconceito e Dano moral. Ser chamado de homossexual não configura injúria, difamação e/ou dano moral. **Revista de Direito Civil da FADIPA**, 2019, p. 78. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/view/117/79>. Acesso em: 08 mar. 2021.

⁴¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Preconceito e Dano moral. Ser chamado de homossexual não configura injúria, difamação e/ou dano moral. **Revista de Direito Civil da FADIPA**, 2019, p. 80. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/view/117/79>. Acesso em: 08 mar. 2021.

público do jogador de que não há desonra na homossexualidade, ele se equivocou por considerar como ofensivo o simples fato de ter sido identificado como homossexual. Com relação ao absurdo acórdão proferido pelo STJ, que não somente concordou que a identificação de um heterossexual como homossexual configurava uma ofensa, mas ainda considerou irrisória a indenização inicial mais que quadruplicando seu valor, Iotti afirma que tal decisão referendou o preconceito social contra a homossexualidade, algo inconstitucional por conflitar com a aplicação de preconceitos em valorações jurídicas conforme artigo 3º, inciso IV, da CRFB, bem como da “*exigência de lógica e de racionalidade da isonomia e da razoabilidade*”.⁴² A isto adicionamos a observação de que, a partir da postura e da decisão do STJ se pode inferir que, segundo esta corte, em termos de recursos financeiros, seria preferível a morte à identificação como homossexual. Ou, ainda, que tal identificação seria mais de quatro vezes pior que a morte.

3.2 O direito fundamental ao reconhecimento e as variadas violações

O arcabouço jurídico tem papel relevante no processo de naturalização de variadas dinâmicas sociais. As mudanças no Direito não somente se seguem às dinâmicas sociais e culturais, como também as promovem, de modo que o Direito tem o poder de gerar mudanças e de reparar injustiças consolidadas historicamente. Mas nem sempre assim o é. Por exemplo: em contraposição ao reconhecimento, pelo STF, em 2011, da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar homoafetiva, homens homossexuais se viram cerceados de modo surpreendente e anacrônico do direito ao ato altruísta da doação de sangue e com base não somente em uma visão, mas em uma prática do Direito que considera que toda e qualquer relação homossexual implica inequivocamente em comportamento de risco e em vetor de infecções. Como se não bastasse, tal restrição foi justificada com argumentos discriminatórios como “*sangue de qualidade*”, os quais serviram de base a uma hierarquização/falsa disputa que considera alguns direitos mais relevantes que outros, sendo estes outros considerados abusos e sua reivindicação chamada de pressão, quando o foco deveria ser no fortalecimento dos protocolos sanitários sem discriminações de qualquer natureza. No campo do Direito, trata-se de um retrocesso civilizatório, visto que o que inicialmente se tratava de

⁴² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Preconceito e Dano moral. Ser chamado de homossexual não configura injúria, difamação e/ou dano moral. **Revista de Direito Civil da FADIPA**, 2019, p. 82. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/view/117/79>. Acesso em: 08 mar. 2021.

recomendação, se tornou em comando vinculante e acabou por compor, lamentavelmente, uma dogmática jurídica discriminatória.

No que se refere a fatores como caldo cultural e ambiente socialmente favorável à geração de determinadas normas e códigos, segundo Fraser, a injustiça sofrida por homens homossexuais seria decorrente de “*padrões institucionalizados de valor cultural que constroem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezível*”.⁴³ Com base nesta afirmação, Cardinali conclui que,

neste sentido, o não-reconhecimento ocorre quando instituições desenvolvem políticas manifestas e públicas baseadas em normas e padrões culturais que impedem alguém de participar como um membro pleno da sociedade, i.e., que negam a sua paridade de participação.⁴⁴

Logo, a vedação à doação de sangue por homens homossexuais representa um desrespeito ao reconhecimento deste grupo na esfera do autorrespeito e da autoestima – ao considerá-los inferiores e dado que o sujeito que não se vê reconhecido no ordenamento jurídico possui um menor senso de autorrespeito –, bem como, conforme exposto, viola princípios da dignidade, da igualdade e da proporcionalidade, atua no sentido de perpetuar estereótipos estigmatizantes e serve de justificativa à violação de direitos. Além disso, este desrespeito ao reconhecimento ainda transmite uma mensagem pública que chancela questionamentos se homens homossexuais de fato seriam cidadãos plenos e dignos de direitos.

A possibilidade de contribuição social via doação de sangue foi vedada a homens homossexuais por meio de normas desproporcionais, com base em concepções já superadas e que podem ter sido aplicáveis apenas e tão somente em um determinado contexto histórico passado. O sangue é uma substância carregada de simbolismos, tendo sido base até mesmo para a hierarquização persecutória de pessoas em um passado tenebroso da história humana. A epidemia de SIDA e a fobia social por ela gerada atuaram no sentido de se criar uma dualidade sangue “sujo” versus o dos demais, o que também acabou por influenciar as políticas públicas referentes à doação de sangue, que por sua vez deveriam se pautar por condutas de risco, não importando por quem adotadas. Assim,

⁴³ FRASER, Nancy. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition?:** a political-philosophical exchange. Londres: Verso, 2003, p. 18.

⁴⁴ CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth: Natal: **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v.9, n.2, p. 124, junho de 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12256>. Acesso em: 13 set. 2021.

a revogação da proibição da doação do líquido vital por homens homossexuais, por configurar desrespeito e gerar injustiça a estes sujeitos no tocante ao direito fundamental ao reconhecimento, representaria não apenas uma poderosa imagem pública de igualdade que iria contribuir com o combate a uma visão destes sujeitos como perigosos, menos humanos e menos cidadãos, mas significaria sobretudo ação reparadora com grande potencial transformador a longo prazo, considerando os significados atrelados ao ato da doação de sangue, o que encerraria uma discriminação promovida pelo Estado brasileiro com base na orientação sexual e geraria efeitos significativos no sentido da igualdade de direitos via um ordenamento jurídico igualitário de fato.

4 REAÇÃO E REPARAÇÃO

4.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543

Em 2020, o termo “assintomático” voltou ao vocabulário cotidiano por força da pandemia do vírus corona. O desconhecimento acerca da doença por ele provocada (covid-19), o caráter randômico da letalidade – devido à possibilidade de portadores sem sintomas serem capazes de transmitir o vírus, podendo levar a novos infectados e à morte – e a falta de vacina nos primeiros meses do flagelo levaram à decretação da pandemia pela OMS em 11 de março daquele ano. Como ocorre em toda situação de emergência sanitária, um dos efeitos diretos da pandemia foi uma queda acentuada na quantidade de doadores de sangue devido a vários fatores, mas, sobretudo, ao isolamento social, justamente uma das principais medidas de prevenção contra a nova doença. Este quadro de queda nos estoques dos bancos de sangue é crítico, pois se trata de substância que permanece vital no mínimo para pacientes que já faziam uso dele e cuja falta pode representar ameaça à vida de quem venha a dele precisar.

Em 2 de abril de 2020, vinte e dois dias após a decretação da pandemia, o FDA, órgão equivalente à ANVISA nos EUA, reduziu para três meses o intervalo entre a doação de sangue e a última relação sexual no caso de o doador ser homem homossexual, proibição originalmente vitalícia e que passou a ser de doze meses em dezembro de 2015. A regra de três meses também passou a ser aplicada a mulheres que fizeram sexo com homens gueis e a pessoas que fizeram tatuagem ou piercing. É neste contexto e como um esforço no sentido de no mínimo manter em níveis razoáveis os estoques dos bancos de

sangue que a ADI 5543 voltou à pauta do plenário do STF, após o pedido de vista que interrompeu a sessão de 2017.⁴⁵

Em 7 de junho de 2016, o PSB protocolou ADI com pedido de medida cautelar, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade e suspensão imediata em caráter liminar das normas da ANVISA e do MS em face do absurdo tratamento discriminatório gerado por elas e, ao fim e ao cabo, exercido pelo Estado brasileiro via política pública. Deste modo, foram impugnados os dispositivos legais que consideravam homens homossexuais inaptos para a doação de sangue pelo período de doze meses a partir da última relação sexual, quais sejam: artigo 64, inciso IV, da Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016 do MS⁴⁶ e o artigo 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34, de 11 de junho de 2014 da ANVISA.⁴⁷ A petição inicial, composta por um texto de vinte e sete páginas, apresenta já no início a tônica pela qual irá se pautar: as normas que geram o impedimento da doação de sangue por homens homossexuais são uma “*restrição de direito baseada em orientação sexual. Medida irrazoável e desproporcional*”, além de serem uma afronta direta não somente à Constituição, mas também à “*dignidade humana, à construção de sociedade justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, e aos princípios da igualdade e proporcionalidade*”.⁴⁸

Após um detalhamento das normas alvo, se joga luz sobre o cabimento e, a seguir, sobre o mérito, mesma seção em que são desenvolvidos os conceitos de universalidade dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, sendo esta

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543** – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta julgada procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁴⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 10 nov. 2020.

⁴⁷ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Resolução RDC nº 34, de 11 de junho de 2014**. Dispõe sobre as boas práticas no ciclo do sangue. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543** – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta julgada procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 14 set. 2021.

considerada “*princípio fundamental da ordem constitucional, (...) o pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico e toda a Constituição Federativa do Brasil*”.⁴⁹ No que se refere a violações da dignidade humana e práticas discriminatórias, o texto da ADI 5543 destaca a homofobia, fruto da mesma intolerância que afeta outros grupos e que segue a mesma lógica de inferiorização: “*A construção da diferença homossexual é um mecanismo jurídico bem rodado que permite excluir gays e lésbicas do direito comum (universal), inscrevendo-os (as) em um regime de exceção (particular)*” (grifo nosso).⁵⁰

Em seguida, o texto da ação aprofunda os princípios da igualdade e da proporcionalidade declarados no artigo 5º, LIV, da CRFB, bem como trata do caráter discriminatório das normas por partirem do pressuposto de que homens gays ou bissexuais fariam parte necessariamente de um grupo com risco acrescido, destacando que a ideia de “grupos de risco” fora substituída pelo conceito de comportamento arriscado. Neste ponto, a partir da transcrição de artigo jornalístico da antropóloga e professora Débora Diniz, se crava:

A pergunta central para a saúde pública e para a segurança do sangue é se o doador é alguém com cuidados de saúde nas práticas sexuais: desimportante é saber como se identifica no campo sexual ou quais são suas preferências de prazer. A pergunta para proteger os pacientes adoecidos à espera de sangue é mais simples: “você usa camisinha ou não nas relações sexuais?”⁵¹

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543** – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta julgada procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543** – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta julgada procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543** – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta julgada procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 14 set. 2021.

A ADI 5543 trata ainda do argumento de que a prática do sexo anal conteria maiores riscos de transmissão devido à maior fragilidade desta mucosa. Porém, lembra que tal prática não é exclusiva de homens nem de relações homoafetivas, que o risco não está na orientação sexual nem no gênero dos indivíduos envolvidos e que o vírus se espalhou de modo generalizado e indiscriminado entre população. Em seguida, é tratada a questão da janela imunológica, que foi reduzida para dez dias no caso do vírus HIV graças à implantação do teste NAT no SUS e que seria coberta com folga com um prazo de um ou dois meses, de modo que seria muito mais razoável e eficaz se o dispositivo estabelecesse como critério e protocolo para se doar sangue que os candidatos tenham praticado relações sexuais somente com o uso de preservativo e em um período de tempo suficiente para cobrir a janela imunológica. Em 6 de setembro de 2016, a Procuradoria Geral da República (PGR) se manifestou nos autos da ADI 5543 favoravelmente à declaração de ilegalidade e pela suspensão das normas restritivas.

Por fim, a violência praticada contra a população LGBTI foi objeto de destaque com base em dados, ainda que subnotificados, do ano de 2012. Na conclusão, se aponta falha do Estado tanto em coibir tal violência quanto na demora processual para a concessão de medida cautelar sobre o objeto da ação, o que afeta a necessidade diária de milhares de brasileiros de obter doações do tecido vital em um contexto de *déficit* nos estoques dos bancos de sangue já em um período pré-pandemia.

O julgamento da ADI 5543 ocorreu em 19 de outubro de 2017, sessão na qual ocorreu sustentação oral dos representantes legais do PSB e dos *amicus curiae* (“amigos da corte”) - entidades da sociedade civil admitidas a se expressarem no julgamento dada a pertinência social do tema. Após proferido o voto do Ministro Relator, a sessão foi suspensa. A segunda sessão referente ao julgamento da ação ocorreu em 25 de outubro de 2017, ocasião na qual, após o voto do Ministro Alexandre de Moraes – que divergiu do Relator julgando a ação parcialmente procedente e sugerindo quarentena para bolsas contendo sangue fruto de doação de pessoas homossexuais, o que não somente mantém o caráter discriminatório das restrições como é tecnicamente inviável – e após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, que votaram acompanhando o Relator, a sessão foi novamente suspensa. A terceira e seguinte sessão relativa à matéria, ocorrida em 26 de outubro de 2017, foi suspensa sem previsão de retomada mediante pedido de vista antecipada dos autos por parte do Ministro Gilmar Mendes.

Assim, posicionaram-se pela inconstitucionalidade das normas o PSB, a PGR e as entidades representadas pelos *amicus curiae* (“amigos da corte”). E pela

constitucionalidade e manutenção das normas posicionaram-se o MS, a ANVISA - que basearam seus argumentos no princípio da precaução e na segurança de doadores e receptores de sangue -, e a Advocacia Geral da União (AGU), a qual alegou que a ação nem deveria ser julgada por perda do objeto, visto que um dos itens contidos da ADI 5543, a Portaria nº 158/2016 havia sido revogada por um ato do próprio MS, em 28 de setembro de 2017.⁵² Subsidiariamente, também com argumentos baseados em uma alegada segurança do receptor, a AGU pugnou pela improcedência da ação, caso fosse admitida.

4.2 Pedras no caminho: os votos pró proibição

Dois anos inteiros se passariam até que o julgamento da ADI 5543 fosse retomado, em 1º de maio de 2020, quando foi iniciado julgamento virtual devido à nova realidade imposta pelo vírus corona. O julgamento virtual foi finalizado em 8 de maio de 2020 e, graças aos votos dos Ministros Carmen Lúcia, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que consideraram as normas inconstitucionais, a ação foi julgada procedente por sete votos a quatro, sendo vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, o do Ministro Alexandre de Moraes. Não obstante, no dia seguinte, o MS divulgou que as normas contidas na Portaria nº 158 permaneciam vigentes e, no dia 14 de maio, a ANVISA chegou a enviar ofício a todos os hemocentros do país orientando pela continuidade do tratamento discriminatório até que o julgamento da referida ADI fosse encerrado de forma definitiva. Sob alegação de possibilidade de recurso, a agência e o MS ignoraram de forma deliberada a decisão e a publicação da ata do julgamento, considerando, de forma negligente, ilegal e contrariando a jurisprudência pacífica do STF, a data da publicação do acórdão - que ainda não havia ocorrido - como sendo a conclusão do julgamento. Somente após apresentação de Reclamação no Supremo por cinco entidades do Movimento LGBTI em conjunto com o partido Cidadania requerendo o cumprimento imediato da decisão é que o MS, em 12 de junho, e a ANVISA, em 8 de julho, revogaram as normas restritivas à doação de sangue por homens homossexuais.

⁵² BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 10 nov. 2020.

Com o objetivo de se demonstrar tanto a natureza dos argumentos a favor da manutenção das restrições quanto os percalços existentes a nível institucional, serão expostos e analisados os votos de dois ministros que votaram pela improcedência da ação, ou seja, que consideraram constitucionais as normas impugnadas. São eles: Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. No caso do voto do Ministro Marco Aurélio, após resumir o teor da ação e citar as normas impugnadas, o magistrado afirma, já indicando, ainda que de forma sutil, como a questão é vista por ele: “*cumpre definir, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da não discriminação, a constitucionalidade da medida, voltada à proteção da saúde pública*” (grifo nosso). Logo a seguir, ele é mais explícito:

Ao limitar temporalmente a doação de sangue por homens homossexuais, em razão da prática sexual, a providência questionada integra conjunto maior de cautelas adotadas pelo Estado brasileiro com o objetivo de resguardar a saúde pública e, alfinim, **a integridade do receptor**. O Poder Público, diante de dados concretos a evidenciarem **risco revelado ante determinadas condutas**, possui o dever constitucional de implementar políticas protetivas (grifos nossos).⁵³

Neste ponto, o Ministro parece considerar, de forma extrema, como sendo sinônimos saúde pública e integridade do receptor, claramente fazendo uma opção por estas em detrimento do que ele chama pejorativamente de “*determinadas condutas*”, contudo, sem as especificar. O Ministro prossegue tentando justificar a vedação a doação de sangue por homens gues citando outras restrições contidas na Portaria nº 158/2016:

A inaptidão temporal não é exclusiva à população masculina homossexual, sendo observada também quanto a cidadãos que se envolvam com prostituição, hajam feito tatuagem ou piercing em situações de risco, ou possuam parceiros sexuais diversos, ocasionais, desconhecidos ou que tenham contraído doenças sexualmente transmissíveis, dentro do mesmo período de doze meses. O ato normativo prevê, ainda, no artigo 53, § 2º, limitações aplicáveis a indivíduos oriundos de regiões, nacionais ou internacionais, onde haja endemias ou epidemias confirmadas de doenças infecciosas, os quais devem observar o lapso de trinta dias para doarem sangue.⁵⁴

Porém, cabe lembrar que a ADI 5543 impugna, na Portaria nº 158, especificamente o artigo 64, inciso IV. Além disso, demais restrições por si só não servem de justificativa para a norma alvo da ação. Interessante observar que o ato normativo

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMMA.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁵⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 10 nov. 2020.

citado pelo Ministro prevê um período de trinta dias de quarentena para viajantes provenientes de regiões onde haja epidemias. Contudo, o Ministro Marco Aurélio ignora o fato de que a vedação por ele considerada como constitucional prevê, de forma desproporcional e sem justificativa razoável, doze meses de resguardo sendo que a janela imunológica no caso do HIV é de dez dias mediante o teste utilizado no SUS. Não bastasse isso, após negar que se trata de preconceito e novamente enaltecer a saúde pública, o magistrado falta com a verdade quando afirma que se pleiteia o impedimento da triagem prévia:

Descabe partir da **óptica do preconceito** quando em jogo a **saúde pública**. Caso contrário, corre-se o risco de inviabilizar a segurança do próprio sistema de coleta de sangue, uma vez **impedida a realização de triagem prévia** visando a identificação de quadros nos quais o risco extrapola o razoável (grifos nossos).⁵⁵

É fundamental se aclarar que em nenhum momento se reivindicou o fim da triagem clínica. Ao contrário: se pretende, com a ação, que ela seja revista e ajustada no sentido de se tornar não somente isonômica, na medida em que passaria a dispensar tratamento igualitário ao aplicar as exigências protocolares a todos os candidatos à doação de sangue independentemente de sua orientação sexual, como também mais segura para todos: candidatos à doação e receptores do tecido sanguíneo. Sobre isso, consta da petição inicial da ADI 5543, de forma objetiva:

Não se pretendem suprimir, com esta ação direta, em absoluto, as imprescindíveis cautelas que envolvem a doação de sangue, voltadas a assegurar a higidez do sistema de hemoterapia, livre de contaminação por vírus HIV e outros. Contudo, as normas criam rótulos que deslocam o foco do risco apresentado por determinados comportamentos e práticas, para noções estereotipadas sobre estilos de vida e orientação sexual, o que termina por estigmatizar grupos já alvo de preconceito e violência (homens gays e bissexuais) e imunizar outros (homens heterossexuais e mulheres). (grifo nosso).⁵⁶

O Ministro Marco Aurélio segue e afirma, novamente de forma equivocada, que nem mesmo aumentar os estoques dos bancos de sangue pode servir de motivo para

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMMA.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543** – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta julgada procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 14 set. 2021.

“atropelo dos requisitos mínimos de segurança”.⁵⁷ A seguir, ele cita “o efetivo risco a envolver as pessoas do sexo masculino que mantenham relações sexuais com indivíduos do mesmo gênero”⁵⁸ com base em dados da UNAIDS,⁵⁹ segundo os quais o risco de infecção por HIV seria vinte e seis vezes maior entre homens que fazem sexo com homens. O tema risco acrescido será abordado posteriormente, pois o argumento também é utilizado pelo Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto.

O Ministro Marco Aurélio finaliza seu voto divergindo do relator e afirmando que

ainda que **ainda que se possa ter a medida como severa**, no que declarado inapto, por doze meses, o candidato enquadrado nas situações previstas nas normas impugnadas, tem-se providência condizente com o bem jurídico maior que se pretende resguardar – a **saúde pública** (grifo nosso).⁶⁰

Apesar de reconhecer que o prazo de doze meses é severo, logo injusto e desmedido, o Ministro não se detém sobre tal injustiça e prossegue de forma atropelada, alegando a constitucionalidade das normas. Esta visão, que pressupõe uma hierarquia seletiva e falaciosa entre direitos, e que já foi já tratada anteriormente, é também equivocada sobretudo porque, se a saúde é pública por princípio, ela deveria atender a todos sem distinção. Tal postura se choca frontalmente com os princípios constitucionais da dignidade humana (artigo 1º, III da CRFB), da proporcionalidade e da igualdade (artigo 5º, *caput* e LIV) e com os objetivos da República (forma de governo na qual o povo é soberano) de construir uma sociedade justa e solidária, reduzir desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo e outras formas de discriminação (artigo 3º, I, III e IV).⁶¹

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMMA.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMMA.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁵⁹ UNAIDS. **Estatísticas**. Disponível em: <https://unids.org.br/estatisticas>. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMMA.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543** – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta julgada procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 14 set. 2021.

No voto do Ministro Ricardo Lewandowski, após detalhar as normas alvo da ação, já de início ele deixa claro sua visão sobre o tema: “*a saúde pública de um lado, e o postulado da dignidade humana e o princípio da não discriminação, de outro. Estamos diante da árdua tarefa de sopesar esses interesses igualmente relevantes e válidos*”. Ignorando os protocolos referentes à doação – que já incluem triagem clínica composta inclusive por questionário –, o Ministro prossegue:

Parece-me possível, conforme já ressaltado por Ministros que me antecederam, admitir a listagem das **condutas de risco** que estejam abarcadas pelas normas impugnadas. Neste caso, **cabará às autoridades sanitárias apresentar questionário** para, ante eventual enquadramento na prática de conduta de risco, aplicar-se a **quarentena correspondente**, observando-se, assim, o dever de **proteção à saúde do receptor**. De toda forma, **não me parecem discriminatórias** as normas em questão (grifos nossos).⁶²

Apesar de falar em condutas de risco passíveis de listagem, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que caberia às autoridades sanitárias apresentarem questionário para aplicação de quarentena mais adequada. Ora, as autoridades não somente já definiram protocolos para a doação de sangue, como estes já incluem triagem clínica composta por questionário, além de exames clínicos e laboratoriais. O que se impugna, com a ADI 5543, são as normas específicas que geram discriminação, prática negada pelo magistrado. Ao final desta fala, ele já deixa claro como irá votar: seguindo o critério de hierarquização de direitos, ele elege a saúde do receptor como superior e afirma considerar razoáveis as normas em questão.

Após a citação de um artigo publicado no jornal Folha de São Paulo naquele mesmo dia, o ministro afirma que “*no que tange especificamente à questão da janela imunológica, penso que não cabe a esta Suprema Corte decidir sobre o seu prazo, que deve ser definido pelas autoridades sanitárias*”.⁶³ Com relação à janela imunológica, ela já está definida graças ao avanço da ciência e do conhecimento acerca da doença. O que se pleiteia é o fim de uma flagrante exigência adicional e injustificada que gera uma discriminação imposta somente a homens gueis. Antes de concluir votando pela improcedência do pedido, o Ministro afirma, ainda, que

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMRL.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMRL.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

o Supremo Tribunal Federal deve adotar uma postura **autocontida** diante de determinações das autoridades sanitárias quando estas forem embasadas em **dados técnicos e científicos devidamente demonstrados**. (...) evitando interferir em políticas públicas cientificamente comprovadas, especialmente quando forem adotadas em **outras democracias desenvolvidas** ou quando estejam **produzindo resultados positivos** (grifos nossos).⁶⁴

O termo “*autocontido*” resume bem a visão do ministro com relação à postura que caberia à Corte e à questão em julgamento. Com relação a dados cientificamente comprovados, como formas de transmissão, de prevenção e de tratamento, comportamento de risco e janela imunológica, eles já são consenso na comunidade acadêmica e científica. Tanto é assim que, no segundo parágrafo do mesmo artigo citado pelo Ministro, os próprios autores informam que a janela imunológica no caso do vírus HIV é de dez dias. O que não é técnico nem cientificamente comprovado é a imposição de um prazo sem razão a um determinado grupo da sociedade, motivo pelo qual se provocou o Judiciário buscando reparação.

Neste mesmo trecho, o magistrado também deixa transparecer uma visão e postura subserviente do Brasil em relação a outros países – no caso, em referência indireta aos EUA, onde a quarentena exigida a homens gays que quisessem doar sangue também foi de exatamente doze meses entre dezembro de 2015 e abril de 2020. Interessante observar que tal subserviência é, sobretudo, parcial, visto que serve para replicar localmente condutas discriminatórias, mas não quando elas se referem a medidas progressistas, como a de abril de 2020 do FDA, que reduziu o prazo entre última relação sexual e a doação de sangue para três meses para vários grupos, entre eles o de homens gays. Sobre eventuais resultados positivos citados pelo Ministro, ele não os especifica.

Com relação à alegação de risco acrescido para transmissão de vírus HIV no caso de homens gays, não é o que mostram os dados dos Boletins Epidemiológicos do MS⁶⁵ referentes à infecção em indivíduos com treze anos ou mais no Brasil ao longo de mais de dez anos. Entre 2007 e 2019 – ano imediatamente anterior ao julgamento da matéria – heterossexuais representaram 57,75% dos infectados, tendência que se manteve entre 2007 e 2020, quando heterossexuais representaram 57,34% do total de infectados

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMRL.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim epidemiológico de HIV-AIDS de 2020**. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2020/boletim-epidemiologico-hivaids-2020>. Acesso em: 21 mar. 2021.

pelo vírus. Além disso, conforme dados da UNAIDS,⁶⁶ membros das populações-chave – segmentos mais vulneráveis à doença, compostos por homens gueis e bissexuais, trabalhadores sexuais, usuários de drogas, travestis, pessoas privadas de liberdade – e seus parceiros sexuais representaram 45% de todas as novas infecções por HIV em 2015, ou seja, menos da metade do total, sendo apenas uma fração deste universo composta por homens homossexuais. Assim, qual seria a base para se afirmar que há risco acrescido de infecção por HIV no caso de gueis?

Por último, mas não menos importante, um fator relevante a ser observado é o tamanho dos dois votos analisados: no caso do voto do Ministro Marco Aurélio, quatro páginas, sendo uma e meia dedicada a informações protocolares, e, no caso do Ministro Ricardo Lewandowski, cinco páginas, sendo também uma e meia dedicada aos mesmos fins e mais de uma usada para a transcrição das normas impugnadas e do artigo jornalístico citado. Isto demonstra a pouca atenção dispensada à matéria, fato este que norteou as decisões dos magistrados, posto que um deles considerou o prazo severo e passível de revisão, porém, não votou neste sentido, e que ambos alegaram inverdades ao mesmo tempo em que ignoraram dados técnicos, fruto de consenso e comprovados cientificamente. Assim, com votos embasados em uma visão que privilegia uma das partes: o receptor do tecido sanguíneo, e ignorando não somente os procedimentos referentes à doação de sangue, mas também o teor e o objetivo da ação, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski consideraram constitucional, logo, razoável, o intervalo de doze meses entre a última relação sexual e a doação de sangue exigido exclusivamente de homens gueis.

4.3 A reparação se faz verbo: o voto do Relator

Em busca dos significados da decisão colegiada, que ocorreu não somente em sintonia com o voto do Relator, mas que seguiu uma tendência do STF nos últimos anos por reconhecimento de direitos da população LGBTI e uma inclinação mundial de revisão da descabida restrição – temporária ou definitiva a depender do país – do direito de homens gueis doarem sangue, nos debruçaremos sobre o voto do Relator da matéria, Ministro Edson Fachin. Em documento de quarenta páginas, a manifestação se inicia com

⁶⁶ UNAIDS. **Saiba por que a prevenção do HIV em populações-chave é tão importante para o fim da epidemia de AIDS.** Disponível em: <https://unaid.org.br/2016/11/prevencao-do-hiv-em-populacoes-chave>. Acesso em: 21 mar. 2021.

um introito onde o magistrado reconhece o instrumento utilizado como adequado para aferição da constitucionalidade das normas impugnadas mediante sua “*alta densidade normativa*”, afirmando que a questão posta possui significado especial devido sua relação direta com o âmago do princípio da dignidade humana, o que torna imperiosa a apreciação do STF.⁶⁷

Ao passar ao exame do mérito da ação, o Ministro abre o proêmio, em demonstração de verdadeira empatia, se recusando a encarar a questão posta nos autos “*com olhos cerrados e ouvidos moucos para o aflito apelo que vem do Outro*”. E prossegue apontando como sendo consequência direta da aversão à alteridade a aniquilação existencial, ou seja, o assassinato da população LGBTI por ódio, algo tão comum no Brasil e fato que coloca o país como campeão mundial neste quesito. Por conseguinte, o Relator destaca o sangue que tem sido derramado em nome do preconceito, afirmando ser impossível ignorar a “*violência física e simbólica*” a que diariamente está submetida a população LGBTI no Brasil. Deste modo, o tecido vital – “*metáfora perfeita do que nos faz inerentemente humanos*” e “*prova pulsante de pertencimento a uma mesma espécie*” – que não poderia servir à diminuição da humanidade de quem quer seja, sobretudo por viabilizar o ato empático de doação, tem aqui sua dignidade resgatada em seus aspectos biológicos e significados simbólicos, visto não apenas estar no âmago da matéria em questão sob um ângulo de hierarquização, como também já ter servido de base para perseguição e violência em momentos passados da trajetória humana.

O proêmio é concluído com a afirmação de que a exclusão “*a priori*” requer justificativa aprofundada e que se está diante de uma regulamentação que toca diretamente a dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa República e do Estado Constitucional por ela vivificado, não sendo possível coadunar com a diminuição deste princípio maior tolhendo parcela da população de sua humanidade ao lhe negar sem justificativas a possibilidade de exercer empatia e alteridade, de modo que o desate da questão posta passa necessariamente pelos direitos da personalidade e pelos princípios fundamentais de dignidade, liberdade e igualdade, todos à luz da CRFB.

Em seguida é proposto um “*exercício anterior de compreensão sobre o lugar do outro no Direito, a fim de que a alteridade seja o embasamento ético do fazer decisório*”,

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Edson Fachin no julgamento da ADI 5543.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADI5543.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

e isto “à luz da narratividade constitucional, do direito constitucional positivo, dos tratados internacionais de direitos humanos e da triste realidade a que se submete essa minoria”. Após algumas citações, o Relator aponta que a resposta a ser dada deve refletir a necessidade do outro, e que “o tratamento dispensado ao sangue desses homens – e, por consequência, a eles próprios – coloca em xeque fundamentos e direitos constitucionais”. Em seguida, ele questiona se seria justificável o estabelecimento, mesmo que indireto, de um grupo – e não de condutas – de risco a partir da orientação sexual de alguns sujeitos, bem como sua submissão e a de suas eventuais parceiras a medidas restritivas ao ato empático de doar sangue. Ao que ele mesmo responde que não, e que isto ainda incorre em discriminação, uma vez que os dispositivos impugnados partem de uma premissa de que seria inerente a este grupo a exposição a um suposto maior contágio e transmissão de enfermidades.

A argumentação prossegue com a afirmação de que, além de isto não preceder, “não pode o Direito incorrer em uma interpretação utilitarista, recaindo em um cálculo de custo e benefício que desdiferencia o Direito para as esferas da Política e da Economia”. Assim, segundo o Ministro Edson Fachin, não cabe “valer-se da violação de direitos fundamentais de grupos minoritários para maximizar os interesses de uma maioria, valendo-se, para tanto, de preconceito e discriminação”,⁶⁸ pois, ao fim ao cabo, além de se retirar do outro a sua humanidade, considerada como desviante devido a sua orientação sexual, se gera ainda uma mensagem pública equivocada de que a sexualidade tida por normal não seria alcançável pelas enfermidades transmissíveis pelo sangue, o que, na prática, propaga, além de preconceito, as próprias doenças cuja transmissão se busca evitar. Esta seção é finalizada com a citação de Katya Kozicki, que afirma que é a desconstrução do Direito, possibilitando que ele seja permeado pela justiça o que torna esta possível e que isto significaria “repensar o direito cada vez que ele se enclausura em si mesmo e se traveste de pura legalidade, mais preocupado com a legalidade formal ou com a legitimidade alicerçada nessa legalidade do que com a justiça”. Com isto, e em contraposição à uma dogmática jurídica discriminatória, o Relator afirma que seu voto, com base na ética da alteridade, se coloca “como mais um capítulo do romance em cadeia

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Edson Fachin no julgamento da ADI 5543.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADI5543.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

de nossa narrativa constitucional ou mais uma coluna de nossa catedral em permanente construção”, não se tratando simplesmente de ignorar a norma posta,

mas de desconstruir o direito posto para permeá-lo com justiça, robustecendo o que se entende por dignidade e igualdade. É preciso, pois, **dar concretude e sentido** às nossas previsões constitucionais a fim de se **perquirir uma dogmática constitucional emancipatória** (grifos nossos).

A seção seguinte é aberta com a afirmação de que a CRFB deixou ser “*apenas documento político organizador do Estado*” para se tornar em “*verdadeiro projeto de construção nacional*” mediante a fórmula do Estado Democrático de Direito, o que fez com que deixasse de ser questão central “*o que é uma Constituição?*”, prevalecendo a reflexão sobre “*o que uma Constituição constitui?*”. Neste devir são apontados todos os princípios feridos e as violações praticadas a partir da restrição imposta pelas normas impugnadas, quais sejam: além da dignidade da pessoa humana, o exercício da liberdade sexual, o direito fundamental ao reconhecimento – “*direito ao igual respeito da identidade pessoal*” – com base na orientação sexual, e a autonomia privada – ao restringir a forma de ser e existir – e pública – na medida em que as previsões normativas alvo da ação limitam o ato solidário da doação de sangue.

Em seguida se joga luz sobre um sujeito social que, para além da igualdade formal e de potenciais relações econômicas, seja considerado como pessoa “*igualizada em perspectiva material à luz de sua dignidade*”, visão que permite que o Direito seja compreendido “*não como mera operação mecânica, mas como constante processo dialógico*”. A seção é finalizada com o apontamento de que, se é possível que os dispositivos normativos garantam a segurança dos bancos de sangue com base em condutas, pois então que sejam estas a nortearem os protocolos, e não as “*orientações existenciais que constituem a personalidade dos sujeitos candidatos a doadores de sangue*”. Caso contrário, irão contribuir para que “*a presença no direito dos grupos a que se destinam (homens que fazem sexo com outros homens) continue a ser a história de uma ausência, da falta de reconhecimento, em sua inerente igualdade e dignidade em relação aos demais*”. Ainda no tocante ao direito fundamental à igualdade (artigo 5º, *caput*, CRFB), violado pelas normas impugnadas uma vez que estas geram tratamento injustificadamente desigual, e dado que a restrição tem por base não a conduta potencialmente arriscada, mas sim uma prática sexual em específico, o que, por configurar discriminação baseada em orientação sexual se trata de afronta direta à CRFB (artigo 3º, I, III e IV), se ressalta que, na questão posta, a política pública restritiva prevista

nas normas impugnadas gera um impacto desproporcional com discriminação indireta, visto que sem intencionalidade, a determinados sujeitos ou grupos sociais.

Neste sentido, se conclui que as políticas restritivas previstas nos dispositivos impugnados, ainda que sem intenção, violam o princípio da igualdade, pois, a despeito da alegada proteção, impõem impacto desproporcional sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou as parceiras destes ao impor sobre eles uma limitação da fruição livre e segura da própria sexualidade para o exercício do ato empático de doar sangue. Tal desproporção se torna injustificada dado que, no que se refere à detecção do vírus HIV em sangue doado, houve redução da janela imunológica para apenas dez dias graças ao teste utilizado em todos os bancos de sangue do Brasil, não restando, assim, quaisquer razões para se exigir dos homens homossexuais e bissexuais abstinência sexual por doze meses para que sejam considerados aptos à doação de sangue.

No que se refere à Carta Magna, o Relator destaca que ela é incisiva ao dispor nos termos do artigo 5º, § 2º “*que os direitos e garantias expressos na CRFB não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. Em função deste dispositivo, os tratados e convenções internacionais – por exemplo os Princípios de Yogyakarta, citados pelo Ministro – sobre direitos humanos não somente possuem natureza materialmente constitucional, como também se somam e se equiparam aos direitos fundamentais formalmente contidos na CRFB.

Após um chamamento a uma “*interpretação redentora*” da Carta Magna, esta seção é finalizada com destaque para a função de todas as instâncias do Estado diante dos princípios que regem nossas relações internacionais sob o ângulo da auto vinculação e a primazia dos direitos humanos, e isto porque, quando da celebração em âmbito internacional de um tratado de direitos humanos e após as devidas sanções e aprovações, o Estado como um todo a ele se vincula e se torna agente de sua aplicação. Com relação ao papel do Poder Judiciário enquanto órgão de interpretação e aplicação do Direito e responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade, se ressalta que, ao interpretar a ordem jurídica brasileira à luz dos direitos fundamentais e humanos, este “*concorre para conferir publicidade eficaz e viva dos compromissos firmados na ordem jurídica internacional em favor dos direitos humanos*”, apontando, assim, qual deveria ser o papel não apenas de algumas agências públicas, mas do aparelho estatal como um todo: promover o bem comum sem qualquer tipo de preconceito ao invés de gerar aceção, perseguição e discriminações. Muito menos quando infundadas.

Após sintetizar e concluir seu voto, dando procedência à ADI 5543 e declarando, assim, inconstitucionais os dispositivos impugnados, o Ministro Edson Fachin optou por não apenas simplesmente responder sim ou não à matéria sob análise. Seu voto de quarenta páginas, impecavelmente bem estruturado e todo baseado na ética da alteridade e da empatia, responde a todos os problemas levantados na segunda parte do presente trabalho.

Com relação à violação do princípio da dignidade humana, esta foi apontada como centro sobre o qual deveria incondicionalmente passar o desate da questão, se recusando o relator a não ouvir o apelo que vem do outro, tratando sobre o lugar deste outro no Direito e destacando as violências simbólicas e concretas a que a população LGBTI é submetida no Brasil.

À violação do direito fundamental à igualdade e ao princípio da proporcionalidade, bem como da promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação, foi dedicada mais de uma seção, onde se apontou a afronta à Constituição, se desenvolveu a impacto desproporcional injustificado das normas sobre homens homossexuais, e se propôs que o protocolo para doação de sangue deveria seguir o critério de condutas de risco, não importando o gênero nem a orientação sexual do doador e tampouco das pessoas com quem ele se relaciona.

Ao enclausuramento do Direito, seu divórcio da realidade, e à consequente dogmática jurídica discriminatória se contrapôs que, quando isto ocorre, é preciso que o Direito seja repensado com o objetivo de se buscar sua desconstrução de modo que ele possa não somente de fato ser permeado por justiça, como também dar sentido e concretude às previsões constitucionais, atuando em sintonia com uma dogmática constitucional emancipatória.

O voto do Ministro Edson Fachin, que foi aberto com o necessário resgate da dignidade do líquido vital – centro da matéria sob escrutínio –, que tocou na grave mensagem pública gerada por uma política estatal equivocada e por uma interpretação utilitarista do Direito, e que se encerrou apontando qual deveria ser o papel do Estado, também pode ser considerado um manifesto no sentido de leituras e de práticas verdadeiramente redentoras do Direito, que em seu entender deve ser processo dialógico de fato justo e não mera operação mecânica. Além disso, ao inspirar a decisão final do plenário que, em interpretação libertadora e poderosa mensagem pública em prol da igualdade, encerrou uma gritante discriminação baseada em orientação sexual ao decidir pela inconstitucionalidade de dispositivos que exigiam exclusivamente de homens guesis

um lapso temporal injusto, o voto do relator e a decisão colegiada representaram, por fim, não somente o restabelecimento no ordenamento jurídico brasileiro do direito fundamental ao reconhecimento e à autonomia pública e privada para fins de livre exercício da liberdade sexual ao afirmar homens gueis como cidadãos plenos e dignos de direitos, mas também contribuiu para o aumento nos estoques dos bancos de sangue do Brasil e para todos os benefícios provenientes do ato da doação do líquido vital.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, o Estado brasileiro, através do MS e da ANVISA, foi não apenas negligente ao negar, por meio de uma política pública, a homens gueis o direito de doarem sangue: foi vetor de exclusão e agente de discriminação na medida em que fomentou e praticou uma acepção perversa e desproporcional, ao invés de possibilitar o ato beneplácito da doação de sangue, substância da qual uma única bolsa de 450 mililitros pode salvar até quatro vidas. A restrição, baseada em uma interdição sanitária originada quando da eclosão da epidemia de SIDA, no início da década de 1980, configurou afronta e na prática gerou discriminação a homens homossexuais, que estariam autorizados a doar sangue somente caso anulassem sua vida sexual por doze meses. Além disso, a medida também gerou um desperdício de milhares de litros de sangue no Brasil, país em que as doações regulares já costumavam estar abaixo dos níveis internacionais mesmo antes da pandemia de vírus corona, declarada pela OMS em março de 2020. Dada toda a simbologia que envolve o tecido sanguíneo, é possível afirmar que a recusa ao sangue de homens homossexuais extrapola a questão biológica: representa uma visão preconceituosa de que a homossexualidade, por ainda ser considerada por muitos uma doença, poderia ser transmitida através do líquido vital.

Também se demonstrou que as normas estatais que regulamentaram a proibição feriam os princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da proporcionalidade na medida em que, por força dos dispositivos legais, homens heterossexuais tinham passe livre na entrevista de triagem para doação de sangue – ainda que praticassem sexo anal desprotegido, com parceira fixa ou não – ao passo que de homens homossexuais se exigia celibato por um ano, mesmo que não tivessem vida sexual ativa, estivessem em relação monogâmica e/ou fizessem uso de preservativo, mecanismo comprovadamente eficaz contra a transmissão do vírus HIV. A camisinha, aliás, era totalmente ignorada pelas normas que também exigiam resguardo por um período completamente injustificado – de

doze meses – posto que o teste utilizado no Brasil, desde 2014, possibilitou a detecção do vírus no organismo em até dez dias após a infecção. A questão poderia ser resolvida por meio da combinação entre a já praticada triagem clínica – composta por exames laboratoriais e por entrevista –, o teste já utilizado há anos e a exigência de que todos os candidatos à doação de sangue usassem preservativo em todas as relações sexuais.

Foi preciso a pior crise sanitária em mais de cem anos para que a exigência adicional a homens gays começasse a ser questionada nos EUA e no Brasil e, aqui, voltasse à pauta do STF para ser apreciada no julgamento da ADI 5543, que consignou a ilegalidade da medida. A decisão do Supremo – não sem percalços, conforme se demonstrou – no sentido de derrubar a proibição, tornando-a inconstitucional, além de favorecer o abastecimento dos estoques nos bancos de sangue do país, também colaborou, enquanto mensagem pública, com a árdua desconstrução da imagem de que a homossexualidade seria uma doença e contribuiu positivamente com o processo de cidadanização da população LGBTI na medida em que de fato houve a equiparação de um direito.

O voto do relator Ministro Edson Fachin, por sua vez, baseado na ética da alteridade e em demonstração prática de que, para além de texto, dogmática jurídica é contexto, tratou da simbologia envolvida e resgatou a dignidade do tecido sanguíneo, desenvolveu todos os princípios feridos pelas normas impugnadas, apontou qual deveria ser o papel do Estado, e pautou as diversas formas de violência das quais a população LGBTI é alvo no Brasil com destaque para duas dimensões de direitos da personalidade: o de se vivenciar livremente a sexualidade e o de se exercer o ato empático de doar sangue ao próximo. Portanto, é possível afirmar que a decisão do STF foi uma reparação ao restabelecer no ordenamento jurídico brasileiro não apenas o direito à doação de sangue, mas o direito fundamental ao reconhecimento e à autonomia, e que o voto do relator, do modo como foi verbalizado, tornou a decisão histórica. Assim, literalmente, a igualdade foi lavada com sangue.

REFERÊNCIAS

APOGLBT – Associação da Parada do Orgulho LGBT. **Quem somos**. Disponível em: <http://paradasp.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 26 out. 2020.

ARAUJO, Julio Cezar de. **Hospital Colônia de Barbacena, o Holocausto brasileiro**. Disponível em: <https://www.megacurioso.com.br/estilo-de-vida/114002-hospital-colonia-de-barbacena-o-holocausto-brasileiro.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

BAISEREDO, André Moreira. Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens: constitucional ou inconstitucional? Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v.20, n.79, p. 377-397, maio/agosto de 2017. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista79/revista79_377.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

BRANDALISE, Camila. **Em 71 países ser gay é crime; homossexuais podem até ser condenados à morte.** Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/04/22/nesses-paises-ser-gay-e-crime-e-pode-dar-pena-de-morte-por-apreijamento.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Resolução RDC nº 343, de 13 de dezembro de 2002.** Disponível em: https://aeap.org.br/wp-content/uploads/2019/10/resolucao_rdc_343_de_13_de_dezembro_de_2002.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Resolução RDC nº 34, de 11 de junho de 2014.** Dispõe sobre as boas práticas no ciclo do sangue. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Texto-base da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais.** Disponível em: https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/LGBT/texto_base_1_lgbt.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim epidemiológico de HIV-AIDS de 2019.** Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2019/boletim-epidemiologico-de-hivaids-2019>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim epidemiológico de HIV-AIDS de 2020.** Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2020/boletim-epidemiologico-hivaids-2020>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis.** Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/historia-da-aids-1982>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.376, de 19 de novembro de 1993.** Aprova alterações na Portaria nº 721/GM, de 09/08/89, que aprova normas técnicas para coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/stories/pdf/1993/ps/ps29.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016.** Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 236, de 2 de maio de 1985**. Cria o Programa de Controle da SIDA ou AIDS (hoje Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais). <http://www.aids.gov.br/pt-br/legislacao/portaria-236-de-2-de-maio-de-1985>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer da Procuradoria-Geral da República nos autos da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5543-doacao-de-sangue.pdf/view>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543** – Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA. Restrição de doação de sangue a grupos e não condutas de risco. Discriminação por orientação sexual. Inconstitucionalidade. Ação Direta julgada procedente. Relator: Ministro Edson Fachin, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMMA.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Relator Edson Fachin no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADI5543.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADI 5543**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5543votoMRL.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

CARBONARI, Pamela. **Brasil desperdiça 18 milhões de litros de sangue ao ano por preconceito**. Superinteressante, 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito/>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth: Natal: **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v.9, v.2, p. 110-136, junho de 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12256>. Acesso em: 13 set. 2021.

CASTRO, Caio Felipe Cavalcante Catarcione. **Analiade de risco: a doação de sangue por bichas em julgamento na ADI 5543**. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania), Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em:

https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/37717/1/2019_CaioFelipeCavalcanteCatarciodeCastro.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

DIAS, Cláudio José Piotrovski. A trajetória soropositiva de Herbert Daniel (1989-1992). Dourados: **Revista Eletrônica História em Reflexão**, 2016. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/19762>. Acesso em: 13 set. 2021.

FRASER, Nancy. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition?: a political-philosophical exchange**. Londres: Verso, 2003.

FRY, P.; MACRAE, E. **O que é homossexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

G1. **Movimento GLBT decide mudar para LGBT**. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL593295-5598,00-MOVIMENTO+GLBT+DECIDE+MUDAR+PARA+LGBT.html>. Acesso em: 26 out. 2020.

MENDONÇA, Heloisa. **Ameaças de morte levam Jean Wyllys a desistir de mandato para deixar o Brasil**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/24/politica/1548364530_154799.html. Acesso em: 25 out. 2020.

NEMI NETO, João. **Herbert Daniel e a luta contra o estigma da AIDS**. Rio de Janeiro: Intellectus, 2016.

NORONHA, Heloísa. **Homossexuais foram alvo de atrocidades ao longo da história; veja as piores**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2017/09/04/gays-foram-alvo-de-varias-atrocidades-ao-longo-da-historia.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

SANTIS, Gil Cunha de; GUEDES, Maria Cleusa; UBIALI, Eugênia Maria Amorim. **Prazo que restringe doação de sangue por homossexual homem é razoável**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-28/prazo-restringe-doacao-sangue-homossexual-homem-razoavel>. Acesso em: 04 mar. 2021.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

TRINDADE, Ronaldo. **O mito da multidão: uma breve história da parada gay de São Paulo**. Niterói: Revista Gênero, 2011.

UNAIDS. **Estatísticas**. Disponível em: <https://unaid.org.br/estatisticas>. Acesso em: 19 mar. 2021.

UNAIDS. **Saiba por que a prevenção do HIV em populações-chave é tão importante para o fim da epidemia de AIDS**. Disponível em: <https://unaid.org.br/2016/11/prevencao-do-hiv-em-populacoes-chave>. Acesso em: 21 mar. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Preconceito e Dano moral. Ser chamado de homossexual não configura injúria, difamação e/ou dano moral. **Revista de Direito Civil da FADIPA**, 2019. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/view/117/79>. Acesso em: 08 mar. 2021.

VENCESLAU, Pedro. **Especial:** André Fischer dispara: antigamente os personagens gays das novelas morriam em explosão de shopping. Disponível em: https://portalimprensa.com.br/revista_imprensa/conteudo-extra/42822/especial+andre+fischer+dispara+antigamente+os+personagens+gays+das+novelas+morriam+em+explosao+de+shopping. Acesso em: 26 out. 2020.

VIEIRA, Willian. **A luta nunca termina.** Disponível em: <https://gamarevista.com.br/semana/orgulho-de-que/linha-do-tempo-direitos-lgbt-no-brasil-e-no-mundo/?fbclid=IwAR2liduGOqH6XchldkdiG0YxWGHktEUvGJd7LfwCOq2w6V8QbJd7PjeuiXE>. Acesso em: 26 out. 2020.

Recebido em: 03/06/2022

Aceito em: 14/06/2022

Como Citar (ABNT):

JESUINO, Rodrigo Carlos. Negação a homens gueis do direito de doar sangue: os significados da decisão do STF que tornou ilegais as normas restritivas. **Revista de Direito Magis**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 57-106, jan./jun. 2022. DOI: 10.5281/zenodo.6621005. Disponível em: <https://periodico.agej.com.br/index.php/revistamagis/article/view/8>. Acesso em: XX mês. XXXX.

**DESIGUALDADE SALARIAL ENTRE OS GÊNEROS:
CABIMENTO DE REPARAÇÃO POR DANO PATRIMONIAL E
MORAL À MULHER**

*WAGE INEQUALITY BETWEEN GENDER: REPAIR FOR PROPERTY
AND MORAL DAMAGE TO WOMEN*

Marina Ribeiro Fonseca¹

Sarah Batista Santos Pereira²

Resumo: A temática da desigualdade salarial entre os gêneros consiste no ato de remunerar com salários diferentes homens e mulheres que exercem as mesmas funções, tendo como fator determinante para essa distinção a questão de gênero. A referida prática atenta contra o estabelecido no artigo 7º da Constituição Federal, o qual proíbe a diferença de salários por sexo, cor, idade ou estado civil e, ainda, contra o artigo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, que garante salários iguais, sem distinção de gênero, para trabalhos de igual valor. No contexto da sociedade contemporânea verifica-se que a despeito de a igualdade salarial entre homens e mulheres ser assegurada por lei, inexistente uma fiscalização efetiva para o seu cumprimento. Dessa maneira, torna-se primordial analisar o princípio da isonomia com o objetivo de prestar proteção jurídica ao trabalho feminino, visando romper o machismo estrutural que perdura ao longo do tempo. No tocante aos aspectos metodológicos, utiliza-se de um modelo teórico hermenêutico, especificamente por intermédio da vertente-jurídico sociológica, o estudo apresenta caráter dedutivo e explicativo, para tanto, procedeu-se à descrição do problema de acordo com os pontos de vista de diversos autores sobre a temática, bem como a identificação das eventuais situações de aplicação dos danos material e moral na hipótese de discrepância salarial, complementarmente buscou-se contextualizar a disparidade das remunerações entre os gêneros para, em um segundo momento, averiguar as possibilidades de reparação através do dano material e moral. De modo busca-se lançar luzes sobre a temática e pavimentar um caminho de soluções

¹ Bacharela em Direito - modalidade Integral - pela Dom Helder Escola de Direito. Pós-graduada em Ciências Criminais pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Pós-graduanda em Criminologia pela Faculdade Única.

² Bacharela em Direito - modalidade Integral - pela Dom Helder Escola de Direito. Pós-graduada em Ciências Criminais pelo Centro Universitário UniAmérica. Pós-graduada em Direitos Humanos pelo Centro Universitário UniAmérica. Vice-presidente da AGEJ - Associação Guimarães de Estudos Jurídicos. Diretora de Publicação e membro do Conselho Editorial do Portal Jurídico Magis. Advogada.

para a problemática debatida de modo a prestigiar os princípios normativos emanados pela Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Direitos das Mulheres; Igualdade de Gênero; Feminismo; Direito do Trabalho.

Abstract: The issue of wage inequality between genders consists of the act of remunerating men and women who perform the same functions with different salaries, having the gender issue as a determining factor for this distinction. This practice violates the provisions of article 7 of the Federal Constitution, which prohibits the difference in wages by sex, color, age or marital status, and also against article 5 of the Consolidation of Labor Laws, which guarantees equal wages, without distinction of gender, for works of equal value. In the context of contemporary society, it appears that despite the fact that equal pay between men and women is guaranteed by law, there is no effective supervision for its fulfillment. In this way, it is essential to analyze the principle of isonomy in order to provide legal protection to female work, aiming to break the structural machismo that lasts over time. Regarding the methodological aspects, a hermeneutic theoretical model is used, specifically through the sociological-legal aspect, the study has a deductive and explanatory character, for that, we proceeded to the description of the problem according to the points of view of several authors on the subject, as well as the identification of possible situations of application of material and moral damages in the event of salary discrepancy, in addition, we sought to contextualize the disparity of remuneration between genders to, in a second moment, investigate the possibilities of reparation through material and moral damage. In this way, we seek to shed light on the theme and pave the way for solutions to the problem discussed in order to honor the normative principles emanated by the Constitution of the Republic of 1988.

Keywords: Women's Rights; Gender equality; Feminism; Labor Law.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A desigualdade salarial entre os gêneros consiste no ato de remunerar com salários diferentes homens e mulheres que exercem as mesmas funções, tendo como fator determinante para essa distinção a questão de gênero. A desarmonia remuneratória entre esses grupos vai de encontro ao artigo 7º da Constituição Federal, o qual proíbe a diferença de salários por sexo, cor, idade ou estado civil e, ainda, contra o artigo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, que garante salários iguais, sem distinção de gênero, para trabalhos de igual valor.

Diante disso, fica evidente que a Carta Magna rechaça qualquer tipo de desigualdade entre homens e mulheres, não abrindo margem para que haja diferença salarial em razão do gênero. Desse modo, caso o empregador retribua de forma diferente esses grupos sociais, agirá em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

Destarte, pode-se perceber que por mais que a igualdade salarial entre homens e mulheres seja assegurada por lei, não há uma fiscalização efetiva para o seu cumprimento. Dessa maneira, torna-se primordial analisar o princípio da isonomia como forma de proteção jurídica ao trabalho feminino, visando romper o machismo estrutural que perdurou ao longo do tempo.

Assim, a fim de compreender a disparidade salarial entre os gêneros e o cabimento da reparação por dano material e moral, nesses casos, o presente artigo busca desenvolver a temática da inserção da mulher no mercado de trabalho e sua evolução com o tempo, analisando de forma crítica a posição ocupada pelas mulheres nos postos de trabalho, tal como a menor participação nos cargos de chefia. Ademais, pretende-se apresentar o contexto histórico e os dados científicos que apontam a diferença salarial entre os gêneros, bem como a necessidade de aplicação do princípio da isonomia no ambiente de trabalho. Por fim, faz-se necessário verificar a possibilidade de aplicação do dano material e moral em consequência da desigualdade salarial entre os gêneros.

À vista disso, no presente estudo, utilizar-se-á o modelo teórico hermenêutico, pois está diretamente relacionado com a análise e a abrangência dos fenômenos e comportamentos do indivíduo. Esse raciocínio teórico leva a concretização da vertente-jurídico sociológica. Tal vertente tem o objetivo de buscar entender o fenômeno jurídico no ambiente social, analisando para tanto, a aplicação, na prática, do dano material e moral em caso de disparidade de remunerações. Assim, atenta-se para a praticidade do direito e a contradição entre a teoria e a realidade.

Outrossim, levando em consideração a temática escolhida e a sua natureza, deve-se utilizar uma pesquisa dedutiva e explicativa. Portanto, é preciso descrever o problema de forma *latu sensu*, de acordo com o levantamento de pontos de vista de diversos autores sobre a temática, além de identificar as situações de aplicação dos danos material e moral na hipótese de discrepância salarial. Para tanto, usar-se-á o raciocínio predominantemente dedutivo, visto que, em primeiro lugar, pretende-se contextualizar a disparidade das remunerações entre os gêneros para, em um segundo momento, averiguar as possibilidades de reparação através do dano material e moral.

2 INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

No decorrer da Revolução Industrial, durante o século XIX, o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente na operação de máquinas. As trabalhadoras para não

perderem seus empregos sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, recebendo salários inferiores aos dos homens, embora exercessem os mesmos serviços que estes.³ Apesar dos percalços foram esses acontecimentos que viabilizaram o início do movimento de emancipação feminina. Nesse seguimento destaca Simone de Beauvoir:

Como o súbito desenvolvimento da indústria exige uma mão-de-obra mais considerável do que a fornecida pelos trabalhadores masculinos, a colaboração da mulher é necessária. Essa é a grande revolução que, no século XIX, transforma o destino da mulher e abre, para ela, uma nova era.⁴

Destarte, percebe-se que a eclosão das Guerras Mundiais teve importante contribuição para inserção da mulher no mercado de trabalho, considerando que a partir do momento em que seus companheiros foram, forçadamente, para os campos de batalha, se incumbiu a figura feminina buscar, através do trabalho, o sustento da família. Além disso, com o desenvolvimento industrial a mão de obra feminina começou a ser utilizada como meio de força de trabalho, assumindo os postos de trabalho mais sacrificados, mal remunerados e sem perspectivas de ascensão profissional e social. Nessa linha de intelecção José Augusto Rodrigues Pinto expõe o seguinte:

O século XXI oferece um panorama de impressionante avanço da mulher no mercado de trabalho e, ainda mais, na preparação para concorrer dentro dele. Esse fenômeno, entretanto, vem do século anterior, cujos dois conflitos mundiais impuseram uma mudança quase cirúrgica à face e ao organismo da sociedade. De fato, o decidido ingresso da mulher no mercado de trabalho industrial, tanto quanto sua assunção unilateral da direção da família, se deveram, maciçamente, à absorção da energia masculina para os combates fora das fronteiras nacionais [...].⁵

Por essa perspectiva, pode-se verificar que vivemos em uma sociedade considerada machista, e que se exterioriza principalmente na desigualdade de direitos entre homens e mulheres, altos índices de violência, objetificação do gênero feminino e diferença salarial. Tal ideologia, desde a antiguidade, se utiliza de argumentos religiosos, culturais, morais e biológicos para fundamentar o desequilíbrio entre os gêneros, beneficiando os homens. A subordinação feminina só foi contestada de forma mais

³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed., São Paulo: Adas, 2012. Disponível em: <https://direitom1universo.files.wordpress.com/2016/08/sc3a9rgio-pinto-martins-direito-do-trabalho.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

⁴ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: Fatos e Mitos**; Trad. Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970, p. 147.

⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Empregabilidade da mulher no mercado atual de trabalho**. 2º Congresso Internacional Sobre a Mulher, Gênero e Relações de Trabalho. Goiânia, 2007, p. 35. Disponível em: https://silo.tips/queue/empregabilidade-da-mulher-no-mercado-atual-de-trabalho?&queue_id=1&v=1621289773&u=MjgwND0lODE4OmEwNTk6MWEwMDoyNWE0OmY2NmU6N2M5OTpjYTM5. Acesso em: 17 maio 2021.

contundente ao final da Primeira Guerra Mundial, com o advento de proposições que dissertam sobre essa temática, culminado no movimento feminista atual.

Nessa linha intelectual, Simone Beauvoir na obra “Segundo Sexo: Fatos e Mitos”, apresenta a importância da inserção feminina no mercado de trabalho assegurando que:

Foi pelo trabalho que a mulher cobriu em grande parte a distância que a separava do homem; só o trabalho pode assegurar-lhe uma liberdade concreta [...] A maneira por que se empenha em sua profissão e a ela se dedica depende do contexto constituído pela forma global de sua vida[...]. O privilégio que o homem detém, e que se faz sentir desde sua infância, está em que sua vocação de ser humano não contraria seu destino de homem. Da assimilação do falo e da transcendência, resulta que seus êxitos sociais ou espirituais lhe dão um prestígio viril. Ele não se divide. Ao passo que à mulher, para que realize sua feminilidade, pede-se que se faça objeto e presa, isto é, que renuncie a suas reivindicações de sujeito soberano. É esse conflito que caracteriza singularmente a situação da mulher libertada.⁶

Por conseguinte, Simone rechaça os estereótipos, aos quais a mulher é submissa. Destarte, a autora demonstra que com a introdução feminina no mercado ocupacional trabalhista, foi possível atenuar as disparidades em relação ao homem, assegurando mais autonomia a mulher.

Socialmente havia a ideia de que as mulheres não conseguiriam conciliar os afazeres corporativos com ser boas mães e cuidar do lar. Tais circunstâncias históricas contribuíram de forma decisiva para a tomada de consciência da igual capacidade dos gêneros para o trabalho. Somente com o advento da Constituição de 1988 foi consagrada a igualdade entre homens e mulheres no Brasil, pelo menos sob o aspecto formal, pois na prática o gênero feminino ainda está em disparidade se comparado com o masculino.

No país, pesquisas destacam a crescente presença das mulheres no mercado de trabalho a partir dos anos de 1970, assim como sua permanência mesmo em períodos marcados pelo elevado nível de desemprego e crise econômica.⁷

Conforme os dados do Censo de 1972 no conjunto da população feminina com profissão, cerca de 52% eram empregadas domésticas e costureiras. Logo, pode-se constatar que a inserção da mulher no mercado de trabalho é marcada pela grande diferença salarial e elevada concentração em setores ligados ao comércio e a serviços,

⁶ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: Fatos e Mitos**; Trad. Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970, p. 451-452.

⁷ BRASIL. **Cadernos de formação: As mulheres e o mercado de trabalho**. São Paulo: CESIT, 2017. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Caderno-3-web.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

especialmente em ocupações mais vulneráveis e com reduzida exigência de qualificação profissional, tais como serviços sociais e trabalho doméstico.⁸

Essas são características que acompanham toda trajetória de inserção das mulheres no mundo produtivo tem como cerne a desigual divisão sexual do trabalho e a atribuição às mulheres do trabalho reprodutivo e manutenção do lar. Acerca da ascensão feminina no mercado de trabalho, Glaucia de Lima D' Alonso acentua que:

As mulheres deixaram de ser apenas meras donas-de-casa e passaram a ser não somente mãe, esposa e também operária, enfermeira, professora e mais tarde, arquiteta, juíza, motorista de ônibus, bancária entre outras das mais diversificadas profissões, ocupando um cenário que antes era masculino.⁹

A ruptura do paradigma do monopólio masculino da vida em sociedade traduz-se em uma espécie de rebeldia feminina, deturpando os alicerces da segmentação de atribuições, as quais o sustento do lar se incumbia ao sexo masculino e o cuidado com a prole e afazeres domésticos incumbiam-se ao sexo feminino¹⁰.

O processo de conquista de espaço pelas mulheres, bem como do exercício da cidadania, reflete a busca pelo empoderamento feminino. Nessa toada, o espaço conquistado pelas mulheres no mercado de trabalho e na sociedade tem crescido substancialmente e, simultaneamente, ocorrem as mudanças de paradigma com relação aos papéis historicamente atribuídos ao sexo feminino.

3 POSIÇÕES OCUPADAS POR MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO

Segundo o levantamento de dados da pesquisa intitulada Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, no país tão somente 37,4% das funções superiores em 2019 eram ocupados por representantes femininas. Ao analisar os 20% dos funcionários com remuneração superior, a discrepância era evidente, tendo em vista que as mulheres

⁸ BRASIL. **Cadernos de formação:** As mulheres e o mercado de trabalho. São Paulo: CESIT, 2017. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Caderno-3-web.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁹ D'ALONSO, Glaucia de Lima. **Trabalhadoras brasileiras e a relação com o trabalho: trajetórias e travessias.** Psicologia para América Latina, México, n. 15, dez. 2008. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1870-350X2008000400003&script=sci_arttext. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁰ COSTA, Patrícia Ávila da. **Janela das andorinhas:** a experiência da feminilidade em uma comunidade rural. 2007. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10160/10160_4.PDF. Acesso em: 17 maio 2021.

ocupavam somente 22,3% dos cargos e o restante, ou seja, 77,3% eram ocupados por homens. Ademais, nota-se que as mulheres receberam 77,7% dos rendimentos dos homens.¹¹ Logo, verifica-se que o gênero feminino está menos representado em trabalhos com maior remuneração e responsabilidades.

Analisando a população que ocupa a faixa etária de 25 anos ou mais, de acordo com o levantamento do IBGE, cerca de 40,4% dos homens não possuíam instrução ou não haviam concluído o ensino fundamental. Observando o grupo das mulheres a proporção foi menor, totalizando 37,1%. Lado outro, 19,4% da porção feminina no mesmo nível de idade já tinha concluído o ensino superior, em contraposição há 15,1% da parcela masculina.¹² Tal parâmetro muda na faixa etária de 65 anos ou mais, tendo mais homens com ensino superior do que as mulheres, consequência da dificuldade de acesso das mulheres as instituições superiores há décadas.¹³ Destarte, de acordo com os dados apresentados, analisa-se que o gênero feminino, apesar de possuir grau de instrução maior em comparação ao gênero masculino, ainda encontra obstáculos para acessar cargos de autoridade no mercado de trabalho.

Conforme percebe-se nos dados obtidos na pesquisa “Estatística de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil” produzida pelo IBGE, a existência de crianças nos lares diminui consideravelmente a participação feminina no mercado de trabalho, situação em que passam a ocupar cargos menos produtivos. Dessa forma, apura-se que entre as mulheres de 25 a 49 anos que possuíam filhos de até três anos, apenas 54,6% estavam trabalhando em 2019, em contrapartida 67,2% da população feminina sem filhos laborava. A disparidade entre homens e mulheres fica evidenciada ao compararmos a faixa de homens de 25 a 49 anos que possuem filhos de até três anos, 89,2% trabalhavam e entre os que não tinham filhos 83,4% laboravam.¹⁴

Ante os dados apresentados é notório que a construção histórico-social brasileira contribuiu para a desigualdade das tarefas desempenhadas pela figura masculina e pela

¹¹ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 22 abril 2021.

¹² IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 22 abril 2021.

¹³ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 22 abril 2021.

¹⁴ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 22 abril 2021.

feminina, cabendo ao homem prover o sustento da família e a mulher a manutenção do lar e cuidado com os filhos.

Ademais, verifica-se que entre as mulheres negras ou pardas com filhos de até três anos somente 49,7% trabalhavam, enquanto, 62,6% das mulheres brancas nas mesmas condições laboravam. Por outro lado, observando a população feminina sem filhos, observa-se que 63% das negras e pardas exerciam uma profissão ao passo que a proporção era de 72,8% para as brancas.¹⁵

Atesta-se que essa disparidade entre as mulheres negra e pardas e as mulheres brancas têm relação com a renda e com a dificuldade de acesso a creches públicas. Tal fato ocorre porque as mulheres que possuem renda mais alta tendem a terceirizar as tarefas domésticas e o cuidado com os filhos, contratando profissionais ou pagando creches¹⁶.

Na década de 90, com a ascensão dos governos de direita, ocorreu o refreamento dos movimentos feministas. Todavia, com o alargamento do ensino superior esses grupos ganharam maior importância, o que proporcionou o ingresso da questão de gênero no meio acadêmico.¹⁷ Diante disso, verifica-se que aos poucos a figura feminina conseguiu conquistar seu espaço no mercado de trabalho, entretanto, afere-se que ela ocupa timidamente setores do alto escalão, devido à forte tradição masculina no país.

Destarte, é possível observar que apesar de notáveis avanços, em comparação ao homem, a mulher ainda tem muita dificuldade de ocupar cargos predominantemente masculinos. Então, pode-se constatar que a sociedade brasileira passa por um processo de evolução rumo a igualdade entre os gêneros, todavia, há uma resistência das partes mais conservadoras que ainda se fecham em preconceitos sobre a figura feminina, não admitindo que elas assumam altos cargos de chefia, tanto quanto os homens.

¹⁵ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 22 abril 2021.

¹⁶ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 22 abril 2021.

¹⁷ SENKEVICS, Adriano. **Mulheres e feminismo no Brasil: um panorama da ditadura à atualidade**. 2013. Disponível em: <https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2013/07/11/mulheres-e-feminismo-no-brasil-um-resumo-da-ditadura-a-atualidade/>. Acesso em: 06 de maio de 2021.

4 A DIFERENÇA SALARIAL ENTRE OS GÊNEROS

Segundo estudo de Diferença do rendimento do trabalho de mulheres e homens nos grupos ocupacionais - Pnad Contínua 2018, realizado pelo IBGE, no ano de 2018 as mulheres representavam 45,3% da força de trabalho e ganhavam 79,5% do total do salário pago aos homens.¹⁸

Constata-se pelo estudo que o rendimento médio total das mulheres ocupadas com idade entre 25 e 49 anos era de R\$ 2.050, enquanto o dos homens chegava a R\$ 2.579, nesse mesmo grupo etário. Observou-se ainda que o valor médio da hora trabalhada era de R\$ 13,00 para as mulheres, correspondendo a 91,5% da hora trabalhada para os homens, que chegava a R\$ 14,20.¹⁹ Necessário destacar que as mulheres trabalham em média três horas por semana a mais do que os homens, levando em conta o trabalho remunerado, atividades domésticas e cuidados com outras pessoas, mas ganham apenas dois terços do rendimento masculino.²⁰

Logo, constata-se que apesar das mulheres terem conquistado igualdade em direito, permanece a desigualdade de fato, tendo em vista que na esfera profissional as mulheres ainda não alcançaram o mesmo patamar de remuneração nem de cargos que os homens. Já no aspecto social elas ainda são consideradas fundamentalmente sujeitas aos papéis de esposas e mães, contexto que as colocam em situação de dependência. Ademais, no âmbito familiar subsiste a desigualdade da divisão sexual do trabalho doméstico.

No ano de 2018, o Fundo Monetário Internacional (FMI) analisou pesquisas e dados de mais de uma centena de nações em questões como acesso ao sistema financeiro, tais como crédito e contas bancárias, e a ascensão profissional feminina no setor bancário. A partir disso, a conclusão foi de que mulheres mais fortes financeiramente demonstraram maior probabilidade em investir no bem-estar familiar e a tomar mais decisões financeiras mais inteligentes, o que por sua vez repercute na educação e na saúde de sua família.²¹

¹⁸ OLIVEIRA, Nielmar de. **Mulher ganha em média 79,5% do salário do homem, diz IBGE**. Agência Brasil, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/mulheres-brasileiras-ainda-ganham-menos-que-os-homens-diz-ibge>. Acesso em: 17 maio 2021.

¹⁹ OLIVEIRA, Nielmar de. **Mulher ganha em média 79,5% do salário do homem, diz IBGE**. Agência Brasil, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/mulheres-brasileiras-ainda-ganham-menos-que-os-homens-diz-ibge>. Acesso em: 17 maio 2021.

²⁰ FRANCO, Luiza; IDOETA, Paula Adamo. **Como a desigualdade no pagamento entre homens e mulheres prejudica a economia brasileira**. BBC News Brasil em São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46655125>. Acesso em: 17 maio 2021.

²¹ FRANCO, Luiza; IDOETA, Paula Adamo. **Como a desigualdade no pagamento entre homens e mulheres prejudica a economia brasileira**. BBC News Brasil em São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46655125>. Acesso em: 17 maio 2021.

Depreende-se do exposto que o poder financeiro feminino tem a capacidade de melhorar a condição de vida das famílias, traduzindo-se em menos pobreza, maior crescimento econômico e redução da desigualdade. Assim, a igualdade na percepção salarial entre os gêneros, além de ser um direito básico garantido constitucionalmente, também reflete de modo favorável no andamento social, na confecção dos núcleos familiares e na ascensão social da mulher como detentora de direitos e oportunidades.

5 PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Pode-se perceber que a causa da discriminação muitas vezes reside no cru preconceito, num juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou seguimento de indivíduos, por motivos, em sua maioria, de cor, etnia, sexo ou gênero, podendo também derivar de outros fatores relevante a um determinado caso concreto específico. Nessa toada, segundo Mauricio Godinho Delgado:

Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada.²²

O combate à discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do Direito, pois as sociedades modernas distinguem-se justamente por prezar processos de inclusão social, contrapondo às sociedades mais antigas, marcadas pela exclusão social e segregação de grupos.

Ante a relevância da temática a Organização Internacional do Trabalho -OIT, no ano de 1958, editou a Convenção n. 111 que trata sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação, a qual conceitua o termo “discriminação” em seu artigo 1º como qualquer distinção ou exclusão feita com base em critérios objetivos e que tenham como finalidade anular ou impedir a igualdade de oportunidades e tratamento no labor. Nos termos da referida Convenção, o termo discriminação inclui:

Artigo 1º - 1. [...] a) toda distinção, exclusão ou preferência, feita com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito anular ou impedir a igualdade de oportunidades ou

²² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p.955. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5746884/mod_resource/content/1/Curso%20de%20Direito%20do%20Trabalho%20-%20Mauricio%20Godinho%20Delgado%202019.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

de tratamento no emprego ou na ocupação; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou impedir a igualdade de oportunidades ou tratamento no emprego ou na ocupação, conforme pode ser definido pelo Membro em questão, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos convenientes.²³

Pormenorizando o tema cabe o questionamento sobre falar-se em princípio de não discriminação ou em princípio de isonomia quando trata-se de igualdade salarial entre os gêneros no mercado de trabalho. O autor Mauricio Godinho Delgado ressalta que:

A dúvida é razoável, pois, afinal, não é pacífica a própria diferenciação entre as duas noções. Contudo, não são conceitos efetivamente idênticos. O princípio da não discriminação é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas. Já o princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais pretensioso. A ideia de isonomia ultrapassa, sem dúvida, a mera não discriminação, buscando igualar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si.²⁴

Conclui-se do exposto que, no tocante a igualdade salarial entre os gêneros nas relações trabalhistas, é mais adequado falarmos da aplicação do princípio da isonomia, vez que este tem o condão de igualar o tratamento entre as pessoas, ultrapassando a ideia de não discriminação.

Outrossim, embora o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 não possua força normativa, consoante sentido adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.076/AC²⁵, esta dispõe sobre os indicadores e fins que o Estado deve seguir, fazendo menção ao Princípio da Igualdade:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução

²³ OIT. **Convenção nº 111** - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. 1958. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 14 maio 2021.

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p.955-956. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5746884/mod_resource/content/1/Curso%20de%20Direito%20do%20Trabalho%20-%20Mauricio%20Godinho%20Delgado%202019.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.076/AC. Relator: Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça Eletrônico**, 15 agosto 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 10 maio 2021.

pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.²⁶

Assim sendo, o direito à igualdade é considerado um dos fundamentos da democracia não apenas para fins interpretativos, posto que o Princípio da Igualdade foi positivado pelo legislador federal no artigo 5º da Constituição Federal, circunstância em que trata dos Direitos e Garantias Individuais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].²⁷

A proibição à discriminação salarial também é abordada no artigo 7º da Constituição que proíbe a "diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil".²⁸

Dessa forma, é necessário salientar que a legislação trabalhista garante a igualdade salarial entre homens e mulheres desde 1943, conforme disposto nos artigos 5º e 461 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a qual determina que salários devem ser iguais "sem distinção de sexo", tendo como finalidade resguardar os trabalhadores e garantir isonomia de tratamento.

Para além disso, o artigo 5º da Constituição Federal afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações²⁹, no mesmo sentido que o ostentado, e para que ocorra a correta interpretação desse dispositivo, é inaceitável a utilização da diferença de gênero com propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher, sendo aceito apenas quando a finalidade pretendida for de atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo.³⁰

Relativo ao exposto cabe apresentar a máxima trazida por Rui Barbosa no discurso intitulado "Oração aos Moços", ao afirmar que:

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abril 2021.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abril 2021.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abril 2021.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abril 2021.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2003.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.³¹

Compreende-se, portanto, que para alcançarmos o tratamento isonômico faz-se necessário conferir tratamento desigual aos desiguais na exata medida de suas desigualdades, bem como tratar igualmente os iguais. Nessa linha de intelecção, conclui-se que o princípio da “não discriminação” não é absoluto, havendo situações em que exceções são comportadas justamente para manter a igualdade.

6 A POSSIBILIDADE DE DANO PATRIMONIAL E MORAL DECORRENTE DA DESIGUALDADE SALARIAL

Ante a carência de políticas públicas que tenham como objetivo diminuir a desigualdade entre os gêneros no mercado de trabalho, faz-se necessário investigar alternativas para alcançar uma visível aplicação do princípio da isonomia no âmbito laboral. A discriminação salarial causa a mulher lesões em diferentes áreas, podendo ocasionar em danos de vertente material e moral, posto que afetam desde a construção de seu patrimônio econômico, visto que os rendimentos não correspondem ao serviço prestado, até danos em sua personalidade, vez que tem sua dignidade e honra atingidos.

Verifica-se que tanto os danos materiais como os morais podem ser ressarcidos de forma monetária, a fim alcançar uma compensação pela violação sofrida e atenuar os impactos decorrentes. Corroborando com esse entendimento Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano lecionam acerca da reparação de danos:

Sendo a reparação do dano, como produto da teoria da responsabilidade civil, uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor do lesado, temos que, em regra, todos os danos devem ser ressarcíveis, eis que, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao status quo ante, sempre se poderá fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação.³²

³¹ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_moc_os.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

³² GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3, 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 84.

Por esse ângulo, a disparidade de remuneração, tendo como fator determinante o sexo do empregado, ocasiona em dano material à mulher, isto porque ela sofre lesão patrimonial ao auferir salário incompatível com a natureza do trabalho realizado. Ademais, ao verificar-se que outros trabalhadores do sexo masculino, no desempenho de mesma função, são remunerados de forma compatível e integral, vislumbra-se a probabilidade de dano moral indireto, dado que o tratamento discriminatório atinge a dignidade feminina, afetando sua imagem e honra, seja na esfera objetiva ou subjetiva. Desse modo, compreende-se que a disparidade salarial acarreta as mulheres danos de natureza patrimonial e moral.

Nessa linha intelectual, conforme a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça -STJ, conforme Súmula nº 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”.³³ Sendo assim, é correto afirmar que não há empecilhos legais para a cumulação das duas modalidades de dano, tendo como fator gerador a desigualdade salarial entre os gêneros.

Dessa forma, cabe a figura feminina, que sofreu prejuízos causados pela discriminação, pleitear a reparação por dano material cumulado com dano moral, através da propositura de uma ação de indenização, é o que se extrai do artigo 404 do Código Civil:

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.³⁴

Assim sendo, a reparação pode ocorrer na fase pré-contratual, isto é, nas negociações prévias à formação do vínculo de emprego; na fase contratual, considerando os salários não concedidos de maneira equânime; ou na fase pós-contratual, pois, apesar de extinto o vínculo de emprego, ações posteriores do empregador podem comprometer os futuros empregos das mulheres. Destarte, surge para a figura feminina o direito de exigir, além da compensação pecuniária, a entrega de uma “carta de recomendação”, na

³³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 37. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%28%40NUM+%3E%3D+%221%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22100%22%29+OU+%28%40SUB+%3E%3D+%221%22+E+%40SUB+%3C%3D+%22100%22%29&tipo=%28SUMULA+OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUM>. Acesso em: 1 de maio 2021.

³⁴ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 01 maio 2021.

qual o ex-contratante deverá descrever o desempenho da mulher enquanto empregada, a fim de facilitar a sua contratação e um novo trabalho.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, constata-se a iminente necessidade de aplicação do princípio da isonomia no âmbito laboral como forma de tutelar o trabalho feminino e garantir salário compatível e equivalente ao prestado, sem distinção de gênero ou justificativas arbitrárias. Logo, nota-se que o Direito não deve mais ser efetivado como um fim em si mesmo, fundamentado no positivismo exacerbado e nas políticas arcaicas e oligárquicas, devendo propiciar a propagação dos princípios que o sustentam.

Conclui-se, nesse sentido, que a desigualdade salarial é ilegítima quando ocorre entre indivíduos que realizam tarefas de valor igual por motivos ligados a questões de gênero. À vista disso, verifica-se que apesar do Direito de o Trabalho ser formado por relações de desigualdade jurídica, quais sejam, entre empregado e empregador, esse ramo do direito deve resguardar o hipossuficiente e assegurar a equiparação de tratamento para indivíduos que exerçam funções idênticas. Nesta perspectiva, a equivalência salarial entre as figuras masculinas e femininas que desempenham a mesma função não está atrelada apenas com o princípio da isonomia salarial, mas também com a igualdade que remonta as origens do Direito.

Constata-se, portanto, que os danos causados podem não ser reparados completamente com a compensação remediadora proposta ao longo do artigo, especialmente os danos extrapatrimoniais, que atingem os bens intangíveis de cada indivíduo. Contudo, recomenda-se um comportamento ativo contra as desigualdades salariais e as discriminações sofridas, com o propósito de salvaguardar os direitos conquistados pelas mulheres ao longo de décadas. Para tanto, é preciso combater as ideologias machistas ainda arraigadas na sociedade pós-moderna, de forma a se reconhecer o poder da figura feminina, bem como o fato de que ela deve ser respeitada. Apenas uma percepção da sociedade baseada na alteridade é capaz de assegurar a mulher a dignidade plena e a tutela dos direitos, de forma a construir um autêntico Estado Democrático de Direito ao atenuar as desigualdades.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: Fatos e Mitos**; Trad. Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abril 2021.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. **Cadernos de formação: As mulheres e o mercado de trabalho**. São Paulo: CESIT, 2017. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Caderno-3-web.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 37. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%28%40NUM+%3E%3D+%221%22+E+%40NUM+%3C%3D+%22100%22%29+OU+%28%40SUB+%3E%3D+%221%22+E+%40SUB+%3C%3D+%22100%22%29&tipo=%28SUMULA+OU+SU%29&l=100&ordenacao=%40NUM>. Acesso em: 1 de maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.076/AC. Relator: Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça Eletrônico**, 15 agosto 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 10 maio 2021.

COSTA, Patrícia Ávila da. **Janela das andorinhas: a experiência da feminilidade em uma comunidade rural**. 2007. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10160/10160_4.PDF. Acesso em: 17 maio 2021.

D'ALONSO, Glaucia de Lima. **Trabalhadoras brasileiras e a relação com o trabalho: trajetórias e travessias**. Psicologia para América Latina, México, n. 15, dez. 2008. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1870-350X2008000400003&script=sci_arttext. Acesso em: 10 maio 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5746884/mod_resource/content/1/Curso%20de%20Direito%20do%20Trabalho%20-%20Mauricio%20Godinho%20Delgado%20C%202019.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

FRANCO, Luiza; IDOETA, Paula Adamo. **Como a desigualdade no pagamento entre homens e mulheres prejudica a economia brasileira**. BBC News Brasil em São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46655125>. Acesso em: 17 maio 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 22 abril 2021.

GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3, 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Livraria Freitas Bastos, 1959.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed., São Paulo: Adas, 2012. Disponível em: <https://direitom1universo.files.wordpress.com/2016/08/sc3a9rgio-pinto-martins-direito-do-trabalho.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2003.

OIT. **Convenção nº 111 - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação**. 1958. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm. Acesso em: 14 maio 2021.

OLIVEIRA, Nielmar de. **Mulher ganha em média 79,5% do salário do homem, diz IBGE**. Agência Brasil, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/mulheres-brasileiras-ainda-ganham-menos-que-os-homens-diz-ibge>. Acesso em: 17 maio 2021.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Empregabilidade da mulher no mercado atual de trabalho**. 2º Congresso Internacional Sobre a Mulher, Gênero e Relações de Trabalho. Goiânia, 2007. Disponível em: https://silo.tips/queue/empregabilidade-da-mulher-no-mercado-atual-de-trabalho?&queue_id=1&v=1621289773&u=MjgwNDo1ODE4OmEwNTk6MWEwMDoyNWE0OmY2NmU6N2M5OTpjYTM5. Acesso em: 17 maio 2021.

SENKEVICS, Adriano. **Mulheres e feminismo no Brasil: um panorama da ditadura à atualidade**. 2013. Disponível em: <https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2013/07/11/mulheres-e-feminismo-no-brasil-um-resumo-da-ditadura-a-atualidade/>. Acesso em: 06 de maio de 2021.

Recebido em: 04/06/2022

Aceito em: 16/06/2022

Como Citar (ABNT):

FONSECA, Marina Ribeiro; PEREIRA, Sarah Batista Santos. Desigualdade salarial entre os gêneros: cabimento de reparação por dano patrimonial e moral à mulher. **Revista de Direito Magis**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 107-124, jan./jun. 2022. DOI: 10.5281/zenodo.6621005. Disponível em: <https://periodico.agej.com.br/index.php/revistamagis/article/view/9>. Acesso em: XX mês. XXXX.

**DESENVOLVIMENTOS E DIFICULDADES CONTEMPORÂNEAS
DA RESPONSABILIDADE CIVIL ANTE AO PARADIGMÁTICO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 580.252**

*CONTEMPORARY DEVELOPMENTS AND DIFFICULTIES OF CIVIL
RESPONSIBILITY AGAINST THE PARADIGMATIC EXTRAORDINARY
APPEAL No. 580.252*

Caio César do Nascimento Barbosa¹

Fabírcia Vicente Barbosa²

Resumo: Ante ao atual momento político-social brasileiro, manifesta-se como imperiosa a necessidade de um olhar civil sobre a temática da violação aos direitos humanos dos indivíduos encarcerados em prisões brasileiras, de modo a relacionar-se com a omissão estatal e as mazelas inerentes ao sistema prisional, como a superlotação e o agravamento das degradantes condições às quais os presos se encontram submetidos. Neste toar, é cristalina a afronta aos princípios de dignidade humana estampados na Constituição Federal de 1988. Destarte, faz-se relevante o presente estudo para ampliar o debate sobre o papel da Responsabilidade Civil na matéria dos danos extrapatrimoniais, vez que nenhuma forma de compensação logra o necessário êxito. Através de análise do paradigmático RE 580252, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2017, são extraídas (im)possibilidades de respostas minimamente satisfatórias para o suscitado. O estudo proposto pertence à vertente metodológica jurídico-dogmático. Em relação ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. No tocante à técnica de análise do conteúdo, trata-se de pesquisa teórica, a partir de análise de conteúdo de jurisprudência e doutrina. Em conclusão, extraiu-se a impossibilidade de compensação em pecúnia pela via da Responsabilidade Civil, ante ao complexo e frágil panorama contemporâneo do sistema prisional brasileiro.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Danos; Sistema Prisional.

¹ Sócio Advogado em Raimundo Cândido Júnior Advocacia. Diretor Adjunto do Magis - Portal Jurídico e da Associação Guimarães de Estudos Jurídicos. Pós-Graduando em Direito, Inovação e Tecnologia, pelo Instituto de Ciências Jurídicas Aplicadas e Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, em parceria com a Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Bacharel em Direito, modalidade Integral, pela Escola Superior Dom Hélder Câmara (ESDHC). Colunista da coluna Direito Civil e Contemporaneidade: Novas Perspectivas e Desafios, no Magis - Portal Jurídico.

² Bacharela em Direito, modalidade Integral, pela Escola Superior Dom Hélder Câmara (ESDHC).

Abstract: Facing the current Brazilian social and political situation, the need for a civil look on the issue of human rights violations of individuals imprisoned in Brazilian prisons is imperative, in order to relate to the state's omission and the ailments inherent in the prison system, such as overcrowding and aggravating of the degrading conditions to which prisoners are subjected. In this light, the affront to the human dignity principles stamped in the Constitution of 1988 is crystal clear. Thus, the present study is relevant to expand the debate on the role of Civil Liability in the matter of off-balance moral damages, since no form of compensation achieves the necessary success. Through analysis of the paradigmatic RE 580252, judged by the Supreme Federal Court in 2017, (im)possibilities of minimally satisfactory responses to the aroused are extracted. The proposed study belongs to the legal-dogmatic methodological aspect. Regarding the type of investigation, the legal-projective type was chosen in the Witker (1985) and Gustin (2010) classification. Regarding the content analysis technique, it is theoretical research, based on content analysis of jurisprudence and doctrine. In conclusion, the impossibility of pecuniary compensation through Civil Liability was extracted, given the complex and fragile contemporary panorama of the Brazilian prison system.

Keywords: Civil Liability; Damages; Prisional System.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Responsabilidade Civil contemporânea perpassa por diversos avanços e dificuldades hodiernamente, principalmente no campo do Direito Digital e suas matérias relacionadas. Contudo, a seara ainda lida com problemáticas inerentes às condições existenciais da pessoa humana que, em tese, poderiam (e deveriam) ter sido solucionadas décadas antes.

A situação prisional brasileira, objeto deste breve estudo, encontra-se há muito tempo em crítico situação, de forma que recorrentes são, em diversas unidades prisionais, os problemas relacionados à superlotação, saúde precária, falta de higiene, abusos de terceiros e de entes governamentais, má administração pública, etc. Estes fatores, sejam *per si* ou em conjunto, são agravantes das condições degradantes e inadequadas as quais os presos se encontram.

Destarte, a presente análise visa abordar o RE 580252, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2017, ocasião que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a lesão aos direitos fundamentais dos indivíduos em situação carcerária pelas condições extremamente degradantes em que se encontravam sujeitos.

Contudo, a decisão não se demonstrou plenamente satisfatória, em especial sob o prisma da Responsabilidade Civil contemporânea, uma vez que os padrões fixados pelo

Supremo Tribunal Federal não se encontram em consonância com os recentes avanços da temática, apresentando, assim solução precária.

Neste toar, imperiosa é a necessidade de se analisar o papel da Responsabilidade Civil estatal, uma vez que a inércia e a omissão do Poder Público na solução da problemática existente demonstra-se como fator de agravo da presente situação.

Todas essas circunstâncias, se traduzem como cristalino atentado aos direitos humanos concernentes a qualquer cidadão – independentemente de sua posição social, sem distinção –, sendo levados ao questionamento pela ótica civilista relativamente à atribuição de danos extrapatrimoniais.

Destarte, baseando-se na decisão do Supremo Tribunal Federal e nas consequências da temática, questiona-se, *sob o prisma da Responsabilidade Civil*, se a compensação por danos morais seria possível e satisfatória como resposta a essa violação que ocorre no ambiente carcerário, ou se outros meios poderiam resolver a problemática de forma minimamente adequada.

Outrossim, caso seja possível a compensação por danos morais, passa-se a dificuldade de se auferir economicamente o *quantum* cabível.

A imprescindibilidade de discussão da temática, demonstra-se pela necessidade de importar a matéria para a seara da Responsabilidade Civil, uma vez que os números do sistema prisional brasileiro aparentam alavancar em ritmo progressivo, pautando-se não apenas pelos questionamentos mencionados, mas pela extrema dificuldade de se atingir uma solução viável ante ao exorbitante número de presos no país, tornando-se custosa e dificultosa solução para diversas searas do Direito.

Dada as atuais conjunturas sistemáticas, indaga-se se a Responsabilidade Civil atual poderia regulamentar a matéria e se, no ordenamento jurídico pátrio, respostas viáveis e realistas poderiam ser objetivadas neste contexto.

O estudo proposto pertence à vertente metodológica jurídico-dogmático. Em relação ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker³ e Gustin⁴, o tipo jurídico-projetivo. No tocante à técnica de análise do conteúdo, trata-se de pesquisa teórica, a partir de análise de conteúdo de jurisprudência e doutrina.

³ WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Assim, objetiva o presente estudo lançar luzes sobre a relevância do debate, analisando-se os desdobramentos do RE 580252 e a repercussão da temática em sede da Responsabilidade Civil contemporânea ante ao tema em epígrafe.

2 A REALIDADE PRISIONAL E SEUS OBTÁCULOS PERANTE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em conformidade com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias,⁵ é estimado que o número total de indivíduos encarcerados no Brasil é de 726.712 mil, sendo que em torno de 40% deste resultado são considerados presos provisórios (ou seja, que não possuem condenação judicial em definitivo).

Outrossim, é contabilizado que cerca de 89% da população carcerária encontra-se em unidades classificadas como superlotadas e que 78% dos estabelecimentos estão com um número de presos superior ao de vagas originariamente ofertadas, restando como evidente a superlotação carcerária.

Destarte, notoriamente é apresentado um agravante para violação aos direitos humanos: a pessoa privada de sua liberdade não possui as condições básicas que lhe devem ser fornecidas se compartilha o local onde convive com um número maior de pessoas que o permitido e adequado.

Pondera Ingo Wolfgang Sarlet:⁶

Um sinal de que já estejamos até mesmo perdendo a medida adequada para mensurar os fatos reside na circunstância de que as celas nas quais as condições de vida ainda podem ser, no limite, chamadas de condignas passam a ser percebidas como se fossem privilégios, o que, em certo sentido, não deixam de ser, quando comparadas às condições desumanas, praticamente insuportáveis e insustentáveis, que caracterizam grande parte dos nossos estabelecimentos carcerários e às quais está submetida a absoluta maioria dos reclusos.

Destarte, o objetivo das prisões não é expor o preso a condições degradantes e torturantes. O que as prisões brasileiras modernas objetivam é que o indivíduo, ofensor da ordem pública e moral, em seu tempo cumprindo a pena imposta pelo Estado, pondere sobre os erros que o levaram até ali e assim possa retornar ao convívio na sociedade. Luís

⁵ BRASIL. **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA**. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN. Atualização: Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade Humana, Ressocialização e a Superpopulação Carcerária no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.co.m.br/2017-mar-10/direitos-fundamentais-dignidade-humana-ressocializacao-superlotacao-carceraria>. Acesso em: 22 set. 2020.

Roberto Barroso deslinda que “a pena admitida pela lei e pela Constituição é a de privação de liberdade, e não a perda de dignidade”.⁷

É incongruente encarar a realidade prisional pátria sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro no tangente à observância aos direitos humanos e às garantias fundamentais pautadas pela Constituição Federal, dada a situação fática atual.

A falta de condições humanas nos presídios acarreta na constituição de um cenário que não promove a reabilitação do indivíduo, mas na realidade “a desestruturação do sistema prisional ocasiona o descrédito da prevenção e da reabilitação do condenado, ante um ambiente, cujo fatores culminaram para que chegasse a um precário sistema prisional”.⁸

Em outras nações, as discussões acerca das condições de seus respectivos sistemas prisionais podem variar, conjuntamente com o disposto nas suas respectivas legislações, acopladas a realidade fática da situação do país.

Os Estados Unidos – país notório em termos de debates dos sistemas prisionais, vez que ostenta a maior população prisional do mundo, possui em torno de 2,3 milhões de presos, em dados de 2018 –⁹ conhecido pela imposição de penas severas aos infratores, também enfrenta problemas quanto a sua política carcerária, ainda que em parâmetros diferentes dos problemas brasileiros.

O encarceramento em massa movido pela política norte-americana, que agrava delitos certamente insignificantes, originou o degradante sistema prisional do país.

A medida do explosivo poder da política de massa na América pode ser tomada da lei de punição, onde a pressão por um retributivismo duro teve um efeito extraordinário. Inúmeros estatutos prolongaram as penas de prisão. Mais

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 16/02/2017. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE 11-09-2017, p. 44. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>

[r/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#](http://portal.jurisprudencia.repercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#). Acesso em: 24 set. 2019.

⁸ MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 573, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direitoitajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientificaricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁹ Dados oficiais do ano de 2018. HOW MANY PEOPLE ARE LOCKED UP IN THE UNITED STATES? **Prison Policy.org**, 2018. Disponível em: <https://www.prisonpolicy.org/graphs/pie2018.html>. Acesso em: 11 nov. 2019.

especialmente, certas ofensas morais têm sido alvo de sentenças legislativas particularmente aumentadas, às vezes drasticamente aumentadas.¹⁰

Em sentido congênere, a cultura do encarceramento em massa também é adotada no Brasil, com delitos menores servindo de condão para o aprisionamento de cada vez mais indivíduos, abarrotando-se os complexos prisionais e servindo como agravante para a piora nas condições consideradas como desumanas.

3 O DANO MORAL NO AMBIENTE PRISIONAL BRASILEIRO

Em fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de Recurso Extraordinário, “reconheceu a lesão aos direitos fundamentais dos presos, independentemente do evento morte. O só fato de estar cumprindo a pena em situações degradantes faria surgir o dever de indenizar do Estado”.¹¹

Da tese de repercussão geral aprovada pelo Plenário, se extrai:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, §6 da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.¹²

O paradigmático Recurso Extraordinário 580.252 destaca a responsabilidade estatal – prevista legalmente no artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 –,¹³ relacionado-a à temática em comento, de forma a esclarecer que as normas do

¹⁰ No original: The measure of the explosive power of mass politics in America can indeed be taken from the law of punishment, where the push for a tough retributivism has had an extraordinary effect. Numerous statutes have lengthened prison sentences. Most especially, certain morals offenses have been the target of particularly increased – sometimes drastically increased – legislated sentencing. (WHITMAN, James Q. **Harsh Justice**: criminal punishment and the widening divide between America and Europe. New York: Oxford University Press, 2003, p. 56.)

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1164.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 16/02/2017. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE 11-09-2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/port>

[al/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#](http://jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#). Acesso em: 24 set. 2019.

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 set. 2019)

ordenamento jurídico pátrio garantem ao indivíduo privado de sua liberdade condições e padrões mínimos de humanidade, vez que é dever do Estado lhe garantir sua integridade psíquica e física, conforme explícito no artigo 5º, incisos III¹⁴ e XLIX¹⁵ da Constituição Federal de 1988.

Em similar sentido, o artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos preleciona que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.¹⁶

A tese adotada na atualidade é a da Responsabilidade Civil Estatal pela modalidade objetiva, de forma a se dispensar a análise do elemento culpa, bastando a relação causal entre o fato gerador e o dano ocorrido, não importando se este último for de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, conforme o cenário em análise.

O Brasil, desde 1946, adota, em relação à responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo. O que significa, em essência, que o Estado responde sem culpa, porém fica livre de responsabilização se conseguir demonstrar que não existe nexos causal entre o dano e a ação ou omissão imputada a ele (em outras palavras, o Estado não indeniza se provar: (a) culpa exclusiva da vítima; ou (b) caso fortuito ou força maior).¹⁷

Tal conceito se alia às diretrizes basilares da Responsabilidade Civil, consagradas no artigo 186¹⁸ e 927¹⁹ do Código Civil de 2002. Ressalta-se que o parágrafo único se alia ao artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, vez que trata da hipótese de reparação independentemente de culpa nos casos previstos legalmente.

¹⁴ Art. 5º, III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 set. 2019.)

¹⁵ Art. 5º, XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 set. 2019.)

¹⁶ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1163.

¹⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)

06.htm. Acesso em: 26 set. 2019).

¹⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 26 set. 2019)

No plano da Responsabilidade Civil objetiva, o dano sofrido tem como causa o fato objetivo da atividade, podendo ser comissivo ou omissivo. No caso em epígrafe, a conduta estatal frente à violação dos direitos humanos dos detentos é substancialmente omissiva, vez que deveria agir diante da manifesta inconstitucionalidade dos atos praticados pela administração prisional, porém, acaba se abstendo, fato que culmina na referida omissão.

Assim, deslumbra-se, no âmago do ambiente carcerário, uma verdadeira institucionalização da insalubridade ensejada, sobretudo, pela superlotação, causando desvio legal crítico, dada a generalidade da situação e a marginalização desses indivíduos.

A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 85, expõe que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”,²⁰ de forma a se caracterizar como manifesto o descumprimento da referida lei.

O Brasil, que ostenta a terceira maior população carcerária do planeta, possui capacidade de abrigar em seus presídios um número muito menor do que a realidade demonstra. Sob o argumento de violação dos direitos humanos básicos, os presos recorrerem ao Poder Judiciário para buscar a reparação em âmbito cível, mais especificamente a figura da compensação, ante a impossibilidade de retorno ao *status quo*.

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, consolida a figura do dano moral de forma autônoma, dispensando-se a conjunção com prejuízos de natureza material, bastando-se a incidência de profunda dor no íntimo.²¹

Na complexa busca por uma definição de o que seria o dano moral, aponta Nelson Rosenthal que, “alguns diriam se tratar da dor, mágoa, depressão, enfim de dissabores decorrentes do ilícito. Essa é uma visão equivocada e, felizmente superada. Não se pode confundir a lesão com eventuais consequências que dela derivam”.²²

Nesta linha de intelecção, preleciona Maria Celina Bodin de Moraes que:²³

Afirmar que o dano moral é “dor, vexame, humilhação, ou constrangimento” é semelhante ao dar-lhe o epíteto de “mal evidente”. Através destes vocábulos,

²⁰ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.html. Acesso em 24 set. 2019.

²¹ Art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 set. 2019)

²² ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 236.

²³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 130.

não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções desagradáveis, que podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, mas que, se não forem decorrentes de “danos injustos”, ou melhor, de danos a situações merecedoras de tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis.

Destarte, percebe-se que o dano moral, além de causar a parte lesada males e angústias, devem ser originados por uma situação que seja juridicamente merecedora de tutela jurídica, de modo a ser reparado de acordo com os ditames da Responsabilidade Civil.

Preceituam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosendal que “aproximar o modelo jurídico do dano moral com o princípio da dignidade humana é um exercício indispensável para todos que queiram construir um direito civil constitucional”.²⁴

Neste toar, a busca pela reparação por danos morais, objeto sustentado no RE 580.252, escora-se na extrínseca condição degradante em que os presos se submetem, com respaldo no princípio constitucional da dignidade humana, considerado valor inerente à pessoa humana, trazendo uma pretensão de respeito por parte da coletividade. Basta classificar-se como ser humano para ver-se contemplado pelo princípio ora em comento.

Explana Ingo Wolfgang Sarlet:²⁵

Além disso, como já frisado, não se deverá olvidar que a dignidade—ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária—independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos—mesmo o maior dos criminosos—são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas—ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana—na esteira do que lembra José Afonso da Silva—como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir—no sentido aqui acolhido—atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.

Logo, deve ser entendida a dignidade sob o aspecto da inerência a qualidade de ser humano e não aos comportamentos do indivíduo em sociedade, embora essa

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 362.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direito Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 901.

abordagem esteja sendo concebida no seio das prisões brasileiras, em flagrante desrespeito constitucional.

Deste modo, “fica claro até então que um dos fins do Estado é justamente o de reunir as condições necessárias e suficientes para que as pessoas se tornem dignas”.²⁶

A injusta violação a este fundamento deve ser reparada, de forma a se respeitar as sensações ou emoções desagradáveis e repulsivas sofridas pelo lesado, ensejando um mínimo de respeito aos direitos humanos, merecedores de tutela no ordenamento pátrio, quando inseridos no texto constitucional como direitos fundamentais e, notadamente, na legislação infraconstitucional, pertinente aos direitos de personalidade.

A Responsabilidade Civil, como reguladora da matéria dos danos morais, deverá, de forma justa e dentro da atual conjuntura – haja vista a situação dos presídios nacionais – possibilitar que se atinjam graus satisfatórios para solução da temática.

4 O OBSTÁCULO DA FUNÇÃO REPARATÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A CONTROVÉRSIA DO RE 580.252

Ante a impossibilidade de retorno ao *status quo* pelas violações aos direitos fundamentais dos presos, foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 580252 a compensação monetária relacionado aos danos morais sofridos pelo mesmo no montante de R\$2.000,00 (dois mil reais).

Denota-se que o dano moral não é apto de ser mensurável, não constituindo-se como restituição – haja vista a impossibilidade de retorno a situação prévia –, mas sim como reparação pela lesão sofrida, visando “diminuir” os transtornos sofridos.

Aponta Flávio Tartuce:²⁷

Constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo.

²⁶ SILVA, Fábio de Sousa Nunes da. Construindo uma nova hermenêutica civil constitucional: “da mudança de paradigma aos novos vetores constitucionais aplicáveis a normativa privada”. In: NETO, Inacio de Carvalho (Coord.). **Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 32.

²⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, volume 2. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 409.

Em face da realidade prisional brasileira, a decisão do Supremo Tribunal Federal gerou debates e impasses no tangente à sua eficácia. Em primeiro plano, a compensação no montante de dois mil reais – que no contexto atual brasileiro têm diminuta representação em termos de poder aquisitivo – por si só beira incertezas: a compensação monetária atribuída é considerada ínfima em relação à condição do preso, algo como se o presidiário possuísse despicienda relevância na busca por seus direitos fundamentais – em especial a dignidade da pessoa humana – do que o cidadão que se encontra no gozo de sua liberdade.

Nesta linha de intelecção, preleciona Nelson Rosenvald:²⁸

[...] uma condenação do Estado a um valor pouco superior a 2 salários mínimos como resposta à banalização da dignidade de um detento importa em um pedagógico reforço da inadmissível noção de que a prática do ilícito penal acarreta a mitigação da honra do condenado e, por conseguinte, justifica uma reparação módica – por sinal, muito aquém do que qualquer um de nós obteria por uma indevida negativação de crédito. Se o objetivo fosse o de fixar um valor simbólico para demonstrar que o ilícito estatal foi reconhecido, melhor seria fixar um valor de R\$ 1,00 (um real) em prol da vítima, como uma advertência subliminar quanto à inadmissibilidade desse estado de coisas em pleno século XXI, em um “pretense” Estado Democrático de Direito.

Ainda que na sistemática contemporânea ocorra certa tendência jurisprudencial de se auferir valores considerados “irrisórios” aos danos morais, é inegável a atribuição de valores consideravelmente maiores para situações que podem ser classificadas como de menor relevância jurídico-social. Destarte, a fixação do valor de dois mil reais ao presidiário lesado por tais situações é incoerente com as inclinações do Poder Judiciário sobre a matéria.

Noutro giro, ainda que se considere tal indenização como adequada, a realidade apresenta discordância com a nobre intenção do Superior Tribunal Federal. A atualidade fática exprime adversidades no tangente à impossibilidade, em termos monetários, de os cofres públicos compensarem todos os presos do país que se encontram em tal cenário, haja vista a maioria dos Estados Federativos não possuir recursos suficientes para que seja economicamente possível compensar a situação causada pelos mesmos.

O Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado posteriormente pelos Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, se posicionou na direção de substituir a compensação em pecúnia pela remição de pena.

²⁸ ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento**: desafios contemporâneos. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 206.

O Min. Luís Roberto Barroso finaliza suas considerações introdutórias com a sugestão de que a gravidade do cenário prisional brasileiro determina que eventual solução somente será possível, caso haja uma atuação coordenada pela qual sejam combatidas as três principais de suas tantas causas: a) a superlotação dos presídios; b) a lógica do hiper encarceramento; c) as deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios.²⁹

Ainda que essa proposta não tenha sido rediscutida em momento oportuno, a adoção do posicionamento do Ministro poderia representar uma postura legiferante do legislativo em termos das normas atinentes à execução da pena, bem como ensejaria uma adoção de um “método alternativo” de reparação que poderia vir a remediar o dano sofrido pelo detento.

Contudo, a admissão do método sugerido pelo Ministro poderia ocasionar na subestimação da real essência dos danos morais – que deveria ser a reparação pela ofensa aos princípios fundamentais do indivíduo –, suscitando na privação do alcance dos direitos constitucionais garantidos a todos seres humanos.

Em vista do exposto, percebe-se a tênue linha em que o ordenamento jurídico brasileiro se encontra, ao tratar de tal matéria. Em primeiro plano, indaga-se como deverá o juiz proceder na aplicação da quantificação de danos extrapatrimoniais. A posteriori, é questionado como seria possível reparar os danos causados a todos que se encontram em situação equivalente.

Verificada a impossibilidade satisfatória de reparação premente, necessário se faz o reforço de se estudar os meios que a Responsabilidade Civil encontraria para que, nos limites possíveis, fosse o dano compensado e que seu foco seja extinto, ou, ao menos, mitigado.

5 A (IM)POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO AO PRESIDÁRIO PELO PRISMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL ATUAL

A Responsabilidade se apresenta atualmente como uma vertente fluida dentro do âmbito do Direito Civil, de modo que alterações sociais, filosóficas, éticas e religiosas alteram significativamente o estudo da matéria.

²⁹ MAFFINI, Rafael. Responsabilidade civil do estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura em torno da RE 580.252. **Revista digital ESA**. Rio de Janeiro, RJ: OABRJ, 2018. Vol. 1, n. 1 (set. 2018), p. 621, 2018.

As transformações experimentadas pela sociedade propiciaram a ascensão da Responsabilidade Civil, a qual se converteu no principal eixo do Direito Civil contemporâneo. Nessa toada, Silvio de Salvo Venosa afirma que:³⁰

A história da responsabilidade civil na cultura ocidental é exemplo marcante dessa situação absolutamente dinâmica, desde a clássica ideia de culpa ao risco, das modalidades clássicas de indenização para as novas formas como a perda de uma chance e criação de fundos especiais para determinadas espécies de dano, como os danos ecológicos. Todas as novas conquistas jurídicas refletem um desejo permanente de adequação social.

Assim, a Responsabilidade Civil, a qual originalmente apresentava enfoque no ofensor, paulatinamente desviou seu olhar para a figura da vítima, de forma a repensar a figura da reparação do evento danoso.

Deste modo, com a seara perpassando por evoluções constantes, urge a necessidade de se voltarem olhares para a temática em epígrafe, de modo que as garantias constitucionais não lhes seja privada como lhes é a liberdade.

Diante da controversa decisão do Supremo Tribunal Federal, é suscitada a problemática da (im)possibilidade de compensação ao presidiário pela via da Responsabilidade Civil, vez que ambos os argumentos apresentados no STF implicam em resultados insatisfatórios sob a ótica em questão.

Ainda que a proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso possa lograr êxito no campo das políticas públicas, ricocheteando na área penal e administrativa, a seara cível ainda possui papel fundamental a ser desencadeado na problemática em comento, não devendo ser esquecida, mas sim devendo ser objeto de estudos doutrinário e análises jurisprudenciais com escopo de levantar possíveis soluções.

Em síntese, aplicações na área de políticas públicas e ações administrativas na esfera penal poderiam mitigar a problemática, contudo, não deve ser a única resposta conferida ao presidiário, vez que este deverá buscar a compensação pecuniária em âmbito cível.

Destarte, buscam-se outros meios pela via da Responsabilidade Civil que produzam resoluções minimamente adequadas e razoáveis com a conjuntura fática. Daniele Courtes Lutzky aponta que “à medida que a sociedade fica mais complexa e só

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 402.

fazem aumentar as violações às pessoas, novas situações passam a exigir proteção jurídica adequada, pertinente, eficaz e condizente com os direitos tutelados”.³¹

A Constituição Federal de 1988 explicita em seu artigo 5º, inciso V que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.³²

Assim, em consonância com a Carta Magna, não é possível retirar do indivíduo – preso ou não – a sua prerrogativa constitucional de buscar indenização por danos, sejam de ordem material ou moral. Desta premissa, entende-se que o presidiário, nas situações suscitadas e debatidas anteriormente, não poderá ser privado de seus direitos assegurados pela Constituição Federal.

Em consonância com o **RE 580252**, entende-se que o inequívoco dano moral existente, decorrente das ultrajantes situações carcerárias às quais estes indivíduos se encontram, deverá ser compensado pela via pecuniária, seguindo a função primordial da Responsabilidade Civil, a qual “se insere como uma resposta aos atos antijurídicos praticados por determinado agente, sendo aplicável e mensurável, tão somente, após a efetiva lesão”.³³

Importante destacar, como deslindam Glayder Daywerth Pereira Guimarães e Michael César Silva, que “o Código Civil buscou sintetizar e colmatar a responsabilidade civil em poucos artigos, sendo que os artigos 186, 187 e 927 do diploma legal traçam as diretrizes básicas da responsabilidade civil no Brasil”.³⁴

Ainda, conforme destaca exemplarmente Nelson Rosenvald:³⁵

Nos últimos tempos avançamos bastante em termos de acesso ao dano individual pela via da abertura de comportas no campo dos pressupostos da responsabilidade civil. Flexibilizamos o nexos causal, convertimos a imputação objetiva em cláusula geral (art. 927, parágrafo único do CC) e ampliamos a abrangência do conceito de dano, seja pela introdução da perda de uma chance como indenização autônoma como pela aceitação generosa dos mais variados danos existenciais. Ocorre que todos esses aperfeiçoamentos se deram no interno da função compensatória de danos, negligenciando-se a

³¹ LUTZKY, Daniele Courtes. A necessidade de um verdadeiro olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 4, 2019.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 set. 2019.

³³ BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Contenção de ilícitos lucrativos no Brasil: o disgorgement of profits enquanto via restitutória. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, ano 2, p. 521, 2020.

³⁴ GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake News À Luz Da Responsabilidade Civil Digital: O Surgimento De Um Novo Dano Social. **Revista Jurídica da FA7**, v. 16, n. 2, p. 105, 12 dez. 2019.

³⁵ ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, p. 2 2019.

necessidade de uma difusão de remédios capazes de oferecer maiores incentivos ao efetivo cumprimento das normas substanciais.

Em verdade, a decisão do Supremo Tribunal Federal parece, em primeira análise, abarcar as três funções da Responsabilidade Civil contemporânea de forma edificativa, vez que, para além da função reparatória, aborda o viés pedagógico (sancionando o ente estatal, pecuniariamente, pela prática reiterada de sua conduta omissiva) e também o precaucional (desestimulando o ofensor de reiterar suas condutas antijurídicas).

Neste sentido, aponta Caroline Vaz que:³⁶

[...] apesar de a responsabilidade civil possuir, em tese, uma finalidade eminentemente de proteção da esfera jurídica de cada pessoa (ou manutenção do *status quo ante*) através da reparação ou da compensação, quanto aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, respectivamente, a doutrina e a jurisprudência, em especial no ordenamento jurídico alienígena, preveem atualmente outras funções: de punição (ou sancionatória) e prevenção (ou dissuasória) que, pela repercussão no universo jurídico da contemporaneidade, merecem uma investigação cuidadosa para a sua compreensão.

Assim, a aplicação harmônica das três funções da Responsabilidade Civil contemporânea – retributória, pedagógica e preventiva – garante ao Estado Democrático de Direito a mais pura forma de equilíbrio, vez que: a) seriam compensados os danos oriundos de atos ilícitos; b) seria o ofensor (Estado) da conduta ilícita desestimulado a reiterar tal comportamento; c) seriam prevenidas as novas ocorrências de danos, para que não seja necessário recorrer as duas funções anteriores.

Desta forma, a decisão desprende-se do mero caráter reparatório, vez que ricocheteia nas outras importantes funções inerentes a temática, de modo a tutelar os danos de maneira mais adequada. Neste sentido, discorre Felipe Peixoto Braga Netto que:³⁷

O direito do século XXI não se satisfaz apenas com a reparação dos danos. Mais importante do que tentar reparar – sempre imperfeitamente, como se sabe – os danos sofridos, a tutela mais adequada, e mais conforme à Constituição, é a tutela preventiva, que busca evitar que os danos ocorram ou que continuem a ocorrer. A função preventiva assume, portanto, neste século, fundamental importância.

³⁶ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

³⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. A dimensão preventiva da responsabilidade civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Org.). **Direito privado e contemporaneidade**: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 86.

Sobre o elemento preventivo, esclarecem Caio César do Nascimento Barbosa, Glayder Daywerth Pereira Guimarães e Michael César Silva:³⁸

Deste modo, se apresenta, como um elemento fluido e dinâmico, motivo pelo qual consegue se inserir dentro de todas as funções da Responsabilidade Civil. O elemento preventivo confere às funções da Responsabilidade Civil a característica de uma tutela ampliativa, que pretende evitar que os danos se apresentem na sociedade.

Em sentido congênere, explica Anderson Schreiber que:³⁹

É nesse sentido que se fala, hoje, por exemplo, em um *princípio de precaução*, voltado à eliminação prévia (anterior à produção do dano) dos riscos de lesão, por meio de normas específicas, de natureza administrativa e regulatória, que imponham tal dever aos agentes econômicos de maior potencial lesivo, sob uma fiscalização eficiente por parte do Poder Público. [...] Em setores os mais diversos, e mesmo à falta de dever legal, os administradores têm se preocupado crescentemente com o chamado *risk management*, a revelar uma saudável alteração de foco: dos danos para os riscos.

Logo, embora a reparação ainda se traduza como o âmago da matéria, as outras funções devem ser inseridas no contexto atual para que seja atingido o equilíbrio desejado pelo ordenamento jurídico.

Outrossim, ante a impossibilidade de tempo razoavelmente hábil para que os problemas atuais no sistema prisional brasileiro sejam resolvidos, retirando-se ou mitigando-se as condições indignas carcerárias (para a partir deste ponto, serem adotadas técnicas de *risk management* que abrangeriam o cerne preventivo da questão), solução em nível imediato deverá ser elencada.

Contudo, ainda que a decisão do Supremo Tribunal Federal pela via compensatória se escore nos preceitos contemporâneos da temática, o debate retorna ao ponto de origem em relação ao *quantum* indenizatório.

Ante ao vasto contingente de indivíduos em situação carcerária no país, o erário não comportaria gastos de tamanha monta, ainda que individualmente a quantia de R\$ 2.000,00 seja considerada como irrisória, vez que “presos em situação degradante, no Brasil, lamentavelmente, são quase todos”.⁴⁰

Seguindo-se o entendimento dos gastos do plenário, em conjunto com a aplicação principiológica da reserva do possível, melhor seria, de fato, que houvesse

³⁸ BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Contenção de ilícitos lucrativos no Brasil: o disgorgement of profits enquanto via restitutória. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, ano 2, p. 526, 2020.

³⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 236.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1164.

investimento por parte do Poder Executivo em amenizar e remediar as situações decorrentes da desagradável conjuntura que assola número considerável de indivíduos, que possuem enclausurados não apenas sua liberdade, mas a chance de atingirem triunfo em suas demandas que violam seus direitos fundamentais.

Ainda se argumenta, em sentido oposto, de que a excessiva oneração estatal para compensar pecuniariamente montante expressivo de presos atingiria a coletividade como um todo, que estaria a arcar indiretamente com a má administração estatal pelos indivíduos aos quais lhe é submetida a custódia.

Destarte, extrai-se entendimento de que, por hora, ainda que a resposta apresentada pelo Supremo Tribunal Federal possua caráter fundamentalista com escora nos avanços da Responsabilidade Civil, a realidade fática não a comportaria, de modo a gerar a impossibilidade de compensação ao montante geral de presos em situação elencada anteriormente, não apresentando, desta forma, resposta minimamente satisfatória quando se analisado o panorama geral e as mazelas pelas quais o sistema prisional brasileiro se encontra.

Nesta toada, o investimento pela via administrativa poderia, eventualmente, evitar o risco de novos danos, bem como impedir que os danos já existentes sejam reiterados. Contudo, essa não parece ser uma realidade próxima no Brasil.

O Recurso Extraordinário 580.252, deste modo, parece não apresentar viáveis e realistas soluções para a realidade experimentada no país, de forma que a Responsabilidade Civil possui poucas chances de corresponder aos ideais da temática como deve, tal fator agravado pela ineficácia estatal ante aos indivíduos que deve manter sob sua custódia.

Contudo, a seara das políticas públicas pode atuar no cerne preventivo da Responsabilidade Civil, aliando-se a técnicas de gerenciamento de riscos, de forma a liquidar danos e, assim, não gerarem demandas que ensejem compensação, haja vista a inexistência de dano, mesmo que tal resultado seja auferido a longo prazo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante aos avanços conferidos pela seara da Responsabilidade Civil nas últimas décadas, merecida é a necessidade de se atentar ao novo âmago da temática, a prevenção. A partir da prevenção, possível será gerir os riscos para que estes não se convertam em

danos, de forma a não mais focar isoladamente na reparação, mas em métodos que previnam condutas ilícitas, e, por consequente, novos danos.

É dever estatal atentar-se aos indivíduos que estão sob sua custódia, de modo que a situação em pauta não se reitere, sob pena de fragilidade do ordenamento jurídico. Por meio da gestão de riscos estatal, novas implementações devem ser conferidas em relação ao precário sistema prisional brasileiro, buscando-se apaziguar a já ocorrida situação que ensejou, segundo o Supremo Tribunal Federal, a reparação pelo ato ilícito cometido oriundo da omissão estatal.

Deve ser repensada, após sérias análises, a conduta omissiva por parte do Estado, frente ao desrespeito de preceitos constitucionais básicos. O atual modelo prisional está marcado por inúmeras irregularidades que ferem a dignidade da pessoa humana, sendo manifesta a necessidade de se alterar esse paradigma. Desse modo, repensar o modelo atual e propor possíveis soluções se mostra de suma importância.

Ainda que a decisão do Supremo Tribunal Federal possua nobres intenções e de fato se alie com os avanços contemporâneos no campo da Responsabilidade Civil, a realidade não comporta modelo que satisfaça as demandas oriundas dos danos mencionados, vez que se encontra pautada em muitas contradições e incongruências.

Neste toar, extrai-se o entendimento de que, avaliado o panorama geral, seria impossível pelos caminhos da Responsabilidade Civil compensar a vasta maioria de presos que se encontram na situação de lesão aos seus direitos fundamentais, ainda que demandas individuais possam lograr êxito com base no RE 580.252.

O caminho da prevenção (como uma espécie de *risk management*) parece ser o mais razoável e viável no atual cenário, vez que na atual conjuntura, impossível seria o ordenamento jurídico pátrio conferir resposta imediata de forma satisfatória, isto é, em que a parte seja compensada de forma justa e que os cofres públicos suportem arcar com os custos.

Contudo, o hercúleo trabalho dependerá de boa vontade da Administração Pública, a qual há muito tempo se omite em relação a esta agravadora sistemática, merecedora de atenção dos entes governamentais para que, esperançosamente, a situação possa ser atingir o status constitucional desejável.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Contenção de ilícitos lucrativos no Brasil: o disgorgement of

profits enquanto via restitutória. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, ano 2, p. 517-542, 2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. A dimensão preventiva da responsabilidade civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Org.). **Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 75-91.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 set. 2019.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL**. Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN. Atualização: Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.210** de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.html. Acesso em 24 set. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HOW MANY PEOPLE ARE LOCKED UP IN THE UNITED STATES? **Prison Policy.org**, 2018. Disponível em: <https://www.prisonpolicy.org/graphs/pie2018.html>. Acesso em: 11 nov. 2019.

GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake News À Luz Da Responsabilidade Civil Digital: O Surgimento De Um Novo Dano Social. **Revista Jurídica da FA7**, v. 16, n. 2, p. 99-114, 12 dez. 2019.

LUTZKY, Daniele Courtes. A necessidade de um verdadeiro olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 01-24, 2019.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/dir-eitoitajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientificaricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

MAFFINI, Rafael. Responsabilidade civil do estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura em torno da RE 580.252. **Revista digital ESA**. Rio de Janeiro, RJ: OABRJ, 2018. Vol. 1, n. 1 (set. 2018), p. 616-632, 2018.

ROSENVOLD, Nelson. **O direito civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ROSENVOLD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade Humana, Ressocialização e a Superpopulação Carcerária no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-10/direitos-fundamentais-dignidade-humana-ressocializacao-superlotacao-carceraria>. Acesso em: 22 set. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Fábio de Sousa Nunes da. Construindo uma nova hermenêutica civil constitucional: “da mudança de paradigma aos novos vetores constitucionais aplicáveis a normativa privada”. In: NETO, Inacio de Carvalho (Coord.). **Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 16/02/2017. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE 11-09-2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#>. Acesso em: 24 set. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, volume 2. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WHITMAN, James Q. **Harsh Justice**: criminal punishment and the widening divide between America and Europe. New York: Oxford University Press, 2003.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

Recebido em: 07/06/2022

Aceito em: 19/06/2022

Como Citar (ABNT):

BARBOSA, Caio César do Nascimento; BARBOSA, Fabrícia Vicente. Desenvolvimentos e dificuldades contemporâneas da responsabilidade civil ante ao paradigmático Recurso Extraordinário nº 580.252. **Revista de Direito Magis**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 125-145, jan./jun. 2022. DOI: 10.5281/zenodo.6621829. Disponível em: <https://periodico.agej.com.br/index.php/revistamagis/article/view/11>. Acesso em: XX mês. XXXX.

A VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO REFERENTE ÀS ENCHENTES RECORRENTES EM BELO HORIZONTE

THE BREACH ABOUT CONSTITUTIONAL WARRANTIES: A STUDY REGARDING RECURRING FLOODS IN BELO HORIZONTE

Túlio Coelho Alves¹

Resumo: O presente estudo se funda na imprescindível análise da razão em se responsabilizar o Estado no tocante aos danos materiais, possivelmente, evitáveis, mediante notificação à população, referente a casos de enchentes na cidade Belo Horizonte. A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise do conteúdo, afirma-se que trata-se de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo dos textos doutrinários, normas e demais dados colhidos na pesquisa.

Palavras-chave: Estado; Responsabilidade objetiva; Risco.

Abstract: The present study is based in essential analysis of the reason for holding the State for material damages, possibly avoidable, through notification to population, concerning floods in the city of Belo Horizonte. The research belongs to the juridical-sociological methodological aspects. Regarding the type of research was chosen the Witker (1985) and Gustin (2010), the juridical-projective type. According to the analysis of the technical content, it's stated that it's a theoretical research, which will be possible from the content analysis of the doctrinal texts, standards and other data collected in the research.

Keywords: State; Objective liability; Risk.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

¹ Pós-graduado em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduando em Gestão Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito - modalidade Integral - pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da 49ª Subseção da OAB. Diretor de Comunicação da OABJovem da 49ª Subseção da OAB. Membro do NDcon-UFOP. Advogado. Empresário.

O tema abordado visa analisar criticamente o impacto gerado pelas, quase centenárias, enchentes em Belo Horizonte, o que exemplifica o total desrespeito a direitos, tidos como fundamentais, na Constituição vigente, tais como o direito de propriedade do art.5º. Em clara alusão ao aparente descaso estatal referente à adoção de obras de infraestrutura. Verificada a precariedade, bem como a falta de métodos preventivos, e medidas inibitórias, faltas às quais ilustram a lacuna estrutural estatal.

Ademais, é preciso aferir que o Estado, provedor do estado de bem-estar social, acaba por descumprir com sua função de garantidor do cumprimento da legislação, levantando a discussão referente à responsabilização estatal. Em vista da reparação dos afetados pelo recorrente desastre envolvente inundações. Tudo isto, tendo em vista que o Estado, recentemente, ainda respondia somente subjetivamente. Ao passo que, atualmente, já se faz imprescindível responsabilizá-lo objetivamente por falhas omissivas.

Além do mais, serão avaliadas medidas já adotadas pelo Estado, bem como novas, a fim de compreender o real comprometimento do Governo para com seus cidadãos, casos do Programa de Recuperação Ambiental de Belo Horizonte -- DRENURBS, Núcleo de alertas de enchentes – NAC, e afins.

Portanto, tem-se como objetivos no presente estudo, averiguar as consequências materiais das enchentes, de forma que melhor se constate a relevância da discussão proposta, a qual, a julgar pela recorrência de tragédias, se preza por ser realizada, em vista da inobservância às garantias mais fundamentais. Assim como, realizar uma releitura, com vistas a aferir novas realizações em relação ao primeiro estudo, quiçá, colher inovações positivas à prevenção do desastre em estudo.

A pesquisa proposta pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker e Gustin, o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dedutivo dialético.

Trata-se de uma pesquisa teórica, o que será possível comprovar a partir da análise de conteúdo dos textos doutrinários, normas e demais dados colhidos na pesquisa. Assim, a pesquisa se propõe a esclarecer e analisar as razões pelas quais a responsabilidade do Estado deve ser aplicada objetivamente em casos de omissão do exercício de dever inerente, no tocante a garantir o exercício pleno de direitos constitucionais fundamentais na sociedade brasileira.

2 INOVAÇÕES NO CAMPO PRECAUCIONAL CONTRA ENCHENTES

No contexto das inovações tecnológicas referentes a notificações por desastres, constata-se com mais efetividade, no cenário municipal, o Programa de Recuperação Ambiental dos Fundos de Vale e dos Córregos em Leito Natural de Belo Horizonte (DRENURBS), Núcleos de alerta de chuvas (NAC), bem como o sistema de envio de SMS para alerta de desastre.

Art. 1º Fica oficializado o Programa de Recuperação Ambiental e Saneamento dos Fundos de Vale e dos Córregos em Leito Natural de Belo Horizonte - DRENURBS como parte integrante do Projeto Sustentador Recuperação Ambiental do Programa BH Metas e Resultados, que estabelece as diretrizes para o Programa de Governo do Município.

Art. 2º O DRENURBS tem por objetivo promover a melhoria da qualidade de vida da população por meio da valorização do meio ambiente urbano atuando na despoluição dos cursos d'água, redução dos riscos de inundações, controle da produção de sedimentos e demais ações necessárias para o cumprimento de seu objetivo.

Parágrafo Único - A Secretaria Municipal de Políticas Urbanas e a Superintendência de Desenvolvimento da Capital - SUDECAP são responsáveis pela execução do DRENURBS.

Art. 3º O Programa DRENURBS, cuja execução se iniciou no mês de novembro de 2005, contempla as seguintes bacias e córregos [...].²

O DRENURBS, oficializado no Decreto Nº 13.916/10, possui como proposta a melhora da qualidade de vida da população ao preservar o meio ambiente, despoluindo as águas, reduzindo a possibilidade de enchentes, bem como controlando a sedimentação. Trata-se de um projeto iniciado em 2005, baseado na recuperação de Córregos por toda a grande BH, que foi base da completa recuperação do Córrego 1º de Maio, apenas.

Para minimizar os problemas com mortes e acidentes devido às inundações, a Prefeitura de Belo Horizonte está investindo em ações de planejamento e monitoramento das regiões com maiores riscos através da criação dos Núcleos de Alerta de Chuvas (NAC). Estes núcleos foram formados em 2009 e são constituídos por grupos comunitários situados nas regiões de risco e têm como função consolidar um sistema de alerta às inundações, através do planejamento de ações preventivas e de socorro, como a criação de uma dinâmica de comunicação para disseminação dos alertas de chuvas, a criação de rotas de fuga e a localização de pontos de apoio. Todas as ações dos NAC são subsidiadas por uma equipe técnica da Superintendência de Desenvolvimento da Capital (SUDECAP). Também são promovidos eventos de capacitação dos agentes comunitários e vistorias conjuntas às áreas inundáveis envolvendo os agentes e técnicos de diversas instituições públicas, como engenheiros da prefeitura, bombeiros, Coordenadoria Municipal de Defesa Civil (COMDEC),

² BELO HORIZONTE, **Decreto Nº 13.916**, DE 8 DE ABRIL DE 2010. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/2010/1392/13916/decreton-13916-2010-dispoe-sobre-a-oficializacao-do-programa-de-recuperacao-ambiental-esaneamento-dos-fundos-de-vale-e-dos-corregos-em-leito-natural-de-belo-horizonte-drenurbscomo-parte-integrante-do-projeto-sustentador-recuperacao-ambiental-do-programa-bh-metase-resultados-que-estabelece-as-diretrizes-para-o-programa-de-governo-e-da-outrasprovidencias>. Acesso em: 22 jul. 2018.

Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA), dentre outros. Ao todo, existem 40 Núcleos de Alerta de Chuvas, totalizando cerca de 400 participantes.³

Nesse giro, outro projeto delineado foi o Núcleo de Alerta de Chuvas, implementado já em “BH” com a finalidade de monitorar os riscos relativos a enchentes, de modo a prevenir maiores estragos através da ação consciente de acompanhamento das tendências climáticas, informando aos cidadãos a respeito de incidências de chuva extraordinárias, capazes de inundar regiões. Portanto, um instrumento que corrobora para a diminuição dos danos. Mas que não enfrenta o cerne da questão. É, também, fundamental apontar as faltas do Governo Municipal em termos de prevenção frente a desastres. Nesse sentido, aponta-se, que somente, no ano de 2017, teve implementado sistema de envio de SMS para alerta de desastres que, em comparação, funciona no Japão desde 2007:

O sistema de envio de SMS para alerta de desastres começou a ser utilizado no Japão a partir de 2007 e, atualmente, também funciona em mais de 20 países. No Brasil, o projeto-piloto foi ativado inicialmente em 20 municípios de Santa Catarina, onde moram cerca de 500 mil habitantes. Em junho, outras cinco cidades do Paraná, com cerca de 100 mil moradores, passaram também a contar com o serviço. Essas cidades foram escolhidas por conta de eventos meteorológicos com potencial de acidentes, entre eles, ressacas, vendavais, alagamentos, enxurradas e granizo.⁴

Observando-se, portanto, o claro atraso tecnológico, se conclui pela inexistência do Órgão público respectivo no tocante à atividade de prevenção. Pois, enquanto, países, como o Japão, se encontram amplamente preparados para desastres, inclusive, cuja ocorrência não há como evitar (caso de terremotos), seja por se valerem, acredite, de aplicativos até. No Brasil, particularmente, a capital mineira, a incidência de enchentes é desastre recorrente de várias décadas, e previsto, meteorologicamente, na mesma época do ano.

Desde que começou a operar, em fevereiro do ano passado, o programa já cadastrou 2,6 milhões de cidadãos e encaminhou 48 milhões de mensagens. Para receber os avisos gratuitamente, basta enviar o CEP do seu endereço —

³ SOLUÇÕES PARA CIDADES. **Programa DRENURBS:** uma concepção Inovadora dos recursos hídricos no meio urbano. Disponível em: http://www.solucoesparacidades.com.br/wpcontent/uploads/2013/09/AF_DRENNURBS_WEB.pdf. Acesso em 06 jul. 2018.

⁴ NASCIMENTO, Luciano. **Sistema de alerta de risco de desastre natural por mensagem será ampliado.** Agência Brasil. Brasília, 14 set. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/sistema-de-alerta-de-riscos-dedesastresnaturais-por-mensagens-sera-ampliado>. Acesso em: 10 abr. 2018.

ou de outros interessados, podem ser registrados vários CEPs em um mesmo número de celular — para o 40199.⁵

Assim, não se aclara porque a notificação de possíveis enchentes não havia, ainda, sido empregada. Em vista, também, da adesão da população brasileira, em geral, frente à iniciativa do programa inovador, conforme estatísticas apontaram. Fator que ilustra a aceitação da população a possíveis meios preventivos, em contraposição à demora do Estado em implementá-los.

Nos últimos anos a PBH vem executando em todo o município intervenções de combate a inundações, totalizando hoje um montante da ordem de R\$ 1,14 bilhões e já possui cerca de R\$ 290 milhões assegurados no âmbito do PAC 2 para elaboração de projetos executivos e obras. Em uma estimativa realizada pela PBH, acredita-se que ainda serão necessários cerca de R\$ 5 bilhões para solucionar todos os problemas sanitários da cidade, incluindo aqueles relativos à drenagem urbana.⁶

Noutro giro, enormes valores são divulgados pela Prefeitura, de modo a aparentar empenho. Ainda assim, os mesmos dados ressaltam a distância de uma solução definitiva, a julgar pelo valor, ainda necessário, a se investir. Somado à morosidade visual que se percebe a julgar pela demora na aplicação dos projetos, a sensação que resta é de relativa ineficiência da máquina estatal.

1912 –Feita a primeiras coletas para previsão meteorológica em Belo Horizonte, pelo Instituto Nacional de Meteorologia
1923 –Registro de grande inundação na Bacia do Ribeirão Arrudas
1977 –Em 12 dezembro, no aniversário de 80 anos da cidade, chuva provoca 9 mortes e deixa BH isolada do resto do país
1979 –Em 7 de janeiro, abertas as comportas da Lagoa da Pampulha, com inundação de áreas e grande número de desabrigados
1983 – Cidade vive uma das suas maiores tragédias, quando águas invadem favela Sovaco de Cobra, em BH, e deixa 55 mortos
1997 – Em janeiro, são registrados 66 mortos no estado, sendo 29 na Região Metropolitana de Belo Horizonte
2003 – Chuva na madrugada de 16 de janeiro mata 20 pessoas em BH e causa destruição nos aglomerados do Morro das Pedras, Cafezal e Taquaril
2011 – Dezembro registra índice pluviométrico de 720mm e é considerado o mês mais chuvoso da história da capital.⁷

⁵ NASCIMENTO, Luciano. **Sistema de alerta de risco de desastre natural por mensagem será ampliado.** Agência Brasil. Brasília, 14 set. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2017-09/sistema-de-alerta-de-riscos-dedesastresnaturais-por-mensagens-sera-ampliado>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁶ PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **DRENURBS.** Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/obras-e-infraestrutura/informacoes/diretoria-de-gestao-de-aguas-urbanas/drenurbs>. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁷ WERNECK, Gustavo. **A BH das 200 enchentes.** Estado de Minas. Belo Horizonte, 07 jan. 2012. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/01/07/interna_gerais,271132/a-bh-das-200-enchentes.shtml. Acesso em: 10 abr. 2018.

Além de que, realizada a retrospectiva proposta no Jornal Estado de Minas, a conclusão natural que se perpassa é de relativo descaso contínuo, bem como de insuficiência relativa à atividade desempenhada. E para tanto, a Teoria do Risco Administrativo⁸ se apresenta, perpetrando sua imprescindível verificação frente aos prejuízos, a julgar pela vinculação do nexos causal ao Estado em razão da omissão. Isso porque a necessária intervenção estatal, em defesa do cidadão, tanto não se observava, que, constatando-se, atualmente, inovações no campo da prevenção contra danos resultantes de desastres, no Brasil, percebe-se o atraso e descaso dos governantes.⁹

No ano de 2021, há que se mencionar, por suposto, a sugestão, enfim, de criação de comitê para prevenir enchentes, por parte dos governos municipais de Belo Horizonte e Contagem e do Governo do Estadual.¹⁰ Tal iniciativa se deu com a finalidade de desenvolver soluções para enchentes e alagamentos em pontos críticos das cidades, com enfoque em soluções conjuntas focadas nas obras de macrodrenagem.

Já em Novembro do mesmo ano, discutiu-se a falta de investimentos do Estado em obras de prevenção de enchentes em audiência pública realizada pela Comissão de Direitos Humanos, Igualdade Racial e Defesa do Consumidor e diversos convidados, como vereadores da capital. Lá, sugeriu-se a criação de um comitê de trabalho com integrantes das Prefeituras de BH e Contagem, Câmara Municipal e Governo do Estado para tratar de obras que envolvem o córrego Ferrugem e a Avenida Tereza Cristina, na região Oeste. Um dos presentes, o ex-presidente da Sudecap, explicou que existe uma área desapropriada para fazer a bacia de contenção, além de projetos e recursos. Também sugeriu aumentar os canais de drenagem dos rios Cachoeirinha e Pampulha, na região Norte, e advertiu que essa é uma obra de grande porte e custo elevado¹¹.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 242.

⁹ NASCIMENTO, Luciano. **Sistema de alerta de risco de desastre natural por mensagem será ampliado**. Agência Brasil. Brasília, 14 set. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2017-09/sistema-de-alerta-de-riscos-dedesastresnaturais-por-mensagens-sera-ampliado>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁰ FAVERO, Giovanna. **BH, Contagem e Governo de Minas criam comitê para prevenir enchentes**. BHAZ, 27 fev. 2021. Disponível em: <https://bhaz.com.br/bh-contagem-e-governo-de-minas-criam-comite-para-prevenir-enchentes/#gref>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹¹ SUPERINTENDÊNCIA DE COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL. **Falta de obras de prevenção de enchentes deixa população apreensiva**. 8 nov. 2021. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2021/11/falta-de-obras-de-preven%C3%A7%C3%A3o-de-enchentes-deixa-popula%C3%A7%C3%A3o-apreensiva>. Acesso em 11 jun. 2022.

Isto, a partir da união de esforços na busca de recursos para intervenções de controle das cheias de córregos como o Ferrugem e Riacho das Pedras – Em períodos de chuva, esses córregos são os responsáveis por provocar o transbordamento do Ribeirão Arrudas e enchentes em avenidas como a Tereza Cristina, ponto crítico nesta época do ano –.

Ainda se noticiou que a Prefeitura da capital concluiu obras de prevenção de enchentes no Barreiro, outra região que também sofre em períodos chuvosos. E que, com a intervenção, as margens do córrego Bonsucesso¹² foram estabilizadas e as águas tiveram sua velocidade reduzida, o que vai reduzir os processos erosivos, facilitar os serviços de coleta de resíduos e, conseqüentemente, contribuir para a despoluição das águas.

Por fim, mencionou-se a realização de outras intervenções que ainda estão em andamento no referido Córrego: A implantação e complementação do sistema de esgoto da bacia com a construção de galeria da rua 7 para a canalização do córrego paralelo a essa via e a concordância da rua Cristiano Resende com a rua Bechelany, além de adequações na área do entorno.

Outra obra, chamada de Trecho 5, visa a estabilização das margens, controle de aporte de sedimentos ao curso d'água, preservação de Área de Proteção Ambiental (APP), proteção de calha e taludes do córrego contra processos erosivos e viabilização do sistema de esgotamento sanitário no trecho. O que reduzirá o risco de inundações, complemento das intervenções já existentes resultando ainda na viabilização da implantação do sistema de esgotamento sanitário visando à despoluição do curso d'água. A previsão de conclusão desse trecho é no primeiro semestre de 2021.

Por fim, um ponto que divide opiniões diz respeito à recente negativa, em 2º turno, em votação da Câmara Municipal de Belo Horizonte. O PL 1026/2020 autorizaria a Prefeitura a contratar operações de crédito junto ao Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), ou outra instituição financeira, no valor de 160 milhões de dólares (R\$ 907 milhões, em valores atuais) para o Programa de Redução de Riscos de Inundações e Melhorias Urbanas na Bacia do Ribeirão Isidoro. Críticos da proposta apontaram a falta de clareza em relação à destinação do dinheiro e às condições

¹² REDAÇÃO HOJE EM DIA. **PBH conclui primeira etapa de obras para prevenção de enchentes no Barreiro**. HOJE EM DIA. 26 fev. 2021. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/pbh-conclui-primeira-etapa-de-obras-para-prevencao-de-enchentes-no-barreiro-1.822107>. Acesso em: 23 mar. 2021.

de pagamento da dívida; seus defensores lamentaram o prejuízo para as comunidades afetadas por enchentes.¹³

Em suma, se faz possível observar que há medidas em funcionamento buscando subverter a questão das enchentes, de modo a promover a resolução da problemática das enchentes. Todavia, se verifica que dentre os instrumentos citados, somente o DRENURBS oferece alguma solução efetiva, ao passo que o mesmo, iniciado 13 anos atrás, reformulou por completo apenas um córrego. O que leva a crer que falta efetividade no combate à incidência de enchentes. Ainda há que se ressaltar, ao final, que muitas das iniciativas de prevenção e combate aos desastres em enfoque travam em burocracias estatais.

3 VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS PERANTE À HIPÓTESE DE ENCHENTES EM BELO HORIZONTE

Por mais que os direitos humanos estejam em ênfase nos últimos tempos, vide regra, entra em pauta a recorrente discussão se, em verdade, há respeito pelos mesmos, em razão, a exemplo, da ocorrência de enchentes no ano de 2018, em que observou-se a forte corrente de águas que tomou conta da Avenida Bernardo Vasconcelos em “BH”¹⁴ — visto que, nestas situações, incontáveis direitos são inviabilizados, a julgar pelos danos causados e pela precariedade observada em função da tragédia, o que leva a discutir se há o devido respaldo, *per si*, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Afinal, este princípio desempenha uma função de proeminência entre os fundamentos do Estado brasileiro.¹⁵ Fator que exemplifica a relevância da dignidade, por explicitar a imprescindibilidade do cumprimento dos direitos inerentes mais básicos, os quais, a incidência de enchentes inibe.

Assim, faz-se imprescindível a presente crítica do estudo, ao apontar o desrespeito às garantias constitucionais por parte do próprio Erário. Já que, constitucionalmente, a julgar pelo art.1º, promover a defesa da dignidade humana é

¹³ SUPERINTENDÊNCIA DE COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL. **Câmara não autoriza empréstimo de R\$900 milhões para obras na Bacia do Isidoro**. 16 Mar, 2021. Disponível em: <<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2021/03/c%C3%A2mara-n%C3%A3o-autoriza-empr%C3%A9stimo-de-r900-milh%C3%B5es-para-obras-na-bacia-do>>. Acesso em 09 jun. 2022.

¹⁴ G1-MG. **Durante tempestade, muro desaba sobre casa, e homem morre em BH**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/durante-tempestade-muro-desaba-sobre-casa-e-atinge-familia-em-bh.ghtml>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 251.

função do Estado.¹⁶ Visto que a dignidade nada mais é que um valor inerente à própria existência, não luxo. Sendo assim, não representa absurdo algum que se exija plena observância. Ao passo que a sua falta expõe as condições desumanas às quais a comunidade está sujeita enquanto houver quem exima de responsabilidade o Governo.

Tendo em vista que o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, no plano jurídico, inclui o direito à vida; à igualdade; à integridade física; assim como à integridade moral e psicológica.¹⁷ Ambos direitos violados perante o dano que as enchentes geram.

Por conseguinte, fundamental averiguar os mais variados direitos constitucionais infringidos em seus respectivos contextos, afinal, como bem entende José Afonso da Silva,¹⁸ não há, certamente uma só inspiração, vez que o reconhecimento de tais direitos resulta de reivindicações, em determinados momentos em que a própria sociedade proporcionou as condições necessárias para sua consolidação, ainda que em função de muita luta. O que expressa a ideia de que para entender a relevância do direito é preciso contextualiza-lo.

A começar pelo direito à liberdade, previsto no art.5º, caput, da Constituição¹⁹ o qual entende-se ser inviabilizado, em termos de deslocamento, pelo fato de a corrente de águas impedir o deslocamento daqueles situados nas áreas de cheia, seja onde reside ou de onde mais estiver abrigado.

Imprescindível, também, se faz citar o direito de propriedade, presente também no já referido caput, o qual a élide colide com os prejuízos e impedimentos frutos das enchentes, visto que a corrente colossal de águas acaba por danificar imóveis, levar móveis consigo e, inclusive, impedir acesso aos bens, pela dificuldade de tráfego. Assim como, o direito à vedação de tratamento degradante, inciso III, art.5º, explicitada a sua inobservância no simbolizado tratamento desumano, decorrente de situações em que o cidadão é exposto ao desagradável e desumano por interferência da enchente, a exemplo do desabrigado que tem sua residência devastada pela corrente de água. Fator que pode ensejar, inclusive, a exposição a doenças bacterianas, remetendo ao direito à saúde, até.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 jul. 2018.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 44-45.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 jul. 2018.

Por fim, apontar o direito de receber informações relevantes, seja de interesse público ou privado, pelos órgãos públicos, previsto no inciso XXXIII, que talvez melhore com o sistema de notificações via SMS.

As prestadoras de telefonia móvel expandiram para os Estados de Goiás, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais o sistema que dará suporte ao envio de alertas para informar a população, via SMS, sobre o risco de ocorrência de desastres naturais, como chuvas fortes alagamentos, enchentes e deslizamentos. O sistema, que passa a operar nesses três Estados na segunda-feira,15, começou a funcionar em fevereiro de 2017 e está disponível, também, nos estados do Espírito Santo, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. A operação nos nove estados vai compreender mais de 125 milhões de telefones móveis. Desde fevereiro do ano passado, cerca de 2 milhões de cidadãos já se cadastraram e foram encaminhadas 25 milhões de mensagens de alerta. A previsão é que ainda no primeiro trimestre o sistema esteja disponível em todo o país.²⁰

Recentemente colocado em prática em Belo Horizonte, o sistema aparenta uma alternativa para que se evitem prejuízos relativos à falta de aviso prévio de enchentes, ainda assim, reitera-se, que representa uma solução de curto alcance, em razão das notificações não enfrentarem o cerne da questão.²¹

Além do mais, é válido atribuir que o desrespeito aos direitos fundamentais para a sobrevivência também abrem discussão quanto ao cumprimento de tratados internacionais, tais como o Pacto de San José Da Costa Rica (COSTA RICA, 1969) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (FRANÇA, 1948) visto haver destaque nos mesmos do porquê há de se prover um ambiente propício ao exercício dos direitos e garantias fundamentais, tais como o art.25 da Declaração, no qual frisa-se a imprescindibilidade da saúde e bem-estar ao indivíduo, e dos art.12, 13, 15, 16 e 22, do Pacto, que prezam pela manutenção da ordem e contenção do caos.

Portanto, compreendendo os direitos constitucionais citados, também na condição de direitos humanos — pela sua amplitude universal de observância — se tem que os mesmos são irrenunciáveis, isto é, independente da concordância do indivíduo, se faz, veementemente, vedado retirar dele quaisquer destes direitos.²²

4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

²⁰ TELE-SINTESE. **Sistema de alerta desastre naturais via SMS chega a GO, MS e MG.** 2018. Disponível em: <https://www.telesintese.com.br/sistema-de-alerta-de-desastre-naturais-via-sms-chega-go-ms-e-mg/>. Acesso em: 31 abr. 2021.

²¹ TELE-SINTESE. **Sistema de alerta desastre naturais via SMS chega a GO, MS e MG.** 2018. Disponível em: <https://www.telesintese.com.br/sistema-de-alerta-de-desastre-naturais-via-sms-chega-go-ms-e-mg/>. Acesso em: 31 abr. 2021.

²² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 553-554.

Avaliando o retrospecto no Brasil, de desastres, casos do desastre nuclear em Goiás no ano de 1987, e do desastre de Bento Rodrigues, recentemente, observa-se que falta estrutura ao Brasil. Por exemplo, a falta de fiscalização do próprio órgão estatal frente a irregularidades na atividade e na estrutura da empresa responsável pela atividade mineral.

[...] Abandonando a desacreditada noção de culpa, para admitir que somos responsáveis não somente pelos atos culposos, mas pelos nossos atos, pura e simples, desde que tenham causado um dano injusto. Por esta nova concepção, abstrai-se da ideia de culpa: aquele que cria o risco responde, se ele se vem a verificar, pelas consequências a terceiros.²³

Percebe-se, portanto, que o devido respaldo estatal frente à coordenação da sociedade enseja, de fato, à responsabilização do mesmo órgão. Se, para efeitos de embasamento, alude-se tal obrigação à Teoria do Risco Criado, embasada por Louis Josserand que defende intermitentemente, que aquele que exercita determinada atividade por ela responde.²⁴

A título de reforço, doutrinadores consagrados, tais como Hely Lopes Meirelles (2016, p.786)²⁵, ao analisarem os dispositivos 186 e 927, ambos do CC, extraem que o primeiro aponta para a existência da responsabilidade subjetiva, e, que, portanto, os elementos que permitem a responsabilização objetiva se baseiam nos ditames do segundo, a partir do conceito de risco. Portanto, que, aplicar a teoria do risco à atuação estatal é plenamente possível, posto que a administração pública assumiu a obrigação por atos comissivos quanto para omissivos, vez que tomou para si o compromisso de zelo pela integridade física daquele que venha a sofrer um dano.

Somada a esta tese, se encontra A Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei 12.608/12) – PNPDEC– que, inclusive, dispõe em seu artigo 2º, §2º: "A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco". Assim, é de se concluir que pelos riscos resultantes da atividade deve responder, independente do fator culpa, o responsável pela atividade, em clara influência da responsabilidade civil objetiva.²⁶

²³ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves De; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 500-501.

Se deve ao caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea: o século do automóvel, do avião, da mecanização universal não pode, logicamente, ser uma era de segurança material. A falta desta acarreta uma geral aspiração de segurança jurídica. Se não estamos a coberto dos riscos, tenhamos pelo menos a certeza de que não sofreremos impunemente as consequências da atividade alheia.²⁷

Por conseguinte, adentrando ao instituto do risco há de se aferir que a questão das enchentes não se adequa ao termo acidente, que decorre de fatores imprevisíveis. Se deve, em verdade, em função de falhas nas tubulações de escoamento e do sistema de drenagem de água ineficaz, tudo fruto de crescimento urbano sem planejamento, ou como consequência do efeito da impermeabilização indiscriminada do solo urbano.

Ademais, aponta-se que a PNPDEC traz os princípios, objetivos e instrumentos inerentes à gestão de riscos de desastres, bem como a gestão de desastres que serão implementadas no Brasil, com a finalidade, pura e simplesmente, de assegurar condições sociais, econômicas e ambientais mínimas, com vistas à garantia da dignidade da população, assim como, a promoção do desenvolvimento sustentável, a pesar a possibilidade de uso de poder de polícia e de medidas judiciais coercitivas para a implementação de referida Política.

Em suma, estamos a tratar do instituto do desastre, no sentido de ser algo trágico, porém previsível, isto é, passível de prevenção. Felizmente, é pacífico na jurisprudência que nos casos de danos à particulares decorrentes das enchentes opera a responsabilidade objetiva do Estado, mais precisamente do ente municipal, competente pelas obras de escoamento de água. Por suposto, O TJ/MG, já decidiu em mais de uma ocasião, condenar o poder público Municipal à reparação civil dos afetados por enchentes, em razão da omissão da administração pública em relação às obras necessárias para combater as enchentes.²⁸

A título de ilustração a responsabilidade objetiva do Estado perante os danos oriundos das enchentes e alagamentos, menciona-se a Lei do Saneamento Básico (Lei nº. 11.445/07), especificamente, seu artigo 2º, inc. III, que estabelece como princípio fundamental a ser seguido na prestação do serviço público de saneamento básico:

²⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62-63.

²⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Apelação Cível 1.0024.11.328959-9/001. Ação de abstenção de uso de marca. Propriedade industrial. Marca notória e de alto renome. Proteção especial. Extensão a todos os ramos de atividade. Indenização. Lucros cessantes. Dano moral. Ausência de comprovação de sua efetividade. Indenização indevida. Relator(a): des.(a) Corrêa Junior, 6ª câmara cível, julgamento em 02 abr. 2019, publicação em 12 abr. 2019. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4087>. Acesso em: 10 jan. 2022.

"abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente". Em seguida, no inciso IV: "disponibilidade, nas áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, tratamento, limpeza e fiscalização preventiva das redes, adequados à saúde pública, à proteção do meio ambiente e à segurança da vida e do patrimônio público e privado". ((Lei nº. 11.445, 2007, BRASIL.)

Afinal, nas enchentes de Belo Horizonte, o que se tem é o desenvolvimento do alastramento de água, anualmente, de determinadas épocas do ano e em determinadas regiões do município e região. Sendo assim, perfaz-se a aceitação do risco pelos obrigados pela atividade desempenhada. Bem como ilustrado por estudos registrarem ocorrência de enchentes desde 1923, quando ocorreu a primeira cheia no ribeirão Arrudas.²⁹

Não é o que sucede em nossos tempos: “temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável: queremos que haja um responsável; já não aceitamos docilmente os golpes do destino e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva. Ou, se quiserem, o acidente já não nos aparece como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem.”³⁰

Afinal, em pleno século XXI, onde há difusão de tecnologias e informações de forma infinita, não mais se justifica apenas conviver com desastres previstos anualmente, a população, por cumprir com a sua contribuição taxativa, já não mais se dá por satisfeita com a ocorrência de tragédias, ano após ano.

Tais desastres, por suposto, entram em rota de colisão com nossa Carta Magna na medida em que valores como os art. 30, V, vez que compete aos municípios organizar e prestar, direta ou indiretamente, serviços públicos de interesse local, dentre os quais se encontra o de escoamento das águas pluviais.

O que explica a tensão com o exercício de direitos fundamentais, como por exemplo os elencados no art. 6º da Constituição da República. Entre eles os direitos à saúde, ao trabalho e a moradia, de forma geral. Os quais ficam prejudicados pela impossibilidade de transitar livremente pelas ruas, como se constatou na movimentada Avenida Bernardo Vasconcelos neste ano. E, até mesmo, a saúde coletiva é posta em perigo pela incidência de água infectada que invade as residências de muitos, corroborando para o desenvolvimento de enfermidades.

²⁹ WERNECK, Gustavo. **A BH das 200 enchentes**. Estado de Minas. Belo Horizonte, 07 jan. 2012. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/01/07/interna_gerais,271132/a-bh-das-200-enchentes.shtml. Acesso em: 10 abr. 2018.

³⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 63.

Não é qualquer omissão que faz surgir o dever de indenizar do Estado. Diríamos que se trata de uma omissão qualificada. Ou, mais exatamente, de uma omissão juridicamente relevante. Uma omissão que se revista de cores que revelem que foi inadequada, injusta, a inação do Estado no caso concreto.³¹

Portanto, não se trata de extorquir a máquina estatal com a exigência de reparação, mas de compensar e prevenir, bem como defendem os ideais da Responsabilidade Civil, nas hipóteses de omissão qualificada. Afinal, a aplicação da Teoria do Risco administrativo, abordada, também por Farias, Braga Netto e Rosenvald, busca reparar os ofendidos, em atenção à solidariedade para com o ofendido, não punir o Estado pelas falhas administrativas.³² Reparação imprescindível em razão de casos como o da inundação registrada em 2015 na região de Venda Nova - na qual, mais de 60 carros foram carregados pela água, dentre outros danos materiais.³³

Afinal, a falta de atividade estatal adequada para suprir a incidência de águas, que formam as enchentes, levam a justificar responsabilizar a o órgão, seja pelo exercício ou pela falta deste. Do contrário, não haverá previsão para o ressarcimento daqueles que tiveram lesões relevantes, sejam elas patrimoniais ou morais.

Enfatizando a relevância da atividade estatal para o bem-estar social, infere-se jurisprudência do Supremo,³⁴ na qual se decidiu pela responsabilidade objetiva do Estado referente à omissão, em função de danos relativos a crimes cometidos por quadrilha, na qual era membro foragido.

Em suma, por mais que a atribuição da responsabilidade pelos danos ao Estado, por omissão de atividade de sua competência, possa soar algo muito inovador, talvez fictício, de imediato, visto que a atitude inovadora de responsabilizar objetivamente, pela omissão, o órgão público possa ser de difícil aplicação, inicialmente. Na ocorrência de casos em que a omissão seja relevante para a causa do dano, como a falta de obras de infraestrutura, é inerente ao Estado o nexo causal, pois como analisado, direitos constitucionais básicos estão sendo claramente ignorados, o que legitima a aplicação da

³¹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 184.

³² FARIAS, Cristiano Chaves De; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³³ ALVES, Leticia; RODRIGUES, Ricardo. **Obras de contenção na promessa e lixo jogado nas ruas deixam BH à mercê das enchentes**. Hoje em dia. 29 out. 2015. Disponível em: <http://hojeemdia.com.br/horizontes/obras-de-conten%C3%A7%C3%A3o-na-promessae-lixo-jogado-nas-ruas-deixam-bh-%C3%A0-merc%C3%AA-das-enchentes1.328231>. Acesso em: 08 abr. 2018.

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 130764/PR**. PRIMEIRA TURMA. Min. Rel. Moreira Alves, Julgamento: 12/05/92. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751060/recurso-extraordinario-re-130764-pr?ref=juris-tabs>. Acesso em: 09 set. 2018.

responsabilidade objetiva, de modo que haja respaldo ao lesados, de modo, que as garantias, a eles inerentes, sejam observadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, não há como deixar de constar que, em pleno século XXI, em que a informação e tecnologia alcançam gamas populacionais, antes inimagináveis, corroborando para um elevadíssimo desenvolvimento, não se ter uma harmonia em termos de observância de direitos humanos leva a questionamentos pontuais relativos ao desempenho do Estado na observância do bem-estar social.

É de se aparentar desanimador ainda haver casos de tragédias, como as de enchentes, em que direitos fundamentais de primeira, segunda, e terceira geração são inviabilizados, ao passo que chama a atenção a causa ocorrer anualmente, sem que medidas, de fato, concretas, no tocante a solucionar o problema, sejam efetivadas. Visto que obras estruturais com relação a redimensionamento de esgotos, para melhor vazão, bem como o planejamento de uma melhor estrutura para condução das águas são mínimas.

Os direitos humanos são tema recorrente de discussão, não por haver dúvida se a sua aplicação é devida, mas sim pela inobservância de seu cumprimento a todo momento num Estado Democrático de Direito. Afinal, direitos básicos como a moradia e a saúde não representam nada à mercê de um momento caótico como o da ocorrência de enchentes.

Enquanto, o que se transmite, pela parte do Estado, no tocante ao combate a este fenômeno, nada mais são que reles promessas e projetos sem eficácia.

Caso, recentemente, do sistema de alertas de SMS, como bem se ilustra, um meio irrisório na caminhada para sanar o cerne da questão. Afinal, não se posta uma situação de bem-estar social ter de, ao menos anualmente, lidar com evacuações ou mesmo dias confinados na própria residência ou pior, fora dela. Ao passo que pouco ou nada pode fazer para evitar que a água carregue móveis ou promova o contato com enfermidades.

Em suma, é fundamental destacar que a Constituição, O Pacto de San José e a Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como outros documentos, não representam meros pedaços de papel, mas sim informativos que transcrevem as obrigações do Estado para com seus governa- dos, em clara alusão a um documento

pontual capaz de orientar o governo na condução de uma gestão responsável, para que assim se possa alcançar a ordem.

De modo que a sociedade, como um todo, tenha harmonia, e para isso, nada mais adequado que conter problemas recorrentes, tais como enchentes, contaminações, guerras e todo tipo de evento capaz de potencializar a discórdia. Tendo a sociedade sempre como base a concepção contemporânea de direitos humanos, a qual é marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Letícia; RODRIGUES, Ricardo. **Obras de contenção na promessa e lixo jogado nas ruas deixam BH à mercê das enchentes**. Hoje em dia. 29 out. 2015. Disponível em: <http://hojeemdia.com.br/horizontes/obras-de-conten%C3%A7%C3%A3o-na-promessae-lixo-jogado-nas-ruas-deixam-bh-%C3%A0-merc%C3%AA-das-enchentes1.328231>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BELO HORIZONTE, **Decreto Nº 13.916**, DE 8 DE ABRIL DE 2010. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/decreto/2010/1392/13916/decreton-13916-2010-dispoe-sobre-a-oficializacao-do-programa-de-recuperacao-ambiental-esaneamento-dos-fundos-de-vale-e-dos-corregos-em-leito-natural-de-belo-horizonte-drenurbscomo-parte-integrante-do-projeto-sustentador-recuperacao-ambiental-do-programa-bh-metase-resultados-que-estabelece-as-diretrizes-para-o-programa-de-governo-e-da-outrasprovidencias>. Acesso em: 22 jul. 2018.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 jul. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 130764/PR**. PRIMEIRA TURMA. Min. Rel. Moreira Alves, Julgamento: 12/05/92. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751060/recurso-extraordinario-re-130764-pr?ref=juris-tabs>. Acesso em: 09 set. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 25 ago. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves De; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAVERO, Giovanna. **BH, Contagem e Governo de Minas criam comitê para prevenir enchentes.** BHAZ, 27 fev. 2021. Disponível em: <https://bhaz.com.br/bh-contagem-e-governo-de-minas-criam-comite-para-prevenir-enchentes/#gref>. Acesso em: 20 mar. 2021.

G1-MG. **Durante tempestade, muro desaba sobre casa, e homem morre em BH.** 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/durante-tempestade-muro-desaba-sobre-casa-e-atinge-familia-em-bh.ghtml>. Acesso em: 19 jul. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 3a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEI Nº 11.445, DE 5 DE JANEIRO DE 2007. BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

LEI Nº 12.608, DE 10 DE ABRIL DE 2012. BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112608.htm. Acesso em 05 jun. 2022

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). **Apelação Cível 1.0024.11.328959-9/001. Ação de abstenção de uso de marca. Propriedade industrial. Marca notória e de alto renome. Proteção especial. Extensão a todos os ramos de atividade. Indenização. Lucros cessantes. Dano moral. Ausência de comprovação de sua efetividade. Indenização indevida. Relator(a): des.(a) Corrêa Junior, 6ª câmara cível, julgamento em 02 abr. 2019, publicação em 12 abr. 2019.** Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4087>. Acesso em: 10 jan. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NASCIMENTO, Luciano. **Sistema de alerta de risco de desastre natural por mensagem será ampliado.** Agência Brasil. Brasília, 14 set. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/sistema-de-alerta-de-ricos-dedesastresnaturais-por-mensagens-sera-ampliado>. Acesso em: 10 abr. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** 11. ed. São Paulo: Método, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 25 ago. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **DRENURBS**. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/obras-e-infraestrutura/informacoes/diretoria-de-gestao-de-aguas-urbanas/drenurbs>. Acesso em: 10 jul. 2018.

REDAÇÃO HOJE EM DIA. **PBH conclui primeira etapa de obras para prevenção de enchentes no Barreiro**. HOJE EM DIA. 26 fev. 2021. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/pbh-conclui-primeira-etapa-de-obras-para-prevencao-de-enchentes-no-barreiro-1.822107>. Acesso em: 23 mar. 2021.

REDAÇÃO PORTAL T5, **Serviço de alerta nos celulares sobre desastres naturais é antecipado no Nordeste**. Portal T5. Paraíba, 16 fev. 2018. Disponível em: <https://www.portalt5.com.br/noticias/paraiba/2018/2/58017-servico-de-alerta-nos-celulares-sobre-desastres-naturais-e-antecipado-no-nordeste>. Acesso em: 08 abr. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: editoria Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOLUÇÕES PARA CIDADES. **Programa DRENURBS: uma concepção Inovadora dos recursos hídricos no meio urbano**. Disponível em: http://www.solucoesparacidades.com.br/wp-content/uploads/2013/09/AF_DRENNURBS_WEB.pdf. Acesso em 06 jul. 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. Ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011.

Superintendência de Comunicação Institucional. **Câmara não autoriza empréstimo de R\$900 milhões para obras na Bacia do Isidoro**. 16 Mar, 2021. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2021/03/c%C3%A2mara-n%C3%A3o-autoriza-empr%C3%A9stimo-de-r900-milh%C3%B5es-para-obras-na-bacia-do>. Acesso em 09 jun. 2022.

Superintendência de Comunicação Institucional. **Falta de obras de prevenção de enchentes deixa população apreensiva**. 8 nov, 2021 Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2021/11/falta-de-obras-de-preven%C3%A7%C3%A3o-de-enchentes-deixa-popula%C3%A7%C3%A3o-apreensiva>. Acesso em 11 jun. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEIXEIRA, Pedro Luiz. **Enchentes, tragédias e falta de planejamento**. Disponível em: <https://maisminas.org/enchentes-tragedias-e-falta-de-planejamento/>. Acesso em: 08 abr. 2018.

TELE-SINTESE. **Sistema de alerta desastre naturais via SMS chega a GO, MS e MG**. 2018. Disponível em: <https://www.telesintese.com.br/sistema-de-alerta-de-desastre-naturais-via-sms-chega-go-ms-e-mg/>. Acesso em: 31 abr. 2021.

WERNECK, Gustavo. **A BH das 200 enchentes**. Estado de Minas. Belo Horizonte, 07 jan. 2012. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/01/07/interna_gerais,271132/a-bh-das-200-enchentes.shtml. Acesso em: 10 abr. 2018.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tese em derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

YUGE, Cláudio. **Sistema de alerta sobre desastres naturais via SMS opera em todo o Brasil**. Tecmundo. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/seguranca/127603-sistema-alerta-desastres-naturais-via-sms-opera-brasil.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

Recebido em: 16/06/2022

Aceito em: 22/06/2022

Como Citar (ABNT):

ALVES, Túlio Coelho. A violação às garantias constitucionais: um estudo referente às enchentes recorrentes em Belo Horizonte. **Revista de Direito Magis**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 146-164, jan./jun. 2022. DOI: 10.5281/zenodo.6647192. Disponível em: <https://periodico.agej.com.br/index.php/revistamagis/article/view/12>. Acesso em: XX mês. XXXX.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ENSINO PÚBLICO E AO ACESSO AOS MEIOS DIGITAIS COMO FUNDAMENTAL

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN TIEMPOS DE PANDEMIA: UN ANÁLISIS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA Y EL ACCESO A LOS MEDIOS DIGITALES COMO FUNDAMENTO

Agnes Luiza Soares Gonçalves¹

Giovanna Duarte Silva²

Resumo: O presente artigo se dedica a analisar crítica e construtivamente a responsabilidade civil do Estado na garantia do direito à educação no ensino público, bem como no acesso aos meios digitais enquanto direitos fundamentais. Para tanto, analisou-se o fundamento do direito à educação e os reflexos e desafios advindos da pandemia do Novo Coronavírus na rede pública de ensino. Evidenciada a responsabilidade civil objetiva do Estado em fazer cumprir esse direito, concluiu-se pela aplicação da Teoria do Risco Integral para responsabilizar a Administração Pública por suas ações e omissões, enquanto garantidora do arcabouço mínimo protetivo à dignidade da pessoa humana. Nesse cenário, foi problematizado o acesso aos meios digitais enquanto garantia imprescindível ao ensino, principalmente no cenário pandêmico, e os impactos da carência de acesso à internet aos alunos da rede pública. Cabe ressaltar que este artigo foi escrito previamente à publicação da Lei nº 14.172/2020, que dispõe sobre a garantia de acesso à internet, com fins educacionais, a alunos e a professores da educação básica pública. Quanto à investigação, pertence à classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), utilizar-se-á a vertente jurídico-sociológica, com predomínio do raciocínio dialético. Parte-se, ainda, de uma análise qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Educação; Responsabilidade; Tecnologia.

¹ Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais (2021). Bacharela em Direito, na modalidade integral, pela Escola Superior Dom Hélder Câmara (2020).

² Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Arnaldo Janssen (2021). Bacharela em Direito, na modalidade Integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara (2020). Advogada.

Resumén: Este artículo está dedicado a analizar crítica y constructivamente la responsabilidad civil del Estado en garantizar el derecho a la educación en el ensino público, así como el acceso a los medios digitales como derechos fundamentales. Para esto, se analizaron los fundamentos del derecho a la educación y los reflejos y desafíos derivados de la pandemia del nuevo coronavirus en el sistema escolar público. Evidenciada la responsabilidad civil objetiva del Estado en la exigibilidad de este derecho, se concluyó que se aplica la Teoría del Riesgo Integral para responsabilizar la Administración Pública por sus acciones y omisiones, como garante del marco mínimo de protección a la dignidad de la persona humana. En este escenario, se problematizó el acceso a los medios digitales como garantía esencial para la docencia, especialmente en el escenario de la pandemia, y los impactos de la falta de acceso a internet a los estudiantes en la red pública. Cabe señalar que este artículo fue escrito antes de la publicación de la Ley N° 14.172/202, que prevé la garantía del acceso a internet, con fines educativos, para estudiantes y docentes de la educación básica pública. Cuanto a la investigación, perteneciente a la clasificación de Witker (1985) y Gustin (2010), se utilizará el aspecto jurídico-sociológico, con predominio del razonamiento dialéctico. También parte de un análisis cualitativo y técnico de la investigación bibliográfica y documental.

Palabras-claves: Educación; Responsabilidad; Tecnología.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho representa uma análise crítica e construtiva voltada à temática da responsabilidade civil do Estado, especificamente no tocante ao direito à educação no ensino público como fundamental, diante da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19).

Na estruturação da pesquisa utiliza-se uma metodologia jurídico-sociológica baseada em um raciocínio dedutivo, com uma análise qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

A partir das reflexões preliminares acerca da temática, é possível afirmar que a efetivação do direito à educação representa um desafio na realidade brasileira. Em destaque ao momento pandêmico, tal contexto foi corroborado, sobretudo pela discrepância ao acesso aos meios digitais entre escolas públicas e privadas.

De forma não exaustiva, na primeira parte da pesquisa será apresentada a evolução do direito à educação no arcabouço jurídico internacional e nacional, destacando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Por meio disso, demonstra-se que o direito à educação é um direito social, público e subjetivo e, ao mesmo tempo, obrigatório.

Posteriormente, a investigação abordará a capacidade do direito à educação atuar como um instrumento de libertação da classe oprimida e marginalizada e, a contraponto, o modo em que a educação é utilizada como instrumento de perpetuação de ideologias das classes dominantes. Para isso, adotou-se como marco teórico o educador e filósofo Paulo Freire, como referência para debater no âmbito jurídico a situação do direito à educação como instrumento de libertação humana.

Nessa linha, propõe-se a responsabilização civil do Estado de maneira objetiva na garantia do direito à educação durante a pandemia da COVID-19, uma vez incabível a ausência de responsabilidade estatal face a esse direito fundamental e, ainda, a inadequação da responsabilidade meramente subjetiva.

Em seguida, estuda-se o direito ao acesso aos meios digitais como fundamental no Brasil, considerando que a Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu o acesso à internet como direito humano e que os meios digitais representam, atualmente, garantia do acesso à educação e ao conhecimento, em consequência.

A pesquisa a ser realizada pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação foi escolhido, na classificação Jorge Witker³ e Miracy Gustin⁴, o tipo hermenêutico-argumentativo. De acordo com a técnica de análise do conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo da doutrina e legislação pertinente.

Por fim, o estudo propõe lançar luzes sobre a temática proposta com a finalidade de evidenciar a responsabilidade Objetiva da Administração Pública em garantir o acesso à educação durante a pandemia da COVID-19 e, em consequência, aos meios digitais, que se fazem instrumentos imprescindíveis à promoção do processo de conhecimento.

2 O ACESSO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A educação está inserida no rol dos Direitos Sociais, chamados de Segunda Dimensão. Para tanto, passou por um longo período de evolução, a fim de construir um arcabouço protecionista em âmbito internacional e interno.

³ WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civilistas, 1985.

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Assim, o direito à educação foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio a partir da socialização dos Direitos Civis, inspirando-se nas Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), essa conhecida como “Constituição de Weimar”.

Posteriormente à Constituição Alemã, passando por todo o constitucionalismo europeu, até chegar à Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁵ os direitos sociais foram erigidos à condição de próprios, inerentes à pessoa humana.

O artigo 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 dispõe, *in verbis*:

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.⁶

No Brasil, os direitos sociais foram erigidos à condição de direitos fundamentais, surgindo para o Estado uma obrigação de fazer, amoldando-se em uma prestação positiva estatal. É o que dispõe o artigo 6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).⁷

Historicamente, no que diz respeito à obrigatoriedade do oferecimento e exercício, o direito à educação, desde as primeiras constituições brasileiras, vem alicerçado, com maior ou menor força, a depender do texto constitucional a que se refira. Esse direito ganhou destaque com a entrada em vigor da Constituição de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, elaborada por Ulysses Guimarães.⁸

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01 abr. 2021.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁸ Ulysses Silveira Guimarães foi um político e advogado brasileiro, um dos principais opositores à ditadura militar. Foi o presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, que inaugurou a nova ordem democrática, após 21 anos sob a Ditadura Militar.

Ademais, a Carta Magna de 1988 foi o primeiro texto constitucional a prever, de forma específica e detalhada, o direito à educação com seção específica (artigos 205 a 214), além de disposições ao longo do texto.

É mister frisar que, esse direito é considerado cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal e, portanto, não será objeto de deliberação de proposta de emenda tendente a aboli-lo.

Noutro ponto, tendo em vista que o direito à educação pressupõe um comportamento ativo por parte do cidadão, também é considerado um direito público subjetivo. Desta forma, pela observação de todo o arcabouço jurídico, verifica-se que, com o intuito de garantir a prestação estatal e de resguardar o interesse público, o legislador cria uma alegoria jurídica, qual seja, “a faculdade obrigatória”.

Isso porque, a inserção no sistema de ensino é obrigatória, (em idade escolar), sendo esse dos 4 aos 17 anos de idade. Portanto, a educação é um direito, mas também uma obrigação. Vejamos o artigo 208, incisos I e VII e o artigo 208, § 1º, da Carta Magna vigente:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica **obrigatória e gratuita** dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009) [...] VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) § 1º O acesso ao ensino **obrigatório e gratuito** é direito público subjetivo.⁹

Da mesma forma, sob o ponto de vista infraconstitucional, preconiza o artigo 5º da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação):

Art. 5º O acesso à **educação básica obrigatória** é **direito público subjetivo**, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)¹⁰

No mesmo sentido, vejamos o artigo 54, §1º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA): “Art. 54. É **dever do Estado assegurar** à criança e

9 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

ao adolescente: [...] §1º O acesso ao ensino **obrigatório e gratuito** é direito público subjetivo”.¹¹

Destarte, no momento em que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional atribuem o caráter subjetivo ao direito ao ensino, assim qualificam-no no sentido de revestir a sociedade, tendo em vista o caráter de solidariedade, do poder de agir e, quanto aos agentes do Estado, a natureza de obrigatoriedade, do dever de agir, sob pena de responsabilização, nos termos do artigo 208, inciso VII, § 2º da Constituição Federal.

Ao mesmo tempo, obriga aquele que, *a priori* detentor do direito, por obrigação decorrente do poder familiar, ou por outro meio de assunção na obrigação, a inserir a criança no sistema de ensino, sob pena de responder administrativa e penalmente pela inação ou omissão, o que seria, na prática, a ocorrência de comissão por omissão. Vejamos:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...] § 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, **junto aos pais ou responsáveis**, pela freqüência à escola.¹²

Ademais, merece destaque o artigo 205 da Carta Magna:

Art. 205. A educação, direito de todos e **dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.¹³

Ainda que aparentemente essa reflexão pareça paradoxal (direito público “subjetivo obrigatório”), se justifica pelo caráter social da obrigação tanto do estado, quanto da família.

Nesse sentido, a autora Clarice Seixas Duarte preceitua:

A função de se prever de forma expressa na Constituição que um determinado direito é público subjetivo é afastar, definitivamente, interpretações minimalistas de que direitos sociais não podem ser acionáveis em juízo, nem gerar pretensões individuais. Trata-se de uma figura que vem reforçar o regime já existente, além de constituir uma baliza para a melhor

¹¹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

compreensão dos direitos sociais, sob o prisma do seu potencial de efetividade.¹⁴

Portanto, é de clareza solar que os direitos sociais, em destaque à educação, prezam pela dignidade da pessoa humana tanto no aspecto individual, quanto no âmbito social (nesse último ponto, dado o aspecto solidário desse direito).

Nessa linha de intelecção, por meio da educação o indivíduo poderá se desenvolver, exercer a cidadania e se qualificar para o trabalho. Assim, a educação configura-se aspecto fundamental para exercício do direito de liberdade e instrumento de desenvolvimento, conforme será exposto no subtópico a seguir.

2.1 O direito à educação como instrumento de libertação humana

A educação é reconhecida e consagrada pela Constituição Federal e por instrumentos internacionais. Trata-se de uma prerrogativa própria à qualidade humana, em razão da exigência de dignidade aos homens.

Nesse sentido, conforme preceitua o artigo 1º da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), a educação “abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais, organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.¹⁵

Todavia, por muitas vezes, a educação escolar é utilizada como instrumento de perpetuação de ideologias de classes dominantes. Não obstante, é capaz de atuar como um instrumento, se não o mais poderoso, de libertação da classe minoritária dos oprimidos e marginalizados.

Nesse aspecto, na obra “Pedagogia do Oprimido”, de Paulo Freire, o autor traz a reflexão acerca do modo em que a educação escolar, sobretudo a escola pública, está organizada para reproduzir os processos de dominação.

Ademais, pondera sobre a maneira em que a pedagogia e a metodologia de ensino desenvolvida estão a serviço da manutenção da realidade do País, dos processos de dominação de classe e opressão daqueles menos favorecidos socialmente.¹⁶

¹⁴ DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. **Revista São Paulo em perspectiva**. v. 18, n. 2, 2004, p. 117. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

¹⁶ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 37 [E-book].

O autor denomina a forma em que a escola executa a dominação de classes como “Educação Bancária”, destacando o aspecto da relação professor-estudante ser extremamente narradora e dissertadora:

A narração, de que o educador é o sujeito, conduz os educandos à **memorização mecânica** do conteúdo narrado. Mais ainda, a **narração os transforma em “vasilhas”**, em recipientes a serem “enchidos” pelo educador. Quanto mais vá “enchendo” os recipientes com seus “depósitos”, tanto melhor educador será. Quanto mais se deixem docilmente “encher”, tanto melhores educandos serão. Desta maneira, a educação se torna um ato de depositar, em que os educandos são os depositários e o educador o depositante.¹⁷

Assim, a relação entre professor e estudante ocorre numa perspectiva vertical. De um lado há o professor dotado de saberes. Já do outro lado, há o aluno que nada sabe, em que a experiência e a perspectiva de vida não são colocadas em movimento.

Freire propõe exatamente o contrário. O autor apresenta uma pedagogia pautada no diálogo e interação entre os sujeitos, a fim de permitir o confronto de conhecimentos, o senso crítico e o surgimento de novas ideias, justificando essa proposta de pedagogia do oprimido a partir da capacidade de humanização que os grupos oprimidos detêm.

Essa aptidão advém da luta pelo fim dos processos de exploração de classes e grupos humanos, superando a dicotomia opressor/oprimido que marca a sociedade vigente, daí a importância da educação que, de fato, desenvolva o ser humano, pois tanto a humanização quanto a desumanização fazem parte do mesmo processo histórico.

Contudo, somente a humanização é considerada vocação dos homens, sendo essa “negada na injustiça, na exploração, na opressão, na violência dos opressores. Mas afirmada no anseio de liberdade, de justiça, de luta dos oprimidos, pela recuperação de sua humanidade roubada”.¹⁸

Portanto, é evidente a importância do direito à educação oferecido de forma qualificada, pautado no diálogo, pois assim é possível efetivar os preceitos constitucionais que qualificam esse direito como social e subjetivo. Afinal de contas, “Quando a educação não é libertadora, o sonho do oprimido é ser o opressor” (FREIRE, 1921-1997).

¹⁷ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 37 [E-book].

¹⁸ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 19 [E-book].

3 EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL: REALIDADE E DESAFIOS

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou que a disseminação do vírus *Sars-CoV-2* (Novo Coronavírus), que causa a doença nominada de “COVID-19”, caracteriza-se como pandemia. A fim da diminuição do contágio, “a OMS recomenda ações fundamentais, quais sejam: isolamento, tratamento dos casos identificados, testes massivos e distanciamento social”.¹⁹

A partir do isolamento, práticas culturais e sociais foram obrigatoriamente repensadas. “O mundo mudou e, aquele mundo de antes do Coronavírus não existe mais. A nossa vida vai mudar muito daqui pra frente e, alguém que tenta manter o status quo de 2019 é alguém que ainda não aceitou essa nova realidade”.²⁰

Nesse ponto, merecem destaque as escolas, que foram fechadas para evitar aglomerações de estudantes e professores nas salas de aula e, por isso, houve migração do ensino presencial para modalidades virtuais, denominada “Educação à Distância – EAD”.

No Brasil, o processo de reconhecimento dessa modalidade de educação teve início com a Lei nº 9.394/96 que, a partir do artigo 80, incentivou o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino à distância em todos os níveis e modalidades de ensino, além da educação continuada.

Contudo, a utilização de meios tecnológicos, sobretudo na educação básica, ganhou força com a pandemia da COVID-19, ocasionando repercussões complexas para os múltiplos entrelaçamentos da educação brasileira.

Segundo os dados do quarto semestre de 2019, colhidos através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, na população de 10 anos ou mais de idade que utilizou a Internet, o meio de acesso indicado por maior número de pessoas foi,

¹⁹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Proposta de parecer sobre reorganização dos calendários escolares e realização de atividades pedagógicas não presenciais durante o período de pandemia da Covid-19.** Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/marco-2020-pdf/144511-texto-referencia-reorganizacao-dos-calendarios-escolares-pandemia-da-covid-19/file#:~:text=A%20MS%20declarou%2C%20em%2011,testes%20massivos%3B%20e%20distanciamento%20social>. Acesso em: 01 abr. 2021.

²⁰ IAMARINO, Atila. **O Mundo Pós-Pandemia com Atila Iamarino - Saúde e Prevenção.** 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1PuLVjFj5xg>. Acesso em: 01 abr. 2021.

destacadamente, o telefone móvel celular (98,6%), seguido, em menor medida, pelo microcomputador (46,2%).²¹

Ademais, em 2019, 21,7% das pessoas de 10 anos ou mais de idade não utilizaram a Internet, no período de referência dos últimos três meses. Para esse contingente, formado por 39,8 milhões de pessoas, investigou-se o motivo de não terem acessado a Internet nesse período.²²

Como grande parte dos estudantes que não utilizaram a Internet era do ensino público (95,9%), os motivos para o não uso seguem a mesma tendência do total de estudantes, com maior peso para questões financeiras (45,9%) e indisponibilidade do serviço nos locais que costumava frequentar (11,4%) (PNAD, 2018/2019). Já entre os estudantes do ensino privado, o motivo financeiro estava mais ligado ao custo do serviço (23,1%) do que ao valor do equipamento necessário para acessar a Internet (9,2%), além de um peso maior da falta de interesse (27,3%) e menor da indisponibilidade do serviço (6,4%).²³

É uma realidade que já prejudica a garantia do Direito à Educação em condições normais. Atualmente, escolas privadas, que beneficiam majoritariamente classes com maior poder aquisitivo, mantiveram suas atividades por meio de um sistema de aulas remotas via internet, a fim de que os alunos estudem em suas residências no período de isolamento. Todavia, estudantes mais pobres não possuem o mesmo privilégio.

Neste contexto, destacam-se os impactos negativos da pandemia sobre os estudantes da rede pública, sendo essa responsável pela Educação Básica (obrigatória dos 6 aos 17 anos). Diferentemente das escolas privadas, grande parte dos alunos da rede pública não dispõem de condições adequadas para a realização de atividades educacionais em casa.

²¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA-IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios 2019**. Acesso à Internet e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso Pessoal. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

²² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA-IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios 2019**. Acesso à Internet e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso Pessoal. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

²³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA-IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios 2019**. Acesso à Internet e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso Pessoal. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

Noutro giro, ainda é mister frisar que, sobre um número expressivo de crianças muito pobres há o impacto do ponto de vista nutricional, pois essas também perderam o acesso à alimentação escolar.²⁴

Observa-se que a tecnologia tem auxiliado a resolver os problemas causados pelo isolamento social, sendo esse fator o que diferencia este momento das outras pandemias do passado. Contudo, pesquisadores das áreas de educação e tecnologia já vinham advertindo que a inclusão digital ainda era um enorme desafio na área da educação, sobretudo em países marcados por uma histórica desigualdade social.²⁵

Assim, percebe-se que o EAD foi aplicado em larga escala apenas pelas escolas particulares, pois a maior parte dos estudantes possui acesso à internet. No que diz respeito às escolas públicas, carecem de estratégias educativas, em destaque ao período pandêmico, pois ensino público (que já é defasado) ficou ainda mais prejudicado.

Em pouco tempo, os reflexos desse quadro serão vistos na própria capacidade de senso crítico e interpretativa dos estudantes, bem como em avaliações como o ENEM, um dos métodos para o ingresso em instituições de educação superior.

Nesse ponto, ainda merece destacar a problemática acerca da manutenção do último ENEM (2020). Isso pode ser mensurado até mesmo pelas propagandas divulgadas em rede nacional, que assim dispunham: “É preciso ir à luta, se reinventar, superar. [...] E, por isso, eu quero fazer o ENEM este ano. [...] Estude! De qualquer lugar, de diferentes formas. Pelos livros, pela internet. [...]”.²⁶ Mesmo sabendo das inúmeras dificuldades, sobretudo dos estudantes das escolas públicas brasileiras, em relação ao acesso às ferramentas necessárias para a educação à distância, o INEP/MEC propôs que estudantes se “reinventassem”.

Portanto, considerando o contraste entre escolas públicas e privadas, é de clareza solar que a pandemia ocasionada pelo Novo Coronavírus, dentre as

²⁴ ALVES, Thiago; FARENZENA, Nalú; SILVEIRA Adriana A. Dragone; PINTO, José Marcelino de Rezende. Implicações da pandemia da COVID-19 para o financiamento da educação básica. **Revista de Administração Pública**. v. 54, n. 4, 2020, p. 979-993. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v54n4/1982-3134-rap-54-04-979.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

²⁵ SALES, Shirley. Tecnologias Digitais e Juventude Ciborgue: Alguns desafios para o Currículo do Ensino Médio. In: DAYRELL, Juarez et. al. **Juventude e Ensino Médio: Sujeitos e Currículos em Debate**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014. p. 229-248. Disponível em: https://educacaointegral.org.br/wp-content/uploads/2015/01/livro-completo_juventude-e-ensino-medio_2014.pdf. Acesso em: 03 abr. 2021.

²⁶ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - MEC. **Enem 2020/Inscrições**. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=apufjiGHY0>. Acesso em: 01 abr. 2021.

consequências na gestão pública, trouxe consigo uma grande lupa capaz de ampliar o abismo social que separa brancos e negros, ricos e pobres no Brasil.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Fato público e notório é o estado de calamidade pública mundial decorrente da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19). O reconhecimento dessa emergência pública no Brasil, através da Portaria nº 188²⁷, de 3 de fevereiro de 2020, passou a exigir a atuação conjunta entre sociedade e Estado na garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos, dentre esses, o acesso à educação, objeto do presente trabalho.

Em consequência, as aulas presenciais foram imediatamente suspensas desde março de 2020, de modo que as instituições de ensino passaram a adotar modalidades alternativas de aprendizado, dentre as quais incluem-se vídeo aulas *online* ou gravadas, além da disponibilização de materiais. Cada instituição teve que se adequar rapidamente à nova realidade, dentro de sua estrutura e recursos disponíveis.

Deste modo, a pandemia evidenciou a insuficiência de estrutura e recursos da rede pública de ensino, que não decorre apenas da limitação ao acesso aos meios digitais pelos alunos, conforme será abordado no próximo tópico. O ensino remoto durante a pandemia configurou-se alternativa extremamente excludente e que “agrava a qualidade da educação pública e a desigualdade educacional, em razão de não garantir a aprendizagem, a qualidade e o direito e/ou a igualdade de acesso à educação para todos os estudantes”.²⁸

Como é cediço, a educação constitui direito social fundamental, do qual decorre o dever estatal de garantia ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito, com fundamentos na Carta Magna de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesta esteira argumentativa, em sendo o direito à educação dever estatal, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal devem ser responsabilizados por suas ações e omissões na busca desta garantia.

²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 188**, de 3 de fevereiro de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, 04 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 02 mai. 2021.

²⁸ CUNHA, Leonardo Ferreira Farias da; SILVA, Alcineia de Souza; SILVA, Aurênio Pereira da. O ensino remoto no Brasil em tempos de pandemia: diálogos acerca da qualidade e do direito e acesso à educação. **Revista Com Censo: Estudos Educacionais do Distrito Federal**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 27-37, ago. 2020. Disponível em: <http://www.periodicos.se.df.gov.br/index.php/comcenso/article/view/924>. Acesso em: 12 maio 2021.

A responsabilização do Estado nos âmbitos civil, penal e administrativo encontra expressa autorização no texto constitucional, mais especificamente no artigo 37, §6º, por meio do qual as pessoas jurídicas de direito público e, inclusive, as de direito privado prestadoras de serviços são responsabilizadas pelos danos causados, a título de dolo ou culpa²⁹. Considerando que o presente capítulo se propõe a discorrer sobre o direito à educação, o enfoque será na responsabilidade civil do Estado.

Para tanto, destaque-se que a responsabilidade civil do Estado por suas ações é objetiva, exigindo apenas o nexos causal entre o dano e a conduta estatal, pautada na Teoria do Risco Administrativo e nas previsões do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988³⁰ c/c artigo 43 do Código Civil de 2002³¹. Em contrapartida, a responsabilidade civil da Administração Pública pelos danos causados em decorrência de sua omissão seria subjetiva, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho:

Há mais um dado que merece realce na exigência do elemento culpa para a responsabilização do Estado por condutas omissivas. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil, estabelece que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”, o que indica que a responsabilidade objetiva, ou sem culpa, pressupõe menção expressa em norma legal. Não obstante, o art. 43, do Código Civil, que, como vimos, se dirige às pessoas jurídicas de direito público, não incluiu em seu conteúdo a conduta omissiva do Estado, o mesmo, aliás, ocorrendo com o art. 37, § 6o, da CF. Desse modo, é de interpretar-se que citados dispositivos se aplicam apenas a comportamentos comissivos e que os omissivos só podem ser objeto de responsabilidade estatal se houver culpa.³²

Na hipótese de fatos imprevisíveis, ou seja, aqueles decorrentes de caso fortuito e/ou força maior, a doutrina e jurisprudência majoritárias sustentam a ausência de responsabilidade do Estado, considerando que, presumivelmente, estariam ausentes a conduta praticada pelo Estado e por seus agentes e o nexos causal para com o dano sofrido.

Ainda assim, em se tratando de acidente nuclear, danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras e danos ambientais aplicar-se-ia a Teoria do Risco Integral, implicando a responsabilidade objetiva da Administração Pública, independente da configuração do nexos causal, ainda que a culpa seja da vítima.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 maio 2021.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

³¹ BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 381.

A partir da pandemia da COVID-19, vislumbrou-se cenário de extrema instabilidade mundial na área de saúde, cabendo ao Estado promover a adoção de medidas de prevenção à contaminação. Ocorre que, os reflexos da pandemia ultrapassam o plano da saúde, refletindo de maneira direta na economia, desenvolvimento e educação. O papel da Administração Pública, portanto, não deve ser abstencionista, mas de garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

Feitas essas considerações, convém discorrer sobre a responsabilidade civil do Estado na garantia do direito à educação em tempos de pandemia. Seria extremamente simplória e inadequada a configuração dessa como subjetiva, pautada na exclusiva omissão estatal, uma vez que estaria em discussão a garantia de um direito social e fundamental por parte da Administração Pública.

Ainda mais absurdo seria admitir que as pessoas jurídicas de direito público, em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, conforme a Constituição Cidadã de 1988, não fossem responsabilizadas pela garantia do direito à educação, se considerada a pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19) como hipótese de caso fortuito ou força maior, sem descer a minúcias quanto à diferenciação dessas terminologias.

Portanto, sustenta-se que na garantia do direito à educação a responsabilidade civil do Estado deve ser objetiva, ainda que tenha havido omissão, vez que estar-se-á frente ao mínimo existencial no âmbito de direitos fundamentais. Nessa esteira argumentativa, Durval Carneiro Neto propõe que:

Ora, na medida em que se impõe ao Estado que atenda a todas as pretensões fundamentais na área social (dever de prestar), por regra de coerência haveria de ser reconhecer a sua responsabilidade civil extracontratual em todos os casos em que tais pretensões não venham a ser atendidas, gerando danos materiais e/ou morais aos que delas necessitem (dever de reparar).³³

A discussão não se funda, portanto, na ação ou omissão estatal, mas sim no dever estatal de garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos, que exigem necessariamente uma atuação positiva da Administração Pública. Para tanto, deverá ser aplicada a Teoria do Risco Integral na garantia dos direitos fundamentais durante a situação de calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19.

³³ CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 332-333.

A aplicação da Teoria do Risco Integral aos danos ambientais, nos dizeres de Edis Milaré, decorre de “expressa a preocupação da doutrina em estabelecer um sistema de Responsabilidade o mais rigoroso possível, ante o alarmante quadro de degradação que se assiste não só no Brasil, mas em todo o mundo”.³⁴ Analogicamente, a necessidade de garantir os direitos fundamentais e mínimos durante a pandemia exigiria a responsabilização do Estado de maneira integral e exacerbada.

Além disso, a responsabilização do Estado atualmente tem se mostrado instrumento eficaz para garantia do cumprimento das normas e, em consequência, realização da justiça, conforme discorre Canotilho:

Conquista lenta, mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estatal é, ela mesma, instrumento de legalidade. É instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a coletividade ao direito dos atos estatais: a indenização por sacrifícios autoritariamente impostos cumpre uma função ineliminável do Estado de Direito Material – a realização da justiça material.³⁵

Dessa forma, a responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes da pandemia no sistema educacional deve ser tomada como relevante meio de garantia de direitos sociais. A educação precisa ser privilegiada em um ordenamento jurídico pautado no Estado Democrático de Direito, ainda que e, principalmente, em períodos excepcionais como o da pandemia da COVID-19.

O direito à educação está incluído no arcabouço mínimo protetivo inerente ao que deve ser assegurado para a existência digna da pessoa humana, que constitui fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso III da Carta Magna³⁶. Assim, a garantia plena desse direito constitui dever estatal, passível de responsabilização no âmbito cível.

Portanto, diante da pandemia da COVID-19, exige-se a atuação positiva do Estado que se faz imprescindível na salvaguarda dos direitos fundamentais, dentre os quais, a educação. Nessa linha protetiva, deve ser aplicada a Teoria do Risco Integral para responsabilizar a Administração Pública por suas ações e omissões na garantia desses direitos.

³⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 428.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos**. Lisboa: Almedina, 1974, p. 13.

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 maio 2021.

5 DIREITO AO ACESSO ÀS PLATAFORMAS DIGITAIS COMO FUNDAMENTAL NO BRASIL

A Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 2011, considerou o acesso à internet como um direito humano, o que implicaria necessariamente a garantia de que todos tenham acesso aos meios digitais, sem a intervenção arbitrária estatal. Para tanto, a ONU entendeu por expressa violação ao artigo 19, § 3º, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos³⁷ a desconexão do usuário.

Em contrapartida, nesse mesmo ano, no Brasil, apenas 46,5% da população teria acesso à internet, conforme dados extraídos na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística -IBGE, que originou o livro “Acesso à Internet e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso Pessoal”.³⁸

Essa disparidade, enfatiza-se o retardo em avanços e desenvolvimento do Brasil, inerente à sua condição de país subdesenvolvido, mas que produz reflexões a respeito do acesso à tecnologia como ferramenta de desenvolvimento humano. Nesse sentido, Karina Joelma Bacciotti, em sua monografia “Direitos Humanos e Novas Tecnologias da Informação e Comunicação: O Acesso à internet como Direito Humano”, discorre:

As vantagens trazidas pela Rede mundial de computadores aludem à potencialização do pluralismo e à participação da sociedade. Seus efeitos são positivos ao mitigar a influência da indústria da informação formada em torno dos tradicionais meios de comunicação que concentravam em poucas mãos o poder de difundir conteúdo.³⁹

O Brasil não é o único país a enfrentar essa realidade. Após quase dez anos dessa consideração, 46,4% da população global ainda não possui acesso às plataformas digitais, segundo a União Internacional de Telecomunicações (UIT)⁴⁰. Ainda, a quase

³⁷ BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 03 maio 2021.

³⁸ IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios**, 2011. Acesso à Internet e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso Pessoal. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

³⁹ BACCIOTTI, Karina. **Direitos Humanos e Novas Tecnologias da Informação e Comunicação: O Acesso à internet como Direito Humano**. 2014. Monografia (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 86.

⁴⁰ ONU NEWS. **Pandemia de Covid-19 expôs desigualdade digital em todo o mundo**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/07/1720021>. Acesso em: 02 maio 2021.

totalidade dessas pessoas vivem em países menos desenvolvidos, conforme o relatório “Mensurando o Desenvolvimento Digital: Fatos e Números 2019”.⁴¹

Os números apresentados se tornam ainda mais alarmantes se considerados em face da pandemia da COVID-19, situação de calamidade pública que atingiu o mundo inteiro e exigiu da população a permanência em seus domicílios, a fim de evitar a propagação do vírus. Uma vez que o acesso às tecnologias seria extremamente limitado, surgem diversos questionamentos a respeito da necessidade de garantia desse como um direito fundamental.

Inobstante as inúmeras implicações sociais, políticas e jurídicas desse tema, o presente capítulo enfoca no direito ao acesso às plataformas digitais como mecanismo de implantação da educação para os alunos do ensino público. No mês de março de 2020, as redes de ensino públicas e privadas suspenderam temporariamente as aulas, cumprindo determinações exaradas pelas autoridades governamentais e, com isso, as instituições tiveram que se adequar através de modalidades alternativas de ensino.

Essa obrigatoriedade de adequação decorre do reconhecimento na Constituição Federal de 1988 da educação como um direito social, o que exige a atuação estatal, em seus diversos níveis, na promoção de efetividade a esse direito. Para tanto, as escolas começaram a se valer das plataformas digitais de informação como “(...) ferramentas utilizadas pelos professores em sala de aula, o que permite maior disponibilidade de informação e recursos para o educando, tornando o processo educativo mais dinâmico, eficiente e inovador”.⁴²

Enquanto as escolas particulares se adaptaram de maneira mais natural ao ensino remoto, as instituições públicas ainda enfrentam dificuldades para garantir o acesso à educação aos alunos. Para exemplificar, de acordo com a Nota Técnica nº 88 - Acesso Domiciliar à Internet e Ensino Remoto durante a Pandemia, de agosto de 2020, elaborada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), aproximadamente 5,8 milhões de alunos da rede pública não teriam acesso aos meios digitais⁴³.

⁴¹ ONU NEWS. **Estudo da ONU revela que mundo tem abismo digital de gênero**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1693711>. Acesso em: 02 maio 2021.

⁴² CORDEIRO, Karolina. **O Impacto da Pandemia na Educação: A Utilização da Tecnologia como Ferramenta de Ensino**. 2020. Faculdade IDAAM, p. 4. Disponível em: <http://repositorio.idaam.edu.br/jspui/handle/prefix/1157>. Acesso em: 02 maio 2021.

⁴³ IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Nota Técnica nº 88**, 2020. Acesso Domiciliar à Internet e Ensino Remoto durante a Pandemia. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200902_nt_disoc_n_88.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

Destaque-se que a maior dificuldade para a continuidade das aulas na modalidade remota no ensino público seria, ademais da baixa infraestrutura das instituições, a garantia de acesso a esses meios aos alunos. Sendo assim, propõe-se que o direito de acesso aos meios digitais, já considerado um direito humano, seja interpretado como fundamental, na busca pela promoção do acesso à educação para todos.

Nesse sentido, a Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) prevê em seu artigo 4º, inciso I, como objetivo da disciplina do uso da internet no Brasil o “direito de acesso à internet a todos”⁴⁴, considerando-o como essencial ao exercício da cidadania, à liberdade de expressão e, no entender dessas autoras, à educação, todos esses direitos garantidos constitucionalmente. Com essa consideração, o Estado ficaria obrigado a promover políticas públicas de inclusão digital.

Além disso, no ano de 2010, foi elaborada Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 479/2010⁴⁵, de autoria do Deputado Sebastião Bala Rocha, que pretendia acrescentar o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, para considerar o acesso à internet direito fundamental do cidadão. No dia 31/01/2015, no entanto, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados arquivou a PEC, com fundamento no artigo 105 do Regimento Interno da Câmara.⁴⁶

Posteriormente, no final de 2015, a Deputada Renata Abreu formulou nova Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 185/2015⁴⁷ no mesmo sentido da anterior, ainda em tramitação na Câmara dos Deputados. Apesar de não estar ainda incluído no rol de direitos fundamentais expressos, a Constituição não exclui a possibilidade de interpretação como tal, tendo em vista a previsão contida no artigo 5º, §2º, da Carta

⁴⁴ BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Lei 12.964/14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 04 maio 2021.

⁴⁵ ROCHA, Sebastião. **Proposta de Emenda à Constituição nº 479/2010**. Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para incluir o acesso à Internet em alta velocidade entre os direitos fundamentais do cidadão. Brasília: Câmara dos Deputados, 15 abr. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473827>. Acesso em: 04 maio 2021.

⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno**, estabelecido pela Resolução n. 17, de 1989. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legislacao/regimentointerno.html>. Acesso em: 05 maio 2021.

⁴⁷ ABREU, Renata. **Proposta de Emenda à Constituição nº 185/2015**. Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal a Internet entre os direitos fundamentais do cidadão. Brasília: Câmara dos Deputados, 17 dez. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075915>. Acesso em: 07 maio 2021.

Magna⁴⁸. Pode-se chegar a essa conclusão por meio da conjugação dos direitos fundamentais à educação, à igualdade e à saúde.

Isto porque, a concessão aos discentes dos instrumentos necessários para a sua integração aos meios digitais é a única forma de se efetivar o acesso à educação em tempos de pandemia. A Teoria dos Poderes Implícitos prevê que a Constituição, ao conceder direitos e poderes a alguém, deve assegurar-lhe os meios necessários para exercê-los. Os direitos à educação e à saúde são unanimemente entendidos como fundamentais, da mesma forma considerar-se-ia o direito ao acesso aos meios digitais.

A pandemia da COVID-19 trouxe à tona a extrema desigualdade existente entre o ensino público e privado no Brasil, na medida em que comprovou que, atualmente, os detentores de conhecimento necessariamente detêm o acesso aos meios digitais. Obviamente esse déficit tecnológico é uma realidade prévia à pandemia, mas provocou uma série de questionamentos e mudanças de postura, dentre esses, a proposta desse capítulo de considerar o acesso à internet como direito fundamental.

Considerar o acesso aos meios digitais como direito fundamental trata-se de uma exigência social, imprescindível para a promoção da igualdade e a garantia da educação a todos, indo por tanto ao encontro da previsão constitucional destes. Esse reconhecimento implica, ainda, a atuação estatal, em todos os seus níveis (União, Estados e Municípios), e de todos os poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário para implementá-lo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos, o direito à educação evoluiu no ordenamento jurídico internacional e nacional, sendo elevado ao patamar de direito fundamental com aspecto público, social, subjetivo e, ao mesmo tempo, obrigatório.

Ademais, a educação configura-se aspecto essencial para exercício do direito de liberdade e instrumento de desenvolvimento, quando pautada no diálogo e interação. Desse modo, permite-se o confronto de conhecimentos, o senso crítico e o surgimento de novas idéias.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 maio 2021.

Com a suspensão das aulas presenciais, decorrente do reconhecimento da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19) como situação de calamidade pública, a sociedade como um todo teve que se adaptar à nova realidade.

Isto porque, as pessoas e famílias passaram a ter que permanecer em suas residências para evitar a disseminação e contágio do vírus. Dentre essas necessárias adaptações, insere-se a educação. As instituições adotaram métodos alternativos de ensino, que incluem aulas online e gravadas, a disponibilização de materiais, dentre outros.

Ocorre que o ensino remoto se configurou instrumento de acentuação da desigualdade, já existente, entre as escolas privadas e públicas, entre o ensino privado e público na promoção da educação.

De fato, as instituições de ensino público não possuem a infraestrutura e os recursos necessários para garantir o acesso à educação por parte de todos os alunos. Como é sabido, inclusive, a maioria destes não possuem acesso aos meios digitais, razão pela qual caberia ao Estado garanti-lo.

Diante do exposto, conclui-se pela necessidade de responsabilização civil objetiva do Estado em tempos de pandemia da COVID-19 na garantia do direito à educação e ao acesso aos meios digitais.

Deve ser aplicada a Teoria do Risco Integral, frente à fundamentalidade do direito à educação e ao dever estatal de garanti-lo, uma vez que a educação pertence ao patamar mínimo protetivo na consubstanciação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é dever da Administração Pública garantir o acesso à educação durante a pandemia da COVID-19 e, em consequência, aos meios digitais, que se fazem instrumentos imprescindíveis à promoção do processo de conhecimento. Em face da ação e omissão estatal, caberá a responsabilização objetiva do Estado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Renata. **Proposta de Emenda à Constituição nº 185/2015**. Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal a Internet entre os direitos fundamentais do cidadão. Brasília: Câmara dos Deputados, 17 dez. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075915>. Acesso em: 07 maio 2021.

ALVES, Thiago; FARENZENA, Nalú; SILVEIRA Adriana A. Dragone; PINTO, José Marcelino de Rezende. Implicações da pandemia da COVID-19 para o financiamento

da educação básica. **Revista de Administração Pública**. v. 54, n. 4, 2020, p. 979-993. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v54n4/1982-3134-rap-54-04-979.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BACCIOTTI, Karina. **Direitos Humanos e Novas Tecnologias da Informação e Comunicação: O Acesso à internet como Direito Humano**. 2014, p. 1-186. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

BARROSO, João. **O Estado, a educação e a regulação das políticas públicas**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302005000300002&script=sci_arttext. Acesso em: 05 maio 2021.

BARUDI, Luis. **Responsabilidade civil do Estado e danos sociais: atos e omissões que prejudicam a sociedade**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/341948/responsabilidade-civil-do-estado-e-danos-sociais>. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Lei 12.964/14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 04 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 188**, de 3 de fevereiro de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, 04 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 02 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno**, estabelecido pela Resolução n. 17, de 1989. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legislacao/regimentointerno.html>. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 03 maio 2021.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos**. Lisboa: Almedina, 1974.

CARNEIRO NETO, Durval. **Dever e responsabilidade civil do estado por omissão no atendimento de pretensões fundamentais na área social: quando ignorar a reserva do possível significaria admitir o risco integral**. p. 1-391. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 31. ed. 2017. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, Karolina. **O Impacto da Pandemia na Educação: A Utilização da Tecnologia como Ferramenta de Ensino**. 2020. Faculdade IDAAM. Disponível em: <http://repositorio.idaam.edu.br/jspui/handle/prefix/1157>. Acesso em: 02 maio 2021.

CUNHA, Leonardo Ferreira Farias da; SILVA, Alcineia de Souza; SILVA, Aurênio Pereira da. O ensino remoto no Brasil em tempos de pandemia: diálogos acerca da qualidade e do direito e acesso à educação. **Revista Com Censo: Estudos Educacionais do Distrito Federal, Brasília**, v. 7, n. 3, p. 27-37, 2020. Disponível em: <http://www.periodicos.se.df.gov.br/index.php/comcenso/article/view/924>. Acesso em: 12 maio 2021.

DANTAS BISNETO, Cícero; SANTOS, Romualdo; CAVET, Caroline. **Responsabilidade civil do estado por omissão e por incitação na pandemia da COVID-19**. Disponível em: www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc. Acesso em: 12 maio 2021.

DINIZ, Hirmínia. **Responsabilidade civil do Estado decorrente da não oferta de vaga no ensino obrigatório**. Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-2144.html>. Acesso em: 14 maio 2021.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. **Revista São Paulo em perspectiva**. v. 18, n. 2, 2004, p. 113-118. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987 [E-book].

GOERGEN, Pedro. **A educação como direito de cidadania e responsabilidade do Estado**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302013000300005&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 07 maio 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HACHEM, Daniel. **A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/518>. Acesso em: 15 maio 2021.

HARTMANN, Ivar. **O acesso à internet como direito fundamental**. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ivar_hartmann.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

IAMARINO, Atila. **O Mundo Pós-Pandemia com Atila Iamarino - Saúde e Prevenção**. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1PuLVjFj5xg>. Acesso em: 01 abr. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA IBGE -. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios**, 2011. Acesso à Internet e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso Pessoal. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA-IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios 2019**. Acesso à Internet e Posse de Telefone Móvel Celular para Uso Pessoal. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

IDOETA, Paula. **'Sem wi-fi': pandemia cria novo símbolo de desigualdade na educação**. BBC, São Paulo, 03 out. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54380828>. Acesso em: 03 maio 2021.

IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Nota Técnica nº 88**, 2020. Acesso Domiciliar à Internet e Ensino Remoto durante a Pandemia. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200902_nt_disoc_n_88.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

LOPES, Hálisson. **A responsabilidade civil do estado e a teoria do risco integral**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-civil-do-estado-e-a-teoria-do-risco-integral/>. Acesso em: 10 maio 2021.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - MEC. **Proposta de parecer sobre reorganização dos calendários escolares e realização de atividades pedagógicas não presenciais durante o período de pandemia da Covid-19**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/marco-2020-pdf/144511-texto-referencia-reorganizacao-dos-calendarios-escolares-pandemia-da-covid-19/file#:~:text=A%20OMS%20declarou%2C%20em%2011,testes%20massivos%3B%20e%20distanciamento%20social>. Acesso em: 01 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - MEC. **Enem 2020/Inscrições**. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=apufjiGIY0>. Acesso em: 01 abr. 2021.

NONATO, Alessandro. **O acesso à internet é um direito fundamental?** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11461/O-acesso-a-internet-e-um-direito-fundamental#:~:text=No%20Brasil%2C%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal,necess%C3%A1rio%20ao%20exerc%C3%ADcio%20profissional%3B%22>. Acesso em: 03 maio 2021.

OLIVEIRA, Elida. **Mais de 6 milhões de estudantes não tiveram acesso a atividades escolares em outubro, aponta IBGE**. G1, 01 dez. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/12/01/mais-de-6-milhoes-de-estudantes-nao-tiveram-acesso-a-atividades-escolares-em-outubro-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 04 maio 2021.

ONU NEWS. **Estudo da ONU revela que mundo tem abismo digital de gênero**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1693711>. Acesso em: 02 maio 2021.

ONU NEWS. **Pandemia de Covid-19 expôs desigualdade digital em todo o mundo**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/07/1720021>. Acesso em: 02 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01 abr. 2021.

PITON BARRETO, Wendel. Responsabilidade civil do Estado em face da inefetividade do direito à educação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 21, n. 4572, 7 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45644>. Acesso em: 15 maio 2021.

ROCHA, Sebastião. **Proposta de Emenda à Constituição nº 479/2010**. Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para incluir o acesso à Internet em alta velocidade entre os direitos fundamentais do cidadão. Brasília: Câmara dos Deputados, 15 abr. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473827>. Acesso em: 04 maio 2021.

SANTANA FILHO, Manoel. **Educação geográfica, docência e o contexto da pandemia COVID-19**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50449>. Acesso em: 10 maio 2021.

SALES, Shirley. Tecnologias Digitais e Juventude Ciborgue: Alguns desafios para o Currículo do Ensino Médio. In: DAYRELL, Juarez et. al. **Juventude e Ensino Médio: Sujeitos e Currículos em Debate**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014. p. 229-248. Disponível em: https://educacaointegral.org.br/wp-content/uploads/2015/01/livro-completo_juventude-e-ensino-medio_2014.pdf. Acesso em: 03 abr. 2021.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEIXEIRA, Alan. **Direito à informação e educação digital no Brasil (ODS 4)**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56761/direito-a-informacao-e-educacao-digital-no-brasil-ods-4>. Acesso em: 01 maio 2021.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civilistas, 1985.

Recebido em: 21/06/2022

Aceito em: 25/06/2022

Como Citar (ABNT):

GONÇALVES, Agnes Luiza Soares; SILVA, Giovanna Duarte. Responsabilidade civil do Estado em tempos de pandemia: uma análise do direito à educação no ensino público e ao acesso aos meios digitais como fundamental. **Revista de Direito Magis**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 165-189, jan./jun. 2022. DOI: 10.5281/zenodo.6678466. Disponível em: <https://periodico.agej.com.br/index.php/revistamagis/article/view/14>. Acesso em: XX mês. XXXX.