



# A ORDEM SOCIAL, DIREITO E DEMOCRACIA

**Saulo Cerqueira de Aguiar Soares**  
Organizador



Pantanal Editora

2021

**Saulo Cerqueira de Aguiar Soares**  
Organizador

**A ORDEM SOCIAL, DIREITO E  
DEMOCRACIA**



Pantanal Editora

2021

Copyright© Pantanal Editora

**Editor Chefe:** Prof. Dr. Alan Mario Zuffo

**Editores Executivos:** Prof. Dr. Jorge González Aguilera e Prof. Dr. Bruno Rodrigues de Oliveira

**Diagramação:** A editora. **Diagramação e Arte:** A editora. **Imagens de capa e contracapa:** Canva.com. **Revisão:** O(s) autor(es), organizador(es) e a editora.

### Conselho Editorial

Grau acadêmico e Nome	Instituição
Prof. Dr. Adayson Wagner Sousa de Vasconcelos	OAB/PB
Profa. Msc. Adriana Flávia Neu	Mun. Faxinal Soturno e Tupanciretã
Profa. Dra. Albys Ferrer Dubois	UO (Cuba)
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior	IF SUDESTE MG
Profa. Msc. Aris Verdecia Peña	Facultad de Medicina (Cuba)
Profa. Arisleidis Chapman Verdecia	ISCM (Cuba)
Prof. Dr. Arinaldo Pereira da Silva	UFESSPA
Prof. Dr. Bruno Gomes de Araújo	UEA
Prof. Dr. Caio Cesar Enside de Abreu	UNEMAT
Prof. Dr. Carlos Nick	UFV
Prof. Dr. Claudio Silveira Maia	AJES
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos	UFGD
Prof. Dr. Cristiano Pereira da Silva	UEMS
Profa. Ma. Dayse Rodrigues dos Santos	IFPA
Prof. Msc. David Chacon Alvarez	UNICENTRO
Prof. Dr. Denis Silva Nogueira	IFMT
Profa. Dra. Denise Silva Nogueira	UFMG
Profa. Dra. Dennyura Oliveira Galvão	URCA
Prof. Dr. Elias Rocha Gonçalves	ISEPAM-FAETEC
Prof. Me. Ernane Rosa Martins	IFG
Prof. Dr. Fábio Steiner	UEMS
Prof. Dr. Fabiano dos Santos Souza	UFF
Prof. Dr. Gabriel Andres Tafur Gomez	(Colômbia)
Prof. Dr. Hebert Hernán Soto Gonzáles	UNAM (Peru)
Prof. Dr. Hudson do Vale de Oliveira	IFRR
Prof. Msc. Javier Revilla Armesto	UCG (México)
Prof. Msc. João Camilo Sevilla	Mun. Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Luis Soto Gonzales	UNMSM (Peru)
Prof. Dr. Julio Cezar Uzinski	UFMT
Prof. Msc. Lucas R. Oliveira	Mun. de Chap. do Sul
Profa. Dra. Keyla Christina Almeida Portela	IFPR
Prof. Dr. Leandris Argentele-Martínez	Tec-NM (México)
Profa. Msc. Lidiene Jaqueline de Souza Costa Marchesan	Consultório em Santa Maria
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann	UFJF
Prof. Msc. Marcos Pisarski Júnior	UEG
Prof. Dr. Marcos Pereira dos Santos	FAQ
Prof. Dr. Mario Rodrigo Esparza Mantilla	UNAM (Peru)
Profa. Msc. Mary Jose Almeida Pereira	SEDUC/PA
Profa. Msc. Nila Luciana Vilhena Madureira	IFPA
Profa. Dra. Patrícia Maurer	UNIPAMPA
Profa. Msc. Queila Pahim da Silva	IFB
Prof. Dr. Rafael Chapman Auty	UO (Cuba)
Prof. Dr. Rafael Felipe Ratke	UFMS
Prof. Dr. Raphael Reis da Silva	UFPI
Prof. Dr. Ricardo Alves de Araújo	UEMA
Prof. Dr. Wéverson Lima Fonseca	UFPI
Prof. Msc. Wesclen Vilar Nogueira	FURG
Profa. Dra. Yilan Fung Boix	UO (Cuba)
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme	UFT

Conselho Técnico Científico  
- Esp. Joacir Mário Zuffo Júnior  
- Esp. Maurício Amormino Júnior  
- Esp. Tayronne de Almeida Rodrigues  
- Lda. Rosalina Eufrausino Lustosa Zuffo

Ficha Catalográfica

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

O65 A ordem social, direito e democracia [livro eletrônico] / Organizador Saulo Cerqueira de Aguiar Soares. – Nova Xavantina, MT: Pantanal, 2021. 50p.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN 978-65-88319-77-2

DOI <https://doi.org/10.46420/9786588319772>

1. Mudança social. 2. Direito. 3. Democracia. I. Soares, Saulo Cerqueira de Aguiar.

CDD 303.4

**Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422**



Nossos e-books são de acesso público e gratuito e seu download e compartilhamento são permitidos, mas solicitamos que sejam dados os devidos créditos à Pantanal Editora e também aos organizadores e autores. Entretanto, não é permitida a utilização dos e-books para fins comerciais, exceto com autorização expressa dos autores com a concordância da Pantanal Editora.

**Pantanal Editora**

Rua Abaete, 83, Sala B, Centro. CEP: 78690-000.  
Nova Xavantina – Mato Grosso – Brasil.  
Telefone (66) 99682-4165 (Whatsapp).  
<https://www.editorapantanal.com.br>  
[contato@editorapantanal.com.br](mailto:contato@editorapantanal.com.br)

## APRESENTAÇÃO

Tenho a satisfação acadêmica de realizar o lançamento da presente obra jurídica coletiva **A Ordem Social, Direito e Democracia**, que sou coordenador, pela Editora Pantanal.

Os autores são unicamente responsáveis, nos termos da legislação nacional e internacional, pelo conteúdo dos seus respectivos artigos.

A obra reúne artigos que refletem sobre a ordem social, que tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social, com enfoque nas transformações sociais.

Ao reconhecer que a defesa da ordem social é uma garantia da democracia, o livro dispõe sobre o direito ao trabalho, a seguridade social (saúde, previdência social e assistência social), a educação, a cultura, o desporto, a ciência, a tecnologia, a inovação e a proteção ao meio ambiente.

A efetividade do direito da ordem social é uma exigência democrática, devendo o Estado executar políticas que promovam o direito ao trabalho e seja construída uma cultura de proteção social, colimando atingir os objetivos fundamentais, entre os quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos.

O Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum*, destacou que “*não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital*”, defendendo a concórdia da sociedade.

O Estado brasileiro, as empresas e os particulares devem garantir a efetividade do direito na ordem social, por aplicação da eficácia vertical, diagonal e horizontal dos direitos fundamentais.

Desejo agradável leitura.

Memória de Nossa Senhora do Carmo, 2021, em Teresina.

Christo Nihil Praeponere

**Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares**


## SUMÁRIO

<b>Apresentação .....</b>	<b>4</b>
<b>Capítulo I.....</b>	<b>6</b>
O Estatuto da Advocacia, o Código de Ética e Disciplina da OAB e a Inteligência Artificial	6
<b>Capítulo II .....</b>	<b>17</b>
A evolução da proteção jurídica infantojuvenil após a emissão da Opinião Consultiva nº 17/2002 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos	17
<b>Capítulo III.....</b>	<b>33</b>
Critérios definidores de pessoa de baixa renda para fins de ingresso em Instituições Federais de Ensino através das cotas sociais	33
<b>Capítulo IV .....</b>	<b>45</b>
Ensaio sobre gestão da saúde do trabalhador de instituições hospitalares na pandemia da COVID-19	45
<b>Índice Remissivo .....</b>	<b>49</b>
<b>Sobre o organizador.....</b>	<b>50</b>

# O Estatuto da Advocacia, o Código de Ética e Disciplina da OAB e a Inteligência Artificial

Recebido em: 14/07/2021

Aceito em: 15/07/2021

 10.46420/9786588319772cap1

Laura Spaniol Martinelli<sup>1</sup> 

Karla Eduarda Modena Pavan<sup>2</sup> 

Júlio César de Medeiros<sup>3\*</sup> 

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, desenvolveu-se de forma exponencial a aplicação de tecnologia em praticamente todas as áreas do conhecimento. Os avanços da digitalização e virtualização de processos e procedimentos, a nanotecnologia, biotecnologia, a popularização da internet, a facilitação de acesso a dispositivos pessoais, o comércio eletrônico em larga escala, a internet das coisas, computação em nuvem e o uso de Inteligência Artificial em toda sorte de tarefas transformaram sensivelmente o modo de viver contemporâneo, redesenhando as teias de interação social e requisitando uma nova forma de comportamento, tanto dos indivíduos quanto das instituições, frente à denominada Revolução 4.0.

Os mesmos caminhos seguiram a indústria, o comércio e a prestação de serviços, bem como as relações de trabalho, saúde e ensino em todos os níveis, incorporando tecnologias inovadoras como ferramentas, cada setor conforme suas necessidades e capacidades, mas todos, inexoravelmente, de forma irreversível.

É sensível a mudança que a sociedade vem experimentando através de processos de automação e informatização dos espaços de trabalho, lazer e de construção do saber. Ferramentas de automação e de

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduada em direito pela Faculdade Meridional – IMED. Membro do Centro de Estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Assistente em Administração junto à Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS Campus Passo Fundo. E-mail: lauraspaniol@yahoo.com.br. PPGD-IMED – Instituto Meridional – Rua Gen. Prestes Guimarães, 304, Passo Fundo/RS.

<sup>2</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo/RS. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social”. Advogada em Erechim/RS. E-mail: karla-pavan14@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8890778643663357>. PPGD-IMED – Instituto Meridional – Rua Gen. Prestes Guimarães, 304, Passo Fundo/RS.

<sup>3</sup> Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Pós-graduado em Advocacia Trabalhista e Direito Tributário pela LFG/Anhanguera-Uniderp/RS. Graduado em Direito pela IMED/RS. Membro do Centro de estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Advogado inscrito na OAB-RS sob o nº 88.541, E-mail: juliomedeiros@gmail.com. PPGD-IMED – Instituto Meridional – Rua Gen. Prestes Guimarães, 304, Passo Fundo/RS.

\* Autor correspondente: juliomedeiros@gmail.com.

Inteligência Artificial impactam significativamente diversos setores produtivos, entre eles, o meio jurídico, modificando de forma relevante o perfil dos profissionais envolvidos.

Assim, o mundo jurídico, mesmo que tardiamente, também passou a dedicar esforços consideráveis para adaptar-se a esse “*nouveau monde*”. Observou-se, a partir disso, uma extensa transformação que investe fortemente na Inteligência Artificial de forma cada vez mais abrangente, impactando severamente na forma como a profissão passou a ser desenvolvida.

Profissionais ligados ao setor jurídico, principalmente os iniciantes e os que desempenham tarefas de menor complexidade, já sofrem pressões para adaptar-se, desenvolver novas competências e dominar novos saberes, antes mesmo de chegarem ao mercado de trabalho.

Neste cenário disruptivo surge naturalmente a reflexão sobre a Advocacia enquanto profissão e sua tão rápida e profunda transformação, principalmente diante da realidade em que a utilização massiva de Inteligência Artificial na prestação de serviços advocatícios possa violar as disposições do Estatuto da Advocacia e do Código de Ética e Disciplina da OAB, tema que será abordado neste trabalho.

As reflexões deste artigo estão dispostas primeiramente de forma a situar como o mundo jurídico está sendo impactado pela utilização de Inteligência Artificial, referindo-se às *Legaltechs*, *Lawtechs*, Robôs Assistentes, Plataformas *on-line* de Resolução de Conflitos e outras soluções tecnológicas baseadas em Inteligência Artificial, que muitas vezes desenvolvem e prestam os serviços para que foram programadas sem a interferência ou sequer a supervisão humana, tampouco de um Advogado.

Em uma segunda etapa, a pesquisa confrontará a utilização da IA na prestação de serviços advocatícios com o Estatuto da Advocacia e o Código de Ética e Disciplina da OAB, regramentos que norteiam a atuação da Advocacia, na busca da identificação de violação ou não das suas disposições.

Ao final, serão apresentadas as conclusões alcançadas a partir das reflexões realizadas. Para tanto foram utilizados o método hipotético-dedutivo de pesquisa científica e as técnicas da pesquisa bibliográfica.

## **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ADVOCACIA**

A Revolução 4.0 expôs a natural necessidade de que o Direito, assim como todas as áreas do conhecimento, passasse a conformar-se a essa realidade altamente tecnológica, buscando a atualização legislativa e, mais que isso, de seus procedimentos e formas de atuação.

Mesmo que tardiamente, se passou a dedicar esforços consideráveis em atualizar o meio jurídico quanto às novas demandas, buscando criar ou alterar regras que abarcassem os novos conflitos, desenvolvendo e implementando ferramentas tecnológicas voltadas às novas circunstâncias, bem como diligenciando em tornar os procedimentos legais e o dia a dia do operador do Direito integrados à tecnologia, mirando dinamicidade, produtividade e rentabilidade.



Para tanto, vem adotando uma vertiginosa digitalização e empregando o uso da Inteligência Artificial em todos os níveis, de forma cada vez mais abrangente, o que vem provocando um severo impacto na forma como a profissão passou a ser desenvolvida.

Cargos e atribuições até então dependentes da atuação de um profissional jurídico tradicional estão sendo assumidas por sistemas de informática baseados em Inteligência Artificial. Uma nova gama de profissionais híbridos que transitem com facilidade entre a tradição jurídica e a inovação tecnológica é requisitada. Carreiras como Analista de Processos, Cientista de Dados Jurídicos, Gerente de Segurança da Informação ou Analista de Privacidade de Dados já são realidade no cenário mundial e demandam profissionais com conhecimentos multidisciplinares em áreas para além do Direito, como a Ciência da Computação, Administração, Ética e Segurança da informação.

As regulamentações sobre proteção de dados pessoais e sobre combate à corrupção como a LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil - são um ótimo exemplo de novas carreiras para a área jurídica quando prevê as figuras de Diretor de Privacidade de Dados e Diretor de Conformidade.

Nesse sentido, o Direito situa-se tanto como agente transformador, quanto agente a transformar-se, pois enquanto tenta se reinventar em uma era digital, é pressionado a conformar e estabilizar as relações e o equilíbrio social, igualmente atingidas por esta revolução.

Se por um lado o equilíbrio entre a busca da sociedade pelo desenvolvimento e/ou crescimento e a preservação da condição humana exige do Direito um arcabouço jurídico capaz de responder a esse embate, seja no formato regulatório, através de legislação impositiva, seja por meio de autorregulamentação através de melhores práticas de mercado e códigos de conduta que possam reger essa nova conjuntura social e definir o limite ético da própria tecnologia, por outro lado o próprio Direito trava um combate interno para adequar-se ao momento e assimilar o uso irreversível da tecnologia. É preciso que o direito também se torne digital.

Por outro viés, observa-se que a adoção da tecnologia no cenário jurídico ocorreu de forma pouco integrada, sem que houvesse uma unicidade de iniciativas para a construção de soluções comuns, onde praticamente cada Tribunal e cada ente administrativo desenvolveu, de diversas maneiras e com incontáveis ferramentas tecnológicas, um sistema eletrônico diferente a ser utilizado, com senhas de diversos formatos e variados níveis de segurança, requisitos de *hardwares* e *softwares* distintos, muitas vezes com plataformas de interface pouco ou nada intuitivas e que são substituídas com uma periodicidade espantosa.

Em levantamento de 2017, o CFJ – Conselho Federal de Justiça, identificou em operação no Brasil mais de quarenta sistemas diferentes em mais de noventa tribunais, em esferas superiores, regionais, estaduais, trabalhistas e administrativas. Além disso, em muitos tribunais existem dois ou mais sistemas em operação simultânea.

Esse contexto deixa claro que o profissional do Direito que deseja efetivamente seguir uma das várias carreiras jurídicas deve, obrigatoriamente, deter um grande e sólido conhecimento em informática, além de muita boa vontade, ou então cercar-se de profissionais técnicos capacitados que forneçam suporte para essas atividades.

Da mesma forma, os tribunais, os juízes e todo corpo do Judiciário, de todas as dimensões e instâncias, sofreram enorme impacto com a massiva adoção da tecnologia em suas rotinas. Esse movimento de digitalização do Judiciário reclamou de seus operadores conhecimentos específicos da área de informática que não eram competências originalmente exigidas para o desempenho de seu trabalho.

O processo físico está sendo extinto e novos processos, em praticamente todas as esferas, somente podem ser propostos e movimentados em formato eletrônico.

Conforme o CNJ – Conselho Nacional de Justiça -, em 2018 praticamente 85% dos processos ajuizados no Brasil foram em formato eletrônico. Em números, foram mais de vinte milhões de ações protocoladas por meio digital no país.

Isso passou a demandar de qualquer profissional ligado à área jurídica um conhecimento específico oriundo não das cadeiras clássicas do Direito, mas da área da informática. Tornou-se obrigatório o domínio de saberes ligados ao uso avançado da tecnologia para atuar na Justiça moderna.

Internet, conversão de documentos digitais, navegadores compatíveis, criptografia, assinatura digital, *plug-ins*, audiências virtuais, aplicativos móveis, redes sociais, arquivos na nuvem e sistemas de automação passaram a ser ferramentas básicas exigidas de qualquer operador, seja Advogado, Servidor Público, Magistrado e até do cidadão comum que deseje ter acesso à Justiça.

Em outro turno, mas ainda nesse cenário de crescimentos e avanços tecnológicos que permeiam o Direito, avançam os empreendimentos profissionais denominados *Lawtechs* e *Legaltechs*, *startups* que por meio de tecnologia desenvolvem aplicativos, sistemas ou plataformas de conteúdo voltado para o mercado jurídico.

Tendência presente no mundo há algum tempo, as *Lawtechs* conceberam produtos baseados em Inteligência Artificial notórios, como Ross, considerado o primeiro Advogado robô, que é integrante do escritório *Baker & Hostetler* nos Estados Unidos.

O campo de atuação das *Lawtechs* ou *Legaltechs* abrange “desde consulta processual até Inteligência Artificial para a gestão de processos jurídicos” (Mendes, 2017, p. 18), podendo ser citadas iniciativas nacionais como as plataformas Contraktor, Jus Brasil, Invenis, Linte, Dubbio e Sem Processo.

O avanço do segmento no Brasil levou à fundação da AB2L – Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs, que congrega fundadores de diversas plataformas para debater tecnologias voltadas para o setor jurídico. No site da AB2L se pode verificar que consta como um dos três pilares da sua missão

“democratizar o conhecimento jurídico e ampliar o acesso à justiça, sempre em concordância com a Constituição Federal e o Estatuto da OAB, por meio do uso da tecnologia”.

Contudo, o mercado de *Lawtechs* não é formado apenas por profissionais e empresas comprometidos com a ética e que observam as regulamentações da profissão.

O Conselho Federal da OAB, através da Coordenação Nacional de Fiscalização da Atividade Profissional da Advocacia vem empenhando esforços no combate à chamada “atuação predatória de ‘startups’ que oferecem de maneira ilegal serviços jurídicos, gerando concorrência desleal e causando grandes prejuízos à advocacia”.

Conforme Ary Raghiant Neto, que responde pela coordenação, “a OAB tem ciência de que muitas ‘startups’ utilizam abordagem heterodoxa, linguagem despojada e discurso de inovação para práticas abusivas” (OAB, 2020).

Ainda segundo o coordenador, a OAB trabalha no sentido de bloquear a operação dessas empresas e para a sua responsabilização pela captação irregular de clientes, publicidade irregular, venda de serviços jurídicos por não-advogados e violação ao Código de Defesa do Consumidor por meio de negociação de direitos de clientes lesados em processos.

Para além das *Lawtechs*, a aplicação de Inteligência Artificial no meio jurídico também pode ser identificada através das ODR - *Online Dispute Resolution* - ou Plataformas de Resolução de Conflitos ou ainda Plataformas de Mediação e Arbitragem. Pode-se dizer que essas plataformas *on-line* dedicadas à resolução de conflitos diretamente entre as partes e que se valem de recursos tecnológicos, internet e Inteligência Artificial foram gestadas fora do meio jurídico e objetivando evitar a judicialização de demandas.

Exemplo disso é que o primeiro sistema de ODR foi criado pela empresa eBay em 1999, sendo que em duas semanas de operação foram tratados 225 casos e obtida uma taxa de 50% de acordos extrajudiciais. “Hoje o eBay utiliza um software baseado em Inteligência Artificial que resolve 60 milhões de disputas por ano, com taxa de acordos de 80%” (Katsh et al, 2017, p. 32).

Nacionalmente pode-se destacar iniciativas como Mediação Legal e MOL – Mediação on-line.com -, plataformas essencialmente digitais que declaram estar em concordância com a legislação vigente para intermediar acordos diretamente entre as partes, mesmo sem a presença de advogados.

Importante frisar que na mediação o Mediador não necessariamente é um profissional do ramo jurídico e tampouco pode funcionar como tal, sendo vedada sua manifestação sobre questões jurídicas acerca da negociação em disputa, onde a ausência de um advogado que possa instruir seu cliente acerca do que está sendo proposto continua sendo altamente recomendável.

Cumprir referir ainda a aplicação de Inteligência Artificial em sistemas utilizados por Advogados e escritórios de Advocacia, considerados robôs-assistentes e programados para a realização de tarefas

repetitivas e de assessoramento como ler e interpretar documentos apontando as providências a serem adotadas a partir da própria interpretação, gerenciar prazos dos processos, organizar a agenda dos profissionais do escritório, inclusive apontando os trabalhos a serem realizados por esses, buscar por publicações dos tribunais sobre os processos cadastrados, produzir e encaminhar documentos e grande parte das peças judiciais necessárias para o andamento dos processos, além de alimentar, gerenciar, analisar, indexar e sumarizar o banco de dados e documentos, aplicando conceitos de *machine learning*.

Estes robôs-assistentes também podem ser programados para identificar a propositura de demandas contra clientes quase imediatamente após o cadastro do processo nos bancos de dados dos tribunais, trabalhando na chamada antecipação de prazos, ou na seleção das melhores jurisprudências correlatas, ou na chamada jurimetria, levantando, analisando e avaliando decisões judiciais para a predição de possíveis desfechos para um processo específico, bem como toda uma gama de serviços jurídicos antes realizados quase que exclusivamente por Advogados e que agora são realizados pelo computador em uma fração do tempo anteriormente dispendido, com uma taxa de eficiência bastante superior.

## **ENFIM, A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS ATRAVÉS DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL VIOLA O ESTATUTO DA ADVOCACIA E A DA OAB E O CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB?**

Partindo imediatamente para a reflexão proposta, tem-se que o artigo 2º, *caput*, do Estatuto da Advocacia e da OAB dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça”. O mesmo entendimento é exposto pelo Código de Ética e Disciplina da OAB. Dessa maneira, o Advogado é considerado como o primeiro profissional da justiça a conhecer e atuar em uma causa objetivando a garantia de direitos e empregando esforços para a sua melhor conclusão.

É o Advogado que contata com o cliente, apontando possibilidades e teorias e o defendendo em juízo, conduzindo o processo e diligenciando para o seu bom andamento, até o seu término. É o Advogado o profissional que pode orientar e aconselhar o cliente quanto à existência ou não de direitos sonegados, bem como desaconselhar a investir em aventuras jurídicas.

Portanto, é autêntica a premissa que exprime “sem o Advogado não há justiça”, *slogan* de campanha promovida pela OAB para a valorização da advocacia. Porém, a desmedida utilização de Inteligência Artificial acaba por mitigar, aparentemente, esse preceito.

Boa parte dos serviços antes exclusivamente desenvolvidos pelos Advogados estão sendo, gradualmente, direcionados à realização por softwares inteligentes, principalmente as tarefas chamadas de *backoffice*, rotinas repetitivas de apoio ao trabalho intelectual dos profissionais jurídicos. Sem dúvida se trata de um benefício trazido pela Inteligência Artificial.

Todavia, há de se ter cuidado para que benefícios tecnológicos não se configurem, ao final, em esbulho da atividade privativa do Advogado. O Estatuto da Advocacia e da OAB determina claros limites onde a plena e irrestrita aplicação da Inteligência Artificial encontra óbice: “Art. 1º - São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. § 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade”.

Observe-se o caso de plataformas *online* que ofertam a possibilidade de elaboração de petição inicial partido do preenchimento de um formulário padrão, por qualquer interessado em propor uma demanda. Imediatamente se pensa em estar usurpando a atividade privativa do Advogado.

Na mesma senda, ao se relegar o trabalho de interpretação da celeuma do cliente à tabulação e conformação a critérios preestabelecidos, ao dispensar o esforço hermenêutico do profissional jurídico e atribuir à métrica, à estatística e à matemática computacional a tarefa da busca ou defesa de um Direito, está claramente invadindo a privatividade do exercício da advocacia.

Em Direito, nada é preciso, tudo depende. Cada caso é um caso. Frases célebres nos bancos escolares dos cursos de Direito e que refletem com exatidão a realidade da prática advocatícia. Impossível confiar aos dados armazenados no *Big Data* e às fórmulas dos sistemas de Inteligência Artificial seu caso específico e esperar que sejam observadas suas particularidades e peculiaridades.

Para Thiago Morani, os softwares que se prestam a fazer uma peça judicial de forma automatizada induzem ao aumento da litigiosidade “como se resolver as coisas de maneira judicial fosse um procedimento simples e louvável sempre, o que não é verdade” (Morani apud Mendes, p. 18).

Disso se contempla um paradoxo social quando ao mesmo tempo em que se cobra celeridade do aparato judicial frente ao grande número de conflitos judicializados, se dissemina a postulação em juízo como algo banal e descompromissado, acessível, barato e ao alcance de qualquer pessoa.

É preciso o olhar preparado e treinado do profissional do Direito a dizer sobre a tutela possível ou não pelo judiciário de demanda apresentada por cliente. A uma, frente à interpretação do Direito ou não Direito perseguido. A duas, diante da possibilidade ou não de sucesso. A três, por conta da necessidade do Advogado à administração da justiça e a quatro, pela necessidade da certeza de que o procedimento judicializado vai demandar conhecimentos específicos, crônicos e estruturais que somente uma análise humana e presencial pode dimensionar.

Por outro prisma, a Inteligência Artificial não pode ser aplicada ao Direito sem que a consciência social esteja presente, sob pena de se converter em processos de iniquidades e funcionar na defesa de interesses escusos. A humanidade deve transfixar a utilização da tecnologia no Direito para que seus benefícios sejam aproveitados por toda a sociedade.

Por seu turno, outro aspecto que desperta atenção é a eventual mercantilização da advocacia, principalmente em relação às *Lawtechs*. É taxativo o Código de Ética e Disciplina da OAB quanto à captação de clientes: “Art. 5º – O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”.

Entretanto, a partir da observação do cenário jurídico hodierno, é evidente que a realidade das *Lawtechs* e dos avanços tecnológicos e da Inteligência Artificial como ferramenta da advocacia não comporta retrocessos. “o avanço técnico-científico tornou-se o avanço das forças de mercado, o realce dos novos tempos às relações de poder” (Saad-Diniz, 2014, p. 52).

O mesmo entendimento se estende quanto às ODR's - plataformas *on-line* de resolução de conflitos, onde a desnecessidade de advogados e a primazia pela composição extrajudicial, diretamente entre as partes, comumente empresas e consumidores, indicando possível violação da atividade privativa da advocacia, quando não mais atentando contra o Código de Defesa do Consumidor em casos de resoluções danosas aos clientes.

É inegável que a Inteligência Artificial passou a ser muito significativa aos meios jurídicos e, ao mesmo passo, suscita inúmeras considerações a respeito da forma e limites de sua utilização. Não se pode descuidar do caráter social que a advocacia desempenha, nem de que se constitui de normas, leis, princípios e regras, mas, principalmente, que se dedica na preservação dos Direitos globais e totais de cada caso concreto, individualizado e, dessa forma, a atuação do Advogado, através do emprego de um raciocínio jurídico diferenciado e holístico-jurídico para o cliente, comprometido pessoalmente com suas demandas, é imprescindível.

Não se pode perder de vista a consciência de que a máquina, o *software*, a tecnologia, a Inteligência Artificial é o meio, não o fim. Incumbir a exclusivamente um sistema dotado de Inteligência Artificial, por mais “inteligente” que possa ser, a realização da atividade jurídica em qualquer nível é comparável a retrocedermos aos termos do positivismo jurídico de há muito superado. A complexidade social que experimentamos na atualidade depende de respostas para além do entendimento binário, por mais avançado e transmutado que se apresente.

## **CONCLUSÃO**

Os efeitos da adoção das inovações tecnológicas são experimentados nas relações sociais, econômicas e profissionais, produzindo muitos benefícios, mas também muitos questionamentos.

O uso da Inteligência Artificial pode otimizar as tarefas do profissional jurídico, processando com maior velocidade e exatidão trabalhos repetitivos e morosos, contribuindo para a maior dedicação às tarefas intelectuais. Com efeito, pode contribuir inclusive para a redução da demora da prestação jurisdicional, sendo muito celebrada tanto pelos operadores do Direito, quanto pelo próprio Judiciário.

De outro giro, a prestação de serviços advocatícios dependentes unicamente de soluções propostas por aplicações de Inteligência Artificial, na atuação das *Lawtechs* e ODR's ou plataformas *on-line* de produção de peças judiciais pode configurar violação ao Estatuto da Advocacia e ao Código de Ética e Disciplina da OAB no momento em que se observa o afronte ao desempenho das atividades privativas da advocacia e à vedação da mercantilização e da publicidade abusiva da profissão.

A análise crítica acerca da problemática não se extingue nesta rasa pesquisa. O Direito é uma ciência social e, como parte integrante da dinâmica da sociedade, acompanha suas mudanças e evoluções, requerendo a reinterpretação e reanálise de sua importância e formas de atuação permanentemente. No momento social em que a tecnologia ocupa papel de destaque, as ciências jurídicas não podem se negar a acompanhar, estudar, analisar, confrontar, reger e apontar, com parcimônia e responsabilidade, a utilização da tecnologia e Inteligência Artificial na advocacia, de modo que os benefícios sejam aproveitados por toda a sociedade e não se transformem em ferramentas para a defesa de interesses iníquos, escusos e discriminatórios.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Andrade MD (2020). Legal Tech: analytics, IA e as novas perspectivas para advocacia privada. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322020000100403&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322020000100403&script=sci_arttext)>. Acesso em: 23 out. 2020.
- Araújo H et al. (2014). Estudos Avançados de Direito Digital. Rio de Janeiro: Forense. 256p.
- Belli MJ (2020). Aplicação de tecnologias de Inteligência Artificial e de Realidade Virtual para a construção de um ambiente virtual para a alfabetização infantil. Dissertação (Mestrado na área de concentração de Mídia e Conhecimento do Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção) – Faculdade de Engenharia de Produção, Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/81066>>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano CXXXII, n. 126, p. 1-7.
- BRASIL. Resolução nº 2, de 10 de outubro de 2015, do CFOAB. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <<https://www.oab.org.br/Content/pdf/novo-ced.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- Conselho da Justiça Federal. Processos Judiciais Eletrônicos Março 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/observatorio/arq/pje/Sistemas%20de%20Processo%20Judicial%20Eletr%C3%B4nico.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

- Conselho Nacional de Justiça. Quase 85% dos processos ingressaram eletronicamente em 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/quase-85-dos-processos-ingressaram-eletronicamente-em-2018/>>. Acesso em: 27 jan. 2021.
- Corrêa B (2009). A Alienação do Trabalho e a Advocacia moderna. Disponível em: <<http://ensaioliberalitario.blogspot.com/2009/11/alienacao-do-trabalho-e-advocacia.html>>. Acesso em: 27 jan. 2021.
- Davis A (2020). O futuro dos escritórios de advocacia na era da IA. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322020000100404&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322020000100404&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 23 out. 2020.
- Gitahy Y (2016). O que é uma startup? Exame, 2016. Disponível em: <<https://exame.com/pme/o-que-e-uma-startup/>>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- Gray M et al. (2019). Ghost Work: how to Stop Silicon Valley from Building a new Global Underclass. Boston: Houghton Mifflin Harcourt. 288p.
- Grillo B (2017). Excesso de plataformas de processo eletrônico atrapalha advogados. Site Conjur – consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-03/excesso-sistemas-processo-eletronico-atrapalham-advogados>>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- Harary YN (2018). 21 lições para o século 21. São Paulo: Companhia das Letras. 432p.
- Hogemann ER (2018). O futuro do Direito e do ensino jurídico diante das novas tecnologias. Revista Interdisciplinar de Direito. Faculdade de Direito de Valença. 16, I, 105-115. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/487/364>>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- Katsh E et al. (2017). Digital Justice. Oxford University Press: Oxônia-UK. 260p.
- Lakatos EM. et al. (1992), Metodologia do Trabalho Científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 4 ed. São Paulo: Atlas. 212p.
- Lopes A (2019). Advogados são o próximo alvo da inteligência artificial. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/advogados-sao-o-proximo-alvo-da-inteligencia-artificial>>. Acesso em: 17 abr. 2019.
- Magrani E (2018). A internet das coisas. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23898/A%20internet%20das%20coisas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- Magrani E (2014). Democracia Conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá. 222p.
- Magrani E (2019). Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial. 304p.




- Mello GM (2016). Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrea-primeiro-robo-advogado-eua>>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- Mendes N (2017). LawTech, alternativa para um mercado saturado. Revista Tribuna do Advogado. Disponível em <<https://oabrj.org.br/tribuna/defesa-direitos-caravana-das-prerrogativas-percorre-subsecoes-oabrj/lawtechs-alternativa-um>>. Acesso em 25 jan. 2021.
- OAB (2020). OAB age para enfrentar atuação predatória de startups que oferecem serviços jurídicos de maneira ilegal. Notícia veiculada no site da OAB em 14mai2020. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/58145/oab-age-para-enfrentar-atuacao-predatoria-de-startups-que-oferecem-servicos-juridicos-de-maneira-legal?argumentoPesquisa=startups>>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- Patel N (2020). Machine Learning: O que é, para que serve, benefícios e muito mais. Blog NeilPatel. Disponível em: <<https://neilpatel.com/br/blog/machine-learning/>>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- Peck PRH (2018). Advocacia Digital. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 170p.
- Peixoto FH et al. (2019). Inteligência artificial e direito. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. 150p.
- Pinheiro PP (2016). Direito digital. 5 ed. Saraivajur: São Paulo. 671p.
- Ravagnani GS (2017). Automação da Advocacia, Gestão de contencioso de Massa e a Atuação Estratégica do Grande Litigante. Revista de Processo, vol.265/2017, p. 219-256.
- Rover AJ (2015). O Profissional do Direito na Sociedade Informacional: Questões de Informática Jurídica. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/068.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- Saad-Diniz E (2014). O problema hermenêutico e a questão das inovações tecnológicas: ensaio a partir de Hans Jonas. Disponível em <<http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/EduardoDinizOproblemahermeneutico.pdf>>. Acesso em 18 ago. 2020.
- Vasconcellos M (2013). É preciso rever regras regulatórias da advocacia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-06/entrevista-jose-edgard-bueno-socio-fundador-jbm-advogados>>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- Vitorino R (2020). A Quarta Revolução Industrial e seus Impactos na Advocacia. Disponível em: <<https://ab2l.org.br/quarta-revolucao-industrial-e-seus-impactos-na-advocacia/>>. Acesso em: 26 jan. 2021.


## A evolução da proteção jurídica infantojuvenil após a emissão da Opinião Consultiva nº 17/2002 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Recebido em: 14/07/2021

Aceito em: 15/07/2021

 10.46420/9786588319772cap2

Karla Eduarda Modena Pavan<sup>1\*</sup> 

Júlio César de Medeiro<sup>2</sup> 

Laura Spaniol Martinelli<sup>3</sup> 

### INTRODUÇÃO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e após observar os impactos negativos deixados por ela, a sociedade começou a perceber a necessidade de assegurar, no âmbito internacional, a proteção dos direitos humanos, surgindo, assim, diversos sistemas com o objetivo de salvaguardar os direitos fundamentais do indivíduo, onde se destaca o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, composto pela Comissão e pela Corte, tem como principal objetivo promover a defesa e a proteção dos direitos humanos aos indivíduos situados no continente americano, supervisionar se os Estados-membros estão cumprindo com as disposições da CADH e dos demais tratados interamericanos, bem como averiguar se existem medidas legais ativas para torná-los efetivos.

Salienta-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, desde 1948, data do seu surgimento, vêm contribuindo muito para a defesa dos direitos fundamentais, principalmente em relação à proteção dos direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, cabe destacar que o Sistema

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito na Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo/RS. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social”. Advogada em Erechim/RS. E-mail: karla-pavan14@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8890778643663357>. PPGD-IMED – Instituto Meridional – Rua Gen. Prestes Guimarães, 304, Passo Fundo/RS.

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Pós-graduado em Advocacia Trabalhista e Direito Tributário pela LFG/Anhanguera-Uniderp/RS. Graduado em Direito pela IMED/RS. Membro do Centro de estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Advogado inscrito na OAB-RS sob o nº 88.541, E-mail: juliomededeiro@gmail.com. PPGD-IMED – Instituto Meridional – Rua Gen. Prestes Guimarães, 304, Passo Fundo/RS.

<sup>3</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Membro do Centro de Estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Assistente em Administração junto à Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS Campus Passo Fundo. E-mail: lauraspaniol@yahoo.com.br. PPGD-IMED – Instituto Meridional – Rua Gen. Prestes Guimarães, 304, Passo Fundo/RS.

\* Autora correspondente: karla-pavan14@hotmail.com

Interamericano, através de sua Corte, foi o responsável por emitir a Opinião Consultiva nº 17/2002, a qual consolida, no âmbito internacional, os principais vetores da Doutrina da Proteção Integral.

A consolidação da respectiva doutrina no Sistema Interamericano foi um marco de grande importância para a proteção dos direitos do público infante-juvenil, pois através de seus princípios, quais sejam, superior interesse e proteção especial, a criança/adolescente deixou de ser vista apenas como objeto de proteção governamental, passando a ser considerada um sujeito de direitos, sendo, portanto, detentora não apenas de direitos comuns, mas também de direitos especiais, devido à sua condição peculiar de desenvolvimento.

Com base neste contexto, o presente trabalho visa responder o seguinte problema: quais foram os avanços jurídicos positivos alcançados com a emissão da Opinião Consultiva nº 17/2002, ao adotar a Doutrina da Proteção Integral no Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

Objetivando responder à questão proposta, serão analisados alguns elementos fundamentais sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Doutrina da Proteção Integral e a Opinião Consultiva nº 17/2002, para, por fim, após o estudo de duas decisões proferidas pela Corte Interamericana, demonstrar quais foram as melhorias provenientes da emissão da respectiva opinião quanto ao direito da criança. O método utilizado no presente trabalho foi o dedutivo e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica e a documental.

## **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESTRUTURA E O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Diante das transformações do mundo moderno e dos diversos reflexos provenientes da Segunda Guerra Mundial, o processo universalista passou a ser o centro de uma nova perspectiva ideológica sobre os direitos humanos, visando desenvolver mecanismos de caráter global para assegurar e proteger os direitos básicos de cada ser humano.

Com base nesse contexto, surgem, no âmbito internacional, dois sistemas autônomos, mas complementares, para salvaguardar tais direitos, quais sejam, o sistema global e o sistema regional (Mazzuoli, 2011).

O sistema global surgiu com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e é o principal responsável por definir os parâmetros universais e o controle dos direitos humanos na prática dos Estados. Ressalta-se que, logo em seguida, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada em 1948, a ONU estabeleceu o rol dos direitos que seriam internacionalmente protegidos, os quais, em 1966, foram consolidados e aprimorados tanto pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, quanto pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Por outro lado, os sistemas regionais, como o próprio nome já diz, são responsáveis por internacionalizar os direitos humanos no plano regional, tendo cada sistema seu próprio aparato jurídico. Tais sistemas, podem, assim, serem descritos: o Sistema Regional Europeu, criado em 1950 junto ao Conselho da Europa; o Sistema Regional Africano, criado em 1981 e vinculado à União Africana; e, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, desenvolvido em 1948 junto à Organização dos Estados Americanos (OEA) (Vallejo, 2013).

Nesse sentido, cabe salientar que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), de fundamental importância para a compreensão do presente estudo, funda-se em dois instrumentos jurídicos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana em 1948, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), conhecida também como o Pacto de San José da Costa Rica que, mesmo aprovada em 1969, somente entrou em vigor no ano de 1978.

O SIDH, com o intuito de garantir e proporcionar o cumprimento de todos os direitos elencados nos documentos citados acima, instituiu, no ano de 1959, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e, no ano de 1979, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Estes órgãos atuam em conjunto para promover a defesa e a proteção dos direitos humanos aos indivíduos situados no continente americano (Trindade, 2003), ou seja, tais entes “tem como uma de suas funções precípua supervisionar se os Estados membros observam, respeitam e promovem as disposições dos tratados interamericanos sobre direitos humanos, bem como averiguar se existem medidas adotadas para torná-los efetivos” (Gervasoni et al., 2020, p. 307).

A CIDH, por sua vez, tem como principais funções a realização de visitas *in loco*, para analisar a situação dos direitos humanos do país visitado, a preparação de relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos Estados-membros, o recebimento de denúncias relativas a violações de tais direitos e a verificação do preenchimento dos requisitos de admissibilidade das petições, conforme disposto no artigo 41, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH):

Artigo 41. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e. atender às consultas que, por meio da Secretária-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem; f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g. apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. (OEA, 1969)

Ressalta-se que em caso de denúncia ou queixa de violação dos direitos humanos por parte de um Estado-membro da OEA, a CIDH se torna responsável por analisar a situação e, constatando a veracidade dos fatos, tem o dever de encaminhar um relatório ao Estado denunciado, contendo as recomendações necessárias para solucionar o ocorrido em até três meses.

Se, por ventura, o Estado não consiga cumprir com todas as recomendações no prazo estipulado, a CIDH poderá estabelecer um novo prazo. Transcorrido esse novo prazo e não tendo o Estado cumprido com o recomendado, o relatório, até então confidencial, passa a se tornar público e a integrar o relatório anual apresentado à Assembleia Geral da OEA. Outra possibilidade, nessa situação, é remeter o caso à Corte Interamericana. Contudo, isso só é possível aos Estados que ratificaram a CADH e reconheceram a competência dessa Corte (Gervasoni et al., 2020).

Assim, a Corte IDH, diversamente da CIDH, possui tanto caráter consultivo quanto caráter contencioso, sendo considerada um órgão autônomo, composto por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, e que possui como função a interpretação e a aplicação da CADH e dos demais tratados integrantes do SIDH, em suas sentenças e opiniões consultivas. No mesmo sentido é o entendimento de Costa et al.:

A Corte IDH, por sua vez, é uma instituição judicial autônoma da OEA, sediada na Costa Rica, que possui uma função de opinião consultiva – referente a questões do direito internacional dos direitos humanos – e uma função contenciosa. A sua jurisdição do papel contencioso abarca apenas os Estados que tenham ratificado a Convenção Americana e expressamente aceitado a competência jurisdicional da Corte IDH, nos termos do artigo 62 da Convenção. O Brasil reconheceu essa competência contenciosa por meio de Decreto Legislativo 89, no ano de 1998. Portanto, compete à Corte julgar o caso de violação constatado posteriormente à data de reconhecimento da competência pelo Estado-parte e, se necessário, determinar a restauração do direito violado ou até mesmo a condenação do Estado a pagar uma justa compensação à vítima dessa violação. Frise-se que a Corte IDH não funciona como um tribunal recursal para as decisões domésticas, mas uma oportunidade de analisar situações, perante o SIDH, que tenham sido violadoras de princípios protegidos pela Convenção Americana e que não foram devidamente observadas em âmbito doméstico. Além disso, depois da condenação de um Estado, não há a previsibilidade de um recurso, mas apenas a possibilidade de solicitação de interpretação, a pedido de qualquer das partes, sobre o sentido do alcance da sentença, nos termos do artigo 67 da CADH e 68 do Regulamento da Corte. (Costa et al., 2019, p. 66)

Como bem salientado por Costa et al. (2019), a atribuição da Corte IDH para julgar casos contenciosos abarca somente os Estados que ratificaram a CADH e que reconheceram expressamente essa competência. Ademais, a CADH determina, mais especificamente em seu artigo 61, que “somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte” (OEA, 1969).

No que concerne à função consultiva da Corte IDH, ressalta-se que qualquer Estado-membro da Organização ou qualquer órgão descrito no capítulo X da Carta da OEA pode consultá-la sobre a interpretação da CADH ou de outros tratados relacionados à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, bem como a respeito da compatibilidade desses instrumentos com a legislação interna do

solicitante, o que poderá resultar na emissão de uma Opinião Consultiva sobre o tema tratado (OEA, 1969).

Todavia, embora ambas competências (contenciosa e consultiva) possuam natureza jurisdicional (Opinião Consultiva nº 03/1983), não devem ser confundidas, conforme dispõe a Corte IDH, no parágrafo 33 da Opinião Consultiva nº 17/2002, onde explica que na face consultiva inexistem partes ou tampouco um litígio a ser solucionado, mas sim a intenção de compreender a interpretação adequada das bases protetivas dos direitos humanos, o que vai contrastar com a dimensão contenciosa na resolução das situações levadas à Corte (Corte IDH, 2002).

Nesse sentido, cabe destacar que as Opiniões Consultivas da Corte IDH são de extrema importância para seus Estados-membros, pois trazem benefícios concretos ao plano internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos, levando em consideração também o seu caráter vinculante, conforme disposto no parágrafo 60 da Opinião Consultiva nº 18/2003:

Por essas razões, a Corte determina que tudo o que está indicado nesta Opinião Consultiva se aplica aos Estados membros da OEA, que assinaram indistintamente a Carta da OEA, subscrita na Declaração Americana e na Declaração Universal, ou que ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, independentemente de terem ou não ratificado a Convenção Americana ou qualquer de seus protocolos opcionais. (Corte IDH, 2003, p. 93, tradução nossa)

Corroborando do entendimento, Ramos leciona a respeito da relevante função consultiva da Corte, que resulta em suas significativas opiniões, pois é “com base na competência consultiva que as Cortes podem interpretar normas jurídicas internacionais fixando o seu alcance e conteúdo, mesmo na ausência de casos contenciosos” (Ramos, 2002, p. 68).

Portanto, através da sua atribuição consultiva, a Corte IDH vem empreendendo um trabalho significativo para a consolidação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), frisando, especialmente, a Opinião Consultiva nº 17/2002, objeto do presente trabalho e, de fundamental importância para a proteção dos direitos da criança e do adolescente.

## **A CONDIÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE A PARTIR DA EMISSÃO DA OPINIÃO CONSULTIVA Nº 17/2002**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em 28 de agosto de 2002, redigiu a Opinião Consultiva nº 17/2002 (OC-17/2002), para dispor sobre a condição jurídica de crianças/adolescentes e os seus direitos fundamentais no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Ressalta-se que a presente Opinião Consultiva foi emitida para responder à solicitação de esclarecimentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) quanto à interpretação do artigo 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), no sentido de determinar se as medidas especiais estabelecidas no artigo 19 da mesma

Convenção constituem “limites ao arbítrio ou à discricionariedade dos Estados” em relação às crianças/adolescentes, requerendo, também, a apresentação de critérios gerais válidos sobre a matéria no âmbito da CADH (Corte IDH, 2002).

Corroborando do entendimento, Ferraz aduz os argumentos utilizados pela CIDH para solicitar tais esclarecimentos:

A CIDH alegara como fundamento a essa solicitação a constatação de que em distintas legislações e práticas dos países americanos, a vigência dos direitos e garantias previstos nos artigos 8 e 25 da CADH não era plena a respeito de crianças como sujeitos e atores na jurisdição penal, civil e administrativa, uma vez que seria assumido que a obrigação de proteção do Estado para suprir a falta de plena capacidade dos menores de idade poderia colocar tais garantias em segundo plano. (Ferraz, 2018, p. 1)

Dessa forma, o problema enfrentado pela Corte IDH, e que motiva a elaboração da Opinião Consultiva nº 17/2002, foi impulsionado pela convencionalidade dos ordenamentos de certos Estados-membros que possuíam legislações infanto-juvenis de cunho tutelar, com base na “Doutrina da Situação Irregular”. Salutar registrar o largo percurso doutrinário na área da infância em denunciar os problemas desse substrato teórico-jurídico (Méndez, 2004; Veronese, 2016) o qual permite, por exemplo, o tratamento de infantes enquanto objetos de tutela e reduz a sua significação de sujeitos com termos como “menor” (Ferraz, 2018).

Nesse viés, cabe destacar que em intervenções orais e escritas, a CIDH argumentou que com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1989, pela Assembleia Geral da ONU, tinha-se instaurado um novo modelo de proteção aos direitos infanto-juvenis, tendo em vista a adoção da Doutrina da Proteção Integral.

A Doutrina da Proteção Integral, diferentemente da Doutrina da Situação Irregular, sustenta que as crianças são indivíduos de direitos, e não simples “objeto” de proteção governamental. Assim, segundo essa doutrina, deve-se reconhecer todos os direitos às crianças, principalmente os de caráter especial, que lhes são conferidos em virtude da sua situação de vulnerabilidade, devido estar em processo de desenvolvimento (Lopes et al., 2012). Posto isso é viável inferir que crianças e adolescentes “passam por meio da teoria da proteção integral, a desempenharem um papel reconhecido como seres humanos em toda sua especialidade” (Dias, 2016, p. 32).

Seguindo com suas argumentações, a CIDH destacou, ainda, que, conforme disposto no artigo 19 da CADH, a criança/adolescente tem direito de receber medidas de proteção do Estado e que, para fazer jus ao conteúdo desse artigo, devem ser levadas em consideração as disposições de outros instrumentos internacionais, de acordo com o critério interpretativo do artigo 29 da CADH, bem como das normas e princípios da Convenção sobre os Direitos da Criança, que se manifestam especialmente no princípio do interesse superior da criança (Corte IDH, 2002).

Diante disso, a Corte IDH reconheceu a grande relevância do direito internacional para a proteção da criança/adolescente, do qual fazem parte a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), aceitando a sua utilização como fonte de direito para estabelecer o conteúdo e alcance das obrigações assumidas pelo Estado por meio do artigo 19 da CADH.

Do mesmo modo, a Corte IDH salientou que a Convenção sobre os Direitos da Criança foi ratificada por quase todos os Estados-membros da OEA e acrescentou, também, que tal posicionamento por parte dos países denota um consenso positivo, em relação aos temas da infância. “É importante notar que os vários Estados do continente adotaram disposições em suas legislações, tanto constitucionais como ordinárias, sobre a matéria em questão; disposições às quais o Comitê dos Direitos da Criança se referiu repetidamente” (Corte IDH, 2002, p. 53, tradução nossa).

Assim, a Corte IDH, ao reconhecer, na Opinião Consultiva nº 17/2002, a criança como sujeito de direitos, adota, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Doutrina da Proteção Integral, o entendimento de que “de acordo com as normas contemporâneas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nas quais se enquadra o artigo 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as crianças são titulares de direitos e não apenas objetos de proteção” (Corte IDH, 2002, p. 86, tradução nossa). Isso significa a refutação completa das visões menoristas e a salvaguarda de direitos de crianças e adolescentes, baseando-se no seu reconhecimento enquanto sujeito-cidadão (Veronese, 1999), o qual detém voz ativa e participa da construção de seus direitos em sociedade.

A Doutrina em questão trouxe consigo inúmeras mudanças, no âmbito mundial, para os ordenamentos jurídicos, influenciando tanto a jurisprudência como a legislação dos órgãos internacionais e dos diversos Estados-membros quanto à proteção dos direitos da criança e do adolescente. Ademais, essa mudança paradigmática simboliza um grande avanço para a defesa dos direitos da infância no âmbito da SIDH, na medida em que esta reconhece infantes como detentores de direitos gerais e especiais, devido à sua condição peculiar de desenvolvimento (Costa, 2012). Nesse sentido, cabe salientar que a Doutrina da Proteção Integral referente ao direito da criança e do adolescente, respalda-se em alguns princípios fundamentais, enfatizando-se neste estudo dois deles: o princípio da proteção especial e o princípio do interesse superior, ou do melhor interesse.

O princípio da proteção especial sustenta, basicamente, que a criança/adolescente se encontra em uma situação de vulnerabilidade, devido ao fato de estar em desenvolvimento físico, mental e social, o que demanda uma proteção especial, através da promulgação de leis e da adoção de políticas públicas, que possam garantir o exercício pleno dos seus direitos humanos e o seu desenvolvimento sadio (ONU, 1959).

Ressalta-se que a família, a sociedade e os Estados-membros da CADH possuem o dever de proteger os direitos da criança, sendo este último responsável, também, por implementar medidas legais para garanti-los, veja-se:



Que a proteção verdadeira e plena das crianças significa que podem gozar plenamente de todos os seus direitos, incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais, que lhes são atribuídos por diversos instrumentos internacionais. Os Estados partes em tratados internacionais de direitos humanos têm a obrigação de adotar medidas legais para garantir a proteção de todos os direitos da criança. (Corte IDH, 2002, p. 87, tradução nossa)

Complementa-se ainda dizendo que tanto a instituição de medidas especiais quanto a proteção aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes no ordenamento jurídico não devem ser vistas como uma verdadeira ofensa ao direito da igualdade, mas sim como reconhecimento íntegro e justo da sua condição de vulnerabilidade, fator que distingue os infantes de outros indivíduos. No mesmo sentido, é o entendimento da Corte IDH, a qual referência o princípio da igualdade conforme a disposição do artigo 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aludindo que esse fundamento principiológico “não impede a adoção de normas e medidas específicas em relação às crianças, que requerem um tratamento diferenciado em função de suas condições especiais. Este tratamento deve ser orientado para a proteção dos direitos e interesses das crianças” (Corte IDH, 2002, p. 86, tradução nossa).

Já o princípio do interesse superior, conhecido também como o princípio do melhor interesse da criança, sustenta que se deve priorizar, sempre que possível, a solução que melhor corresponda aos anseios da criança e do adolescente. Corroborando do entendimento, Santos aduz:

O melhor interesse da criança é um princípio jurídico fundamental de interpretação e foi desenvolvido para limitar a extensão da autoridade do adulto sobre a criança (como é o caso dos pais, professores, médicos, juízes, etc.). Baseia-se no reconhecimento de que o adulto está em posição de tomar decisões pela criança apenas pelo fato de esta não ter experiência e capacidade de decisão suficientes. Também veio dar ênfase significativa ao direito de liberdade de expressão da criança, para que as suas opiniões, no que toca aos assuntos que lhe digam respeito, sejam ouvidas e tidas em conta. Veio ainda servir como critério de controle no cumprimento da obrigação de os Estados Membros acautelarem sempre o melhor interesse da criança em todas as decisões que a afetem e também como critério solucionador, já que facilitará a tarefa de encontrar a melhor decisão a ser tomada para cada criança em concreto. (Santos, 2012, p. 23-24)

Da mesma forma, a Corte IDH, na Opinião Consultiva nº 17/2002, dispõe que o princípio do interesse superior deve levar em consideração como critérios norteadores para a elaboração de normas, o que é melhor e mais adequado para satisfazer as necessidades da criança, principalmente, quanto ao seu desenvolvimento e quanto ao exercício pleno de seus direitos.

O princípio do interesse superior ou melhor interesse encontra-se resguardado na Declaração dos Direitos da Criança (ONU, 1959), mas é importante enfatizar a sua resignificação baseada na proteção integral, haja vista que a sua criação antecede a modificação de postura teórica no plano internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente (Dias, 2016).

Outrossim, ressalta-se que com a elaboração da Opinião Consultiva nº 17/2002, a Corte IDH reconheceu às crianças e aos adolescentes os direitos derivados do devido processo legal em procedimentos judiciais, considerando, todavia, a sua idade e o nível de desenvolvimento para a realização da atividade.

Dessa forma, os Estados são obrigados a assegurar, minimamente, as garantias de legalidade, de julgamento de menores de idade por órgãos jurisdicionais distintos, a participação efetiva da criança nos procedimentos a que seja submetida, além dos princípios tradicionais do juiz natural, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, contraditório, publicidade (no sentido de proibição de estigmatização da criança) e justiça alternativa (incentivando, sempre que possível, a solução de conflitos por meios alternativos ou conciliatórios). (Ferraz, 2017, p. 241)

Outro aspecto relevante abordado na Opinião Consultiva nº 17/2002, foi a definição de criança, onde a Corte IDH, com base no artigo 1º da Convenção sobre Direitos da Criança, a conceitua como sendo todo ser humano que não tenha completado 18 anos de idade, a menos que tenha atingido a maioridade antes por mandato de lei (Corte IDH, 2002). Esse entendimento não veda as segmentações entre crianças e adolescentes realizadas no plano interno dos países signatários (conforme ocorre no caso do Brasil com o Estatuto da Criança e do Adolescente), a fim de dar maior especificidade visão macro da Corte a respeito da infância.

Portanto, após analisar as disposições apresentadas acima, constata-se que a Opinião Consultiva nº 17/2002 realizou uma transformação importantíssima e necessária na promoção e na defesa dos direitos de crianças e adolescentes no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), onde seus ideais refletiram positivamente nas decisões proferidas pela Corte IDH e, conseqüentemente, nas legislações e jurisprudência de seus Estados-membros, como por exemplo, o Brasil.

## **A RELEVÂNCIA DA OPINIÃO CONSULTIVA Nº 17/2002 FRENTE ÀS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Após a emissão da Opinião Consultiva nº 17/2002, a Corte IDH passou a aderir à Doutrina da Proteção Integral em suas decisões, constituindo, assim, uma grande evolução na proteção dos direitos da criança e do adolescente. A fim de asseverar o entendimento disposto ao SIDH, passa-se à análise da amostragem de dois casos para demonstração do impacto do novo arcabouço teórico da infância.

### **Instituto de Reeducação do Menor x Paraguai**

Antes de analisar o caso concreto, cabe salientar que o Instituto de Reeducação do Menor “Coronel Panchito López”, no Paraguai, era um local destinado à internação de crianças/adolescentes em conflito com a lei, que haviam sido condenadas ou que se encontravam reclusas preventivamente (Corte IDH, 2004).

Os internos do Instituto “Coronel Panchito López” eram processados de acordo com o Código do Menor de 1981, o qual submetia todas as crianças/adolescentes maiores de 14 anos à jurisdição penal comum. Contudo, a legislação deficiente não era o único problema destes infantes, pois, infelizmente, todo o sistema de detenção em que estavam submetidos era contrário aos padrões internacionais.

Além do Instituto possuir problemas como superlotação, insalubridade, má infraestrutura e ausência de profissionais qualificados, foi assolado por três terríveis incêndios, que resultaram em lesões corporais graves e a morte de inúmeras crianças/adolescentes, fazendo com que suas atividades fossem encerradas no ano de 2001.

Os menores internos do Instituto estavam reclusos em condições inadequadas para qualquer parâmetro internacional, estavam inseridos em um contexto cheio de situações precárias, como a superlotação, a superpopulação, a insalubridade, a falta de infraestrutura adequada, guardas penitenciários em quantidade insuficiente e incapacitados para trabalhar com jovens menores de dezoito anos. Chegaram a ocorrer três incêndios no Instituto, os quais levaram diretamente à morte nove garotos, além de um deles ter sido vítima de arma de fogo, baleado por um dos guardas, e, devido aos incêndios, mais trinta e oito tiveram ferimentos e/ou saíram intoxicados. (Ferraz et al., 2018, p. 1)

Se não bastasse essa tragédia, os internos sobreviventes ainda foram transferidos para penitenciárias de adultos, sem nem mesmo terem sido, em sua maioria, condenados, sem contar que, ao serem distribuídos pelo território nacional, foram afastados de seus defensores legais e de seus familiares.

Após o fechamento do Instituto, muitas das crianças foram transferidas para diferentes penitenciárias [...], nas quais, em alguns casos, compartilhavam espaço físico com os internos adultos, como banheiro, refeitório e pátio, já que essas instituições não possuíam infraestrutura diferenciada por faixa etária. Além disso, em determinadas ocasiões, os diretores dessas prisões designaram um ou dois internos adultos "de boa conduta comprovada" para atuar como tutores de um determinado grupo de crianças, a fim de evitar qualquer conflito entre elas ou maus-tratos por parte de outros adultos. (Corte IDH, 2004, p. 80-81, tradução nossa)

Diante disso, no dia 20 de maio de 2002, a CIDH submeteu à jurisdição da Corte IDH o caso "Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai", a fim de decidir se o Estado do Paraguai violou ou não as obrigações descritas nos artigos 1º (obrigações de respeitar os direitos), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 8º (direito às garantias judiciais), 19 (direitos da criança) e 25 (direito à proteção judicial) da CADH (Corte IDH, 2004).

Ao proferir sua decisão, em 2004, a Corte IDH ressaltou que a análise do presente caso se daria de acordo com os preceitos estabelecidos na CADH, ratificada pelo Paraguai em 1990, e por outros documentos internacionais responsáveis pela proteção dos direitos da criança e do adolescente. Além destes documentos, a Corte IDH fez questão de utilizar os argumentos descritos na Opinião Consultiva nº 17/2002, veja-se:

A Corte chama a atenção para o fato de que, neste caso, um número significativo das violações alegadas tem como supostas vítimas crianças, que, como adultos, "possuem direitos humanos que correspondem a todos os seres humanos [...] e também têm direitos especiais derivados de sua condição, aos quais correspondem deveres específicos da família, da sociedade e do Estado". Isso é estabelecido de outra forma pelo artigo 19 da Convenção Americana, que estabelece que "toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado". Esta disposição deve ser entendida como um direito adicional e complementar que o tratado estabelece para os seres que, devido ao seu desenvolvimento físico e emocional, necessitam de proteção especial. (Corte IDH, 2004, p. 93, tradução nossa)

Assim, constata-se que, quando o Estado se encontra na presença de infantes infratores, privados de sua liberdade, possui, além de suas obrigações comuns a todas as outras pessoas, uma condição de garante, na qual tem o dever de garantir, com maior cuidado e responsabilidade, a proteção da criança/adolescente e de todos os seus direitos, especialmente o de ter uma vida digna, adotando, quando necessário, medidas especiais, conforme dispõe o princípio do interesse superior, fixado na OC-17/2002.

A Corte IDH, nesse sentido, destacou que a legislação normativa do Paraguai não considerava a condição de vulnerabilidade da criança/adolescente ante os procedimentos judiciais, nem mesmo o impacto que lhe era causado quando submetida ao juízo penal. Ainda, ressaltou que não existia nenhum órgão jurisdicional especializado à população infanto-juvenil, o que resultava em tratamento idêntico aos adultos, desrespeitando a sua situação especial (Corte IDH, 2004).

Dessa forma, a Corte IDH confirmou que o Estado do Paraguai, no caso “Instituto de Reeducação do Menor”, violou os termos descritos na CADH, determinando, como sanção, o pagamento de indenização às vítimas e aos seus pais, por danos materiais, imateriais e emergentes, além de sua condenação na disponibilização, de forma gratuita, do tratamento médico e psicológico aos ex-internos, incluindo, se necessário, o ressarcimento dos remédios e das operações cirúrgicas realizadas em virtude dos incêndios (Corte IDH, 2004).

Por fim, ainda, determinou que o Estado do Paraguai realizasse, em consulta com a sociedade, um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional e uma declaração com a elaboração de uma política de Estado em relação à infância, em conformidade com os compromissos internacionais assumidos pelo país.

### **Forneron e filha x Argentina**

Em 27 de abril de 2012, a Corte IDH proferiu a sentença do caso “Forneron e filha vs. Argentina”, condenando o Estado Argentino pela violação do direito ao devido processo legal, às garantias judiciais e à proteção da família, bem como aos direitos da criança e do adolescente, consagrados, respectivamente, nos artigos 8º, 25, 17 e 19 da CADH.

Esse caso teve início, quando a filha do Sr. Forneron foi entregue pela mãe a um determinado casal, em guarda provisória, para posterior adoção, sem o seu consentimento, apesar de ser o pai biológico da criança. Cabe ressaltar que o Sr. Forneron, passou dez anos de sua vida questionando à justiça sobre a referida adoção, além de ingressar com diversas ações requerendo a implantação de um regime de visita. Todavia, seus pedidos foram negados, com a justificativa de que, com o passar do tempo, a relação da criança com a sua nova família já havia se consolidado. Assim, a demora injustificada no processo tornou-se o maior motivo de desrespeito aos direitos do pai (Corte IDH, 2012).

Ademais, apesar da venda da criança não ter sido efetivamente comprovada, havendo somente indícios da realização do ato, a CIDH constatou que o Estado Argentino não investigou o caso com as diligências necessárias, demonstrando, também, a omissão da sua legislação para sancionar, no âmbito penal, a comercialização de crianças.

Os representantes alegaram que o Estado “descumpriu a obrigação de adotar medidas legislativas, judiciais e outras para prevenir a venda de crianças em seu território; porque os participantes do ato de tráfico [do qual] a menina e seu pai eram [foram] vítimas não foram investigados nem punidos”. Afirmaram que “esta violação de direitos começou antes mesmo do nascimento de [M], porque na Argentina existem todas as condições de impunidade para que isso aconteça. O Estado “teve e tem a responsabilidade de proteger as crianças do seu território, prevenir, investigar e punir o tráfico de crianças” e que não o tenha feito “continua a criar risco, promovendo a impunidade e agravando sua responsabilidade”. (Corte IDH, 2012, p. 39, tradução nossa)

A CIDH, por sua vez, antes de levar o caso à jurisdição da Corte IDH, realizou diversas recomendações em favor do Sr. Forneron e sua filha, com o intuito de assegurar a proteção da família e o direito do interesse superior da criança/adolescente, além de solicitar ao Estado-membro a modificação do seu ordenamento jurídico interno, com a inclusão de dispositivos relacionados à venda de crianças. Contudo, as recomendações não foram atendidas.

Nesse sentido, o caso passou a fazer parte da jurisdição da Corte IDH, a qual, em sua decisão, abordou três aspectos essenciais, quais sejam, o prazo razoável e a devida diligência em determinados processos judiciais internos; a proteção da família; e o dever de adotar disposições de direito interno. A Corte IDH, também, salientou que a análise do caso em questão se daria por meio da legislação internacional de proteção das crianças/adolescentes e pelos fundamentos da Opinião Consultiva nº 17/2002 (Corte IDH, 2012).

Dessa forma, quanto aos aspectos processuais, a Corte IDH observou que o decorrer do tempo nos casos de adoção de crianças constitui um fator positivo na criação e no fortalecimento de vínculos com a nova família, prejudicando, assim, a relação com a família biológica. Por este motivo, os procedimentos judiciais e administrativos envolvendo esse assunto devem ser realizados com a maior celeridade possível, a fim de evitar situações conflituosas como o do presente caso (Corte IDH, 2012).

A Corte IDH, portanto, constatou que as autoridades judiciais do Estado Argentino não tiveram nenhum cuidado para manter a celeridade do processo, o que incorreu em uma demora excessiva e injustificável, repercutindo, conseqüentemente, de forma negativa, na relação familiar entre o pai biológico e sua filha. A interpretação do tribunal se deu no sentido de que a mora processual atingiu diretamente os direitos do genitor e da infante, de modo que os laços entre a criança e os novos tutores foram estreitados, ao mesmo tempo em que os pedidos de Forneron eram reiteradamente negados. Em síntese “os tribunais descumpriram seu dever de cuidado e houve uma demora injustificada na resolução do processo que afetou gravemente os direitos de M e do senhor Forneron” (Corte IDH, 2012, p. 21, tradução nossa).

No que se refere ao direito da proteção da família, a Corte IDH destacou, com base na Opinião Consultiva nº 17/2002, que toda criança possui o direito de viver com a sua família, bem como que esta tem o dever de atender suas necessidades materiais, afetivas e psicológicas. Ainda, observou que a convivência entre pais e filhos constitui um elemento essencial ao desenvolvimento da criança, razão pela qual deve permanecer no núcleo familiar (Corte IDH, 2012).

Nesse viés, o afastamento da criança do seu núcleo familiar só deve ocorrer na presença de razões determinantes e fundadas no interesse superior da mesma, preconizado pela Doutrina da Proteção Integral.

Toda decisão estatal, social ou familiar que implique alguma limitação ao exercício de qualquer direito da criança, deve levar em consideração o interesse superior da criança e ajustar-se rigorosamente às disposições que regem esta matéria. Em relação ao interesse superior da criança, o Tribunal reitera que este princípio regulador dos direitos da criança se baseia na dignidade da pessoa humana, nas características das crianças e na necessidade de promover o seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades. No mesmo sentido, deve-se notar que para garantir, na medida do possível, a prevalência do interesse superior da criança, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que esta necessita de “cuidados especiais”, e o artigo 19 da Convenção Americana indica que deve receber “medidas especiais de proteção”. (Corte IDH, 2012, p. 19, tradução nossa)

No fim da sentença, a Corte IDH abordou a questão da legislação do Estado Argentino sobre o dever de adotar disposições de direito interno, considerando que o Estado agiu de forma negligente nas investigações sobre a venda da criança, devido o fato da sua legislação interna não possuir dispositivos tipificando-a como infração penal.

Assim, a Corte IDH condenou o Estado Argentino, e instituiu como penalidade o pagamento de danos morais e imateriais às vítimas, o estabelecimento de um procedimento de vinculação entre o Sr. Forneron e sua filha, além da adoção de medidas necessárias para classificar a venda de crianças como infração penal, de acordo com as normas internacionais.

Ressalta-se, portanto, que a Opinião Consultiva nº 17/2002 é de extrema importância para o fortalecimento e a consolidação da defesa dos direitos da criança e do adolescente no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), onde seus ideais refletem positivamente nas decisões proferidas pela Corte IDH e, conseqüentemente, nas legislações e jurisprudência de seus Estados-membros.

## **CONCLUSÃO**

A partir dos argumentos supramencionados no presente artigo, compreende-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em conjunto com a Comissão e sua Corte, vêm, atualmente, cumprindo com seus objetivos de promover a proteção e a defesa dos direitos humanos no continente americano, principalmente em relação à criança, influenciando, positivamente, os ordenamentos jurídicos de seus Estados-membros.

Nesse viés, destaca-se que o Sistema Interamericano foi de suma importância para o fortalecimento dos direitos da criança e do adolescente, pois através de sua Corte, com a emissão da Opinião Consultiva nº 17/2002, conquistou uma mudança paradigmática, qual seja, aderiu à Doutrina da Proteção Integral, e passou a tratar as crianças/adolescentes como sujeitos de direitos e não como meros objetos de proteção governamental.

Com a implementação dessa nova doutrina, embasada nos princípios do superior interesse e da proteção especial, as crianças, hoje em dia, são consideradas titulares de todos os direitos comuns, atribuídos às demais pessoas, e dos direitos específicos que lhe são inerentes, em razão da sua condição de vulnerabilidade, devido estarem em processo de desenvolvimento peculiar, fazendo, assim, com que necessitem de cuidados especiais por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

Dessa forma e para chegar ao objetivo proposto, o trabalho se deteve em verificar de que forma esse novo marco conceitual vem sendo aplicado nas decisões proferidas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através de sua Corte, após a emissão da Opinião Consultiva nº 17/2002. A partir da análise de duas decisões, quais sejam, o caso do Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai e o caso de Forneron e filha vs. Argentina, constata-se, inicialmente, que, a OC-17/2002 trouxe um significativo avanço em matéria de proteção dos direitos da criança.

Assim, nas sentenças analisadas, identifica-se, constantemente, a preocupação da Corte em defender a criança como sujeito detentor de direitos, bem como atribuir a função protetora destinada à família, à sociedade e, principalmente, ao Estado-membro, que tem como dever, principal, a adoção de medidas especiais para assegurar tais direitos ao público infante-juvenil, considerando a sua condição de vulnerabilidade.

Ademais, na fundamentação das sentenças, observa-se inúmeras vezes a utilização dos princípios basilares da Doutrina da Proteção Integral, onde o julgador consagra a importância de promover o superior interesse do infante e a sua proteção especial, ponderando, sempre, pelo seu bem-estar, pela sua permanência no núcleo familiar e pela sua garantia de uma vida digna, que possibilite um ambiente saudável à concretização do seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Dessa forma, conclui-se que a adoção da Doutrina da Proteção Integral, pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através da emissão da Opinião Consultiva nº 17/2002, foi de total relevância para a consolidação da promoção da defesa dos direitos da criança e do adolescente, que se encontrava falha, pois, além de reconhecer o infante como sujeito pleno de direitos, assegurou uma maior proteção jurídica a seus Estados-membros, reafirmando sempre o impacto do novo arcabouço teórico ao campo dos direitos humanos da infância.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Corte IDH (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- Corte IDH (2003). Opinión Consultiva OC-18/2003. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/es/document/read/50970886/opinian-consultiva-oc-18-03condician-jura-dica-y-acnur>>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- Corte IDH (2004). Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- Corte IDH (2012). Caso Forneron e hija vs. Argentina. Disponível em: <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- Costa APM (2012). Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 248p.
- Costa APM et al. (2019). Embates do ordenamento jurídico brasileiro com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise sobre as violações na esfera da justiça juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 158(1): 59-91.
- Dias FV (2016). O direito à informação na infância online. Curitiba: Prismas. 348p.
- Ferraz HG (2017). A inconveniência das propostas legislativas brasileiras de punição juvenil: lições do caso “Mendoza e outros X Argentina” - Corte IDH (2013). *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado*, 2(2): 232-247.
- Ferraz HG (2018). A Opinião Consultiva n. 17/02 da Corte IDH: um marco na proteção internacional a crianças e adolescentes. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://nidh.com.br/a-opinio-consultiva-n-17-02-da-corte-interamericana-um-marco-na-protecao-internacional-a-criancas-e-adolescentes/>>. Acesso em: 11 dez. 2020.
- Ferraz HG et al. (2018). O caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai da Corte IDH (2002): o dever do Estado de garantir a vida digna a crianças privadas de liberdade. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://nidh.com.br/o-caso-instituto-de-reeducacao-do-menor-vs-paraguai-da-corte-idh-2002-o-dever-do-estado-de-garantir-a-vida-digna-a-criancas-privadas-de-liberdade/>>. Acesso em: 11 dez. 2020.
- Gervasoni TA et al. (2020). As condenações do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e suas repercussões na ordem jurídica interna. *Revista Videre*, 12(24): 301-319.
- Lopes AMDA et al. (2012). A opinião Consultiva OC-17/2002 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes. Annoni D (org.). *Direito*



internacional dos direitos humanos: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos. São Paulo: Conceito. 7-19p.

Mazzuoli VO (2011). Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Revista dos Tribunais. 183p.

Méndez EG (2004). Infancia de los derechos y de la justicia. 2 ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 368p.

OEA (1969). Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2020.

ONU (1959). Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

Ramos AC (2002). Processo internacional de direitos humanos: uma análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar. 424p.

Santos ACC (2012). Crianças refugiadas: o princípio do melhor interesse da criança. Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa (Dissertação), Porto. 59p.

Trindade AAC (2003). Tratado de direito internacional dos direitos humanos. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris. 652p.

Vallejo MDV (2013). Instituciones de derecho internacional público. 18. ed. Madrid: Tecnos. 1206p.

Veronese JRP (1999). Os direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr. 208p.


Veronese JRP (2016). Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão.

Wolkmer AC et al. (org.). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 51-72p.

# Critérios definidores de pessoa de baixa renda para fins de ingresso em Instituições Federais de Ensino através das cotas sociais

Recebido em: 14/07/2021

Aceito em: 15/07/2021

 10.46420/9786588319772cap3

Karla Eduarda Modena Pavan<sup>1</sup> 

Júlio César de Medeiros<sup>2</sup> 

Laura Spaniol Martinelli<sup>3\*</sup> 

## INTRODUÇÃO

Cursar uma graduação é um grande sonho na vida de muitos brasileiros. Todavia, significativa parcela da população não possui condições financeiras de arcar com as mensalidades e demais custos de um curso superior em instituição privada de ensino. Assim, as Instituições Federais de Ensino Superior – IFES, mostram-se uma alternativa de possibilitar a formação de nível superior sem o ônus financeiro inerente às instituições privadas.

Nesse sentido, o ensino superior público atrai milhares de estudantes que tentam, através dos vestibulares ou do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, ingressar nas IFES. Esses exames para ingresso nas IFES são caracterizados por uma grande concorrência, ocasionando predominantemente maior número de candidatos do que de vagas.

Historicamente, para a seleção de estudantes através dos vestibulares ou do ENEM, as instituições utilizaram-se do critério de ampla concorrência, ou seja, todos competindo contra todos, sem qualquer distinção. Todavia, a partir da década de 2000, algumas IFES adotaram, por força de decisões administrativas internas, políticas de cotas para o ingresso de estudantes, objetivando assim democratizar

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo/RS. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Erechim/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Criminologia, Violência e Sustentabilidade Social”. Advogada em Erechim/RS. E-mail: karla-pavan14@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8890778643663357>. PPGD-IMED – Instituto Meridional – Rua Gen. Prestes Guimarães, 304, Passo Fundo/RS

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Pós-graduado em Advocacia Trabalhista e Direito Tributário pela LFG/Anhanguera-Uniderp/RS. Graduado em Direito pela IMED/RS. Membro do Centro de estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Advogado inscrito na OAB-RS sob o nº 88.541, E-mail: juliomedeiros@gmail.com. PPGD-IMED – Instituto Meridional – Rua Gen. Prestes Guimarães, 304, Passo Fundo/RS

<sup>3</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito na Faculdade Meridional – IMED. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduada em direito pela Faculdade Meridional – IMED. Membro do Centro de Estudos sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Assistente em Administração junto à Universidade Federal da Fronteira Sul – UFFS Campus Passo Fundo. E-mail: lauraspaniol@yahoo.com.br. PPGD-IMED – Instituto Meridional – Rua Gen. Prestes Guimarães, 304, Passo Fundo/RS.

\* Autora correspondente: lauraspaniol@yahoo.com.br

o acesso ao ensino superior, integrando ao corpo discente grupos da sociedade que até então tinham pouquíssima representatividade no ensino superior..

A partir da vigência da Lei nº 12.711, em 29 de agosto de 2012, a reserva de vagas para pretos, pardos, indígenas, pessoas com deficiência e de baixa renda passou a ser obrigatória para todas as IFES do território nacional.

Este artigo tem por objetivo, nesse contexto, abordar as chamadas cotas sociais, ou seja, aquelas que possuem como destinatárias as pessoas de baixa renda, delimitar o que hodiernamente a legislação pátria considera como sendo uma pessoa de baixa renda, quais são os critérios utilizados, analisando se esses são verdadeiramente suficientes para efetivar a ampliação do acesso ao ensino superior para as classes sociais mais vulneráveis do Brasil.

A problemática a ser abordada é a discussão acerca do critério definidor de pessoa de baixa renda atualmente adotado pela Lei, qual seja, o cálculo de renda per capita inferior a um salário-mínimo e meio, para examinar se de fato possibilita que estudantes pertencentes às classes sociais mais populares tenham acesso ao ensino de nível superior. Nesse liame, serão indicadas outras possíveis formas de aferição de condição de baixa renda, que vão para além do simples cálculo de renda per capita.

Para chegar a esses objetivos, o método de pesquisa a ser utilizado é o hipotético-dedutivo, mediante consulta a fontes bibliográficas e jurisprudenciais sobre a matéria.

Dessa forma, demonstrar-se-á que, embora a Lei nº 12.711/2012 tenha sido um importante avanço no que tange ao acesso ao ensino de nível superior para pessoas carentes, outros critérios definidores de pessoa de baixa renda podem ser adotados e não apenas o cálculo de renda per capita, favorecendo a ampliação do acesso à educação nas IFES para um maior número de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social e financeira.

## **DELINEAMENTO METODOLÓGICO**

O presente ensaio iniciará com uma breve abordagem sobre a inserção das políticas de cotas para o ingresso no ensino superior dentro do cenário brasileiro, o que ocorreu a partir dos anos 2000, com a adoção de cotas por algumas instituições, que iniciaram essa prática através de decisões administrativas internas, ou seja, sem que houvesse uma Lei que as obrigasse.

Nesse contexto, após a publicação do Edital do vestibular 2009-II da UnB, que previa cotas, o Partido Democratas – DEM ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186/DF junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos atos da UnB que instituíram as cotas. Desse modo, a decisão proferida pelo STF na ADPF nº 186/DF será utilizada como embasamento teórico para este estudo, pois concluiu pela constitucionalidade da política de cotas, mesmo antes do advento da Lei nº 12.711/2012.

Então, passar-se-á a abordar o texto normativo vigente desde 2012, especialmente com vistas à compreensão da definição legal de pessoa de baixa renda, analisando também a Portaria Normativa nº 18, de 11 de outubro de 2012, do Ministério da Educação – MEC, que complementa a mencionada Lei Ordinária.

Assim, será feita uma análise se a definição legal atualmente utilizada para verificar se um estudante pode fazer jus à vaga nas IFES através das cotas reservadas para pessoas de baixa renda promove a efetividade do acesso à educação de nível superior para as camadas da população brasileira que são social e financeiramente mais vulneráveis.

Com efeito, o critério objetivo legal atualmente existente pode não abranger todas as situações de vulnerabilidade social e econômica existentes, pois cada grupo familiar tem suas peculiaridades, tais como a existência de doenças crônicas, dificuldades decorrentes de deficiências físicas ou mentais, crises financeiras, ocupações profissionais caracterizadas por instabilidades diversas, entre outras.

São múltiplas situações que impactam na renda per capita de um grupo familiar e, na maioria das vezes, não podem ser adequadamente verificadas através de um cálculo matemático simplório, conforme preveem os instrumentos normativos vigentes. Nessa senda, serão estudadas decisões judiciais relacionadas ao problema posto, com o fim de compreender de que forma o conceito de pessoa de baixa renda pode ser ampliado, para que as cotas sociais possam contemplar um número mais abrangente de pessoas carentes.

Em consulta a fontes bibliográficas e jurisprudenciais, buscar-se-á compreender os critérios definidores de pessoa de baixa renda para fins de acesso à educação superior através das cotas sociais e as possibilidades de alargamento desses critérios.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

A primeira instituição brasileira a adotar política de cotas para ingresso nos cursos de graduação foi a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, que implementou um programa de cotas no ano de 2003. A partir de então, muitas outras instituições de ensino superior passaram a aderir às cotas (Guarnieri et al., 2017, p. 184).

Na rede federal de ensino, a precursora da política de cotas foi a UnB que, a partir do ano de 2004, passou a reservar parte de suas vagas para negros e índios. Desse período em diante, diversas outras IFES também aderiram à reserva de vagas para determinados segmentos da sociedade, dentre as quais estão as universidades federais de Alagoas, Paraná e Bahia (Carvalho, 2006, p. 114).

Todavia, as IFES que passavam a executar políticas de cotas assim o faziam baseadas em decisões administrativas, advindas da esfera da autonomia universitária. Dessa forma, cada instituição estabelecia as

cotas conforme seus próprios critérios, condições e percentuais, ou seja, as cotas não eram uma política pública nacionalmente unificada.

Além disso, a adoção de cotas passou a suscitar inflamados debates sociais, ocasionando duras críticas às cotas de um lado e, de outro, fervorosos defensores. Por um lado, destaca-se o entendimento de que as cotas não representam qualquer melhoria do sistema educacional brasileiro. Nesse sentido, Peron (2012, p. 332):

A transformação pela qual o Brasil e as sociedades latino-americanas anseiam pela Educação não consegue impulso pelas políticas públicas vigentes enquanto fique somente a cargo de políticos bem intencionados. É preciso que a sociedade civil desperte de um sono que dura décadas na América Latina e delegue responsabilidades nossas a “autoridades” e a outros entes indiretamente interessados na questão. Como se não bastasse, educação é um dos âmbitos em que os bons resultados das políticas públicas são colhidos em prazo médio e longo, ou seja, demanda políticas de Estado em vez de provisoriidades governamentais. Para esta finalidade, há que apostar na dignidade das crianças através de atenção especial ao ensino básico e ignorar laços sanguíneos e a presunção de que o problema da educação no Brasil se resume aos salários baixos dos professores do sistema público de ensino e no que faz ou deixa de fazer a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

Analisando a problemática sob outro aspecto, há doutrinadores que defendem a política de cotas uma vez que afirmam haver uma discrepância entre a porcentagem de negros no Brasil, considerando sua população total, e a ocupação de assentos em universidades (inclusive como docentes) e demais espaços de poder pelos negros. Além disso, para as demais cotas, que não a racial, a ação afirmativa constituiria uma forma de equalizar as condições dos estudantes no ponto de partida para o acesso ao ensino superior, uma vez que nem todos podem ter as mesmas condições de estudar e se preparar para as provas de seleção. Assim, a política de cotas pode ser compreendida como uma medida tendente à correção de formas específicas de desigualdade (Filho, 2012, p. 195).

Com efeito, o debate em torno da política de cotas sempre suscitou grandes discussões na sociedade brasileira, até que a divergência chegou ao STF. Isso porque, após o segundo vestibular do ano de 2009 da UnB, cujo edital previa a reserva de 20% das vagas para cotas étnico-raciais, o DEM ajuizou a ADPF nº 186/DF, em face do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE, do Reitor da UnB e do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UNB, requerendo que os mencionados atos administrativos que instituíram as cotas na UnB, no vestibular 2009-II, fossem anulados e declarados inconstitucionais.

Pela natureza e abrangência da questão posta em juízo perante o STF, o caso tornou-se um processo de muita repercussão, no qual ingressaram como *amicus curiae* a Defensoria Pública da União – DPU, o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental – IARA, a Sociedade Afro-brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural – AFROBRAS, o Instituto Casa da Cultura Afro-brasileira – ICCAB, o Instituto de Defensores dos Direitos Humanos – IDDH, o Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro – MPMB, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, a Fundação Cultural Palmares, o Movimento Negro

Unificado – MNU, o Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes – EDUCAFRO, o CONECTAS Direitos Humanos e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.

Ainda, relativamente à instrução da ADPF nº 186/DF, nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010, foi feita uma audiência pública para debater as políticas de ação afirmativa para o acesso ao ensino superior, na qual muitas pessoas foram ouvidas, especialmente as representantes das entidades que participavam do processo na condição de *amicus curiae*, muitas delas evidenciaram as históricas desigualdades raciais existentes no Brasil, com ênfase no fato de que, nos cargos e profissões de maior prestígio, tais como médicos, advogados, diplomatas, engenheiros, a presença de negros é drasticamente menor do que a de brancos.

Assim, os Ministros procederam com seus votos, dos quais destaca-se trecho de argumentação formulada pela Ministra Rosa Weber (ADPF 186/DF, 2012, p. 127):

Cabem, ainda, mais algumas rápidas considerações para mostrar a constitucionalidade da política de cotas como forma de ação afirmativa nas universidades brasileiras. Primeiramente, considero, Sr. Presidente, que o modelo não fere o princípio da proporcionalidade. O fato de uma política pública correr o risco de não ser eficaz não é razão para considerá-la, *prima facie*, inadequada. Qualquer política pública corre o risco de fracassar. Só o seu fracasso efetivo pode ser causa da sua qualificação como inadequada. E, de acordo com as exposições das audiências públicas, as universidades têm conseguido realizar de maneira convincente seus objetivos com as cotas: aumentar o contingente de negros na vida acadêmica, mantê-los nos seus cursos e capacitá-los para disputarem as melhores chances referentes às suas escolhas de vida.

Nessa linha, os Ministros do STF acabaram por julgar a ADPF nº 186/DF totalmente improcedente, declarando a constitucionalidade das políticas de cotas para ingresso nas IFES.

### **As ações afirmativas a partir da Lei nº 12.711/2012: critérios legais definidores de pessoa de baixa renda**

As cotas sociais, legalmente estabelecidas no Brasil em 29 de agosto de 2012, representam um fator muito importante de acesso ao ensino superior e são classificadas pela doutrina como ações afirmativas, as quais são conceituadas, por Piovesan (2012, p. 21), como “medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da equidade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres”.

Depreende-se, portanto, que as cotas para pessoas de baixa renda objetivam proporcionar igualdade de condições para disputar as vagas, considerando que tais cotas abarcam uma parcela da população que, por falta de condições financeiras, passou por privações ao longo da vida que os demais competidores não passaram.

Assim, sendo a cota social importante política pública de inclusão para pessoas de baixa renda, convém analisar qual é o conceito jurídico/legal do termo baixa renda e quais são os critérios que as instituições federais de ensino devem levar em consideração para verificar essa condição.

Nesse sentido, estabelece o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.711/2012, com redação idêntica no parágrafo único do art. 4º da mesma Lei, que “No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.”

Essa é a regra objetiva referente à aferição de renda, por meio da qual as instituições federais de ensino selecionam os estudantes para ingressar em curso de graduação através das cotas reservadas às pessoas de baixa renda.

Dessa forma, considerando que o valor atual do salário-mínimo, fixado pela Lei nº 14.158, de 02 de junho de 2021, corresponde a R\$ 1.100,00 (mil e cem reais), para o enquadramento de um estudante na cota social, ele precisa pertencer a uma família que possua renda per capita máxima de R\$ 1.650,00 (mil seiscentos e cinquenta reais).

Quanto à forma de comprovação da renda familiar e as espécies de receitas que integram o respectivo cálculo, estas são detalhadas na Portaria Normativa nº 18, de 11 de outubro de 2012, do Ministério da Educação - MEC, a qual também prevê, no art. 8º, que os editais de ingresso das instituições federais de ensino disciplinarão os procedimentos relativos a essa modalidade de cota.

Portanto, as instituições federais de ensino são responsáveis por estabelecer procedimentos para a averiguação de renda dos candidatos às cotas sociais, todavia, tais procedimentos sempre deverão estar em sintonia com as normativas de hierarquia superior, quais sejam, a Lei nº 12.711/2012 e a Portaria Normativa nº 18 do MEC.

Sobre os critérios utilizados para considerar uma pessoa pertencente à categoria de baixa renda e assim poder ingressar no ensino superior através das cotas sociais, nota-se que a Lei estabelece um método objetivo de averiguação da renda familiar, a qual, conforme descrito, deve corresponder a um salário-mínimo e meio per capita.

Veja-se que as normas que regem as cotas sociais não trazem em si outros critérios para além da renda, tais como condições psicológicas, de doença, relativas à moradia distante das áreas urbanas, condições das moradias, dentre outros.

Caracterizando praticamente uma flexibilização da norma, existem algumas decisões judiciais que admitem a matrícula de estudante na cota social, mesmo que o cálculo da renda familiar ultrapasse de forma pouco significativa o limite de um salário-mínimo e meio por pessoa. Vejamos a ementa do julgamento da Remessa Necessária Cível nº 5019118-10.2019.4.04.7000/PR, proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF4, referente a mandado de segurança impetrado por estudante que teve a sua matrícula indeferida administrativamente sob o argumento de que teria ultrapassado a renda mensal per capita:

**EMENTA:** ADMINISTRATIVO. INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR. SISTEMA DE COTAS. ENSINO MÉDIO EM ESCOLA PÚBLICA E RENDA FAMILIAR BRUTA PER CAPITA IGUAL OU INFERIOR A 1,5 SALÁRIO MÍNIMO. EFETIVAÇÃO DE MATRÍCULA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. A situação fática sub judice é peculiar e reclama uma solução que não se pautar pela literalidade das normas que regem o concurso vestibular. Quando verificado que a finalidade social do programa está sendo resguardada, cabe a ponderação, tanto no plano da adoção de critérios de razoabilidade, como na busca da proteção e efetivação do direito fundamental de acesso à educação de nível superior às pessoas de baixa renda. O objetivo da ação afirmativa é promover a inclusão social dos menos favorecidos, viabilizando o seu acesso às universidades públicas, a partir da premissa de que não tiveram a oportunidade de frequentar instituições de ensino mais qualificadas (escolas particulares), encontrando-se em posição de desvantagem em relação aos demais candidatos. 2. Considerando a especial relevância que a Constituição Federal confere ao direito de acesso à educação e a necessidade de o Judiciário pautar a análise dos casos que lhe são submetidos pela razoabilidade/proporcionalidade, sem supervalorização de aspectos meramente formais em detrimento da concretização do direito à prestação educacional. 3. No caso, sendo três os integrantes da família e considerando o salário mínimo em 2017, a renda familiar limite, para concorrer pelo sistema de cotas na modalidade L1, seria de R\$ 4.216,50 ao mês (3 x 1,5 x R\$ 937,00) ou R\$ 1.471,39 per capita. Embora, portanto, o valor da renda constatado exceda o limite legal em R\$ 20,00 (vinte reais), pois de R\$ 1.491,16, não seria razoável impedir a matrícula da apelada, ainda mais considerando ser questionável a inclusão do valor recebido pelo seu sobrinho menor, a título de pensão, no valor de R\$ 2.829,04 (Evento 1, OUT17) no cálculo da renda familiar. 4. Portanto, não há razão para impedir o acesso da autora à universidade pela modalidade de ingresso L1. O perfil financeiro da família é compatível com a finalidade a que se destina o programa de inclusão, o que remete à flexibilização da regra legal para, excepcionalmente, conferir o direito à matrícula no curso selecionado, pela modalidade de ingresso L01 (candidatos com renda familiar bruta per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas). (grifos dos autores)

Portanto, considerando os princípios de razoabilidade e de proporcionalidade, o critério legal objetivo que autoriza a matrícula de estudante na cota social pode ser questionado, pois um horizonte mais abrangente sobre o contexto social pode assegurar de forma mais efetiva o acesso à educação de nível superior às classes menos abastadas da sociedade.

Com efeito, há diversas demandas judiciais nas quais os Desembargadores do TRF4 têm adotado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em conjunto com o direito fundamental à educação, para respaldar decisões favoráveis a estudantes que administrativamente tiveram negada a matrícula através da cota social. Como exemplo, a decisão proferida no julgamento da Apelação Cível nº 5051510-91.2019.4.04.7100/RS, de relatoria da desembargadora Vânia Hack de Almeida:

**EMENTA:** ADMINISTRATIVO. ENSINO. UFRGS. PROCESSO VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. EGRESSO DE ESCOLA PÚBLICA. RENDA FAMILIAR BRUTA PER CAPITA IGUAL OU INFERIOR A 1,5 SALÁRIO MÍNIMO. REQUISITOS PRESENTES. 1. A legislação nacional implementou políticas de acesso à educação por sistemas de cotas, tendo as Instituições de Ensino Superior autonomia administrativa para providenciar sua implementação. É certo que este Tribunal Regional Federal, há tempos, reputa ilegítima a intervenção do Poder Judiciário em matéria adstrita à autonomia didática das IESs, por força das disposições do artigo 207 da CRFB. Entretanto, esta Corte tem aplicado a regra da razoabilidade na interpretação do destacado dispositivo constitucional, lastreando-se também no precípuo direito fundamental à educação. 2. Comprovada existência da doença grave de genitor de candidata concorrente pelo sistema de cotas sociais, a qual demandou um pequeno e excepcional aporte de recursos de parte dos familiares, a fim de compensar a natural redução da renda familiar, tais transferências devem ser descontadas [SIC] da renda mensal.



Em outra decisão, referente ao Agravo de Instrumento nº 5041765-47.2019.4.04.0000/RS, as condições de saúde de familiar do estudante foram consideradas pela Terceira Turma do TRF4 como fator de influência para o enquadramento na cota social:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. UFRGS. PROCESSO VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. EGRESSO DE ESCOLA PÚBLICA. RENDA FAMILIAR BRUTA PER CAPITA IGUAL OU INFERIOR A 1,5 SALÁRIO MÍNIMO. REQUISITOS PRESENTES. 1. No caso dos autos, constata-se que restou comprovada pela candidata a existência da doença grave que acometeu o seu genitor e, que, via de consequência, demandou um pequeno e excepcional aporte de recursos de parte dos familiares, a fim de compensar a natural redução da renda familiar, considerando que o pai da agravada, genitor do núcleo familiar, é profissional autônomo. 2. Nesse contexto, notadamente tendo em conta a excepcionalidade da situação de saúde do pai da agravada, parece acertada a decisão da magistrada a quo, que destacou do cômputo da renda familiar os adiantamentos salariais concedidos à agravada e as doações recebidas do tio e do irmão, de sorte que a decisão recorrida não merece reparos. 3. Mantida, portanto, a decisão que deferiu a tutela de urgência, determinando que a UFRGS procedesse a reanálise do conjunto de documentos apresentados pela candidata com a exclusão das verbas referidas, bem como que permitisse o acesso às aulas pela agravada.

Assim, percebe-se que o TRF4 tem considerado outros fatores, que não apenas o critério objetivo legal de cálculo de renda per capita, para determinar se o estudante se enquadra na categoria de baixa renda e faz jus à matrícula através da cota social.

Dentre os pesquisadores, o critério objetivo definidor de pessoa de baixa renda também tem suscitado dúvidas, se de fato é suficiente para promover a inclusão de estudantes pobres nas instituições federais de ensino.

Essa questão foi objeto de estudo realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, em 2019, noticiado pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, no qual “foram analisadas 104 instituições federais de ensino superior (Ifes) entre universidades e institutos federais, cujas matrículas variaram de 300 mil ingressantes, em 2012, a 327 mil, em 2016” (UFCG, 2019).

Com a pesquisa, realizada por Adriano Senkevics e Ursula Mattioli Mello, uma das conclusões às quais se chegou foi que “houve um aumento de participação para todos os grupos contemplados pela Lei de Cotas, mas pretos, pardos e indígenas de escolas públicas foram os mais beneficiados entre 2012 e 2016” (UFCG, 2019).

Todavia, em relação às cotas para estudantes de baixa renda, os mencionados pesquisadores verificaram que a quantidade de alunos que ingressaram nessa condição não aumentou significativamente em razão da vigência da Lei nº 12.711/2012, o que eles atribuem possivelmente à abrangência do critério objetivo legal que fixa o limite de renda per capita aceitável para o ingresso através dessa cota:

Ao mesmo tempo, o aumento de participação dos estudantes considerados de baixa renda pela lei – aqueles com renda familiar per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo – foi muito parecido com os demais estudantes, o que revela que o critério adotado talvez seja muito abrangente para propiciar de fato uma inclusão dos mais pobres, avaliam os pesquisadores. Para ter uma ideia da abrangência do critério, 82% dos brasileiros entre 18 e 24 anos tinham renda familiar per capita

igual ou inferior a 1,5 salário mínimo em 2012, percentual que subiu a 86% em 2016, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua. Entre os ingressantes de instituições federais de ensino superior, essa parcela era de 70% em 2012 e subiu a 74% do total em 2016. “Se o interesse for colocar pessoas mais pobres nas universidades, teria que baixar o critério de renda”, afirma Senkevics. (UFGC, 2019)

Portanto, uma vez que mais de setenta por cento dos estudantes têm a renda per capita familiar menor do que a estabelecida pela Lei para enquadramento na cota social, essa política perde a característica de oportunizar o acesso ao ensino superior através da redução de concorrência pelas vagas.

Por outro lado, o estabelecimento do critério objetivo de renda per capita familiar máxima de um salário-mínimo e meio, ou seja, R\$ 1.650,00 (mil seiscientos e cinquenta reais), pode desclassificar um estudante que possua a renda familiar per capita exatamente no valor de R\$ 1.651,00 (mil seiscientos e cinquenta e um reais). Nesse caso, analisando apenas o cálculo, é possível dizer que esse estudante possui condições financeiras muito superiores às daqueles que têm renda per capita menor do que R\$ 1.650,00 (mil seiscientos e cinquenta reais)?

Nesse contexto, o critério definidor de pessoa de baixa renda estabelecido pela Lei, se por um lado mostra-se muito abrangente, por outro, sendo estritamente um cálculo matemático, impede o acesso de estudantes que, por peculiaridades familiares/sociais, vivem em condições reais de vulnerabilidade.

Uma alternativa para a mais acurada aferição da condição social pode vir a ser o estudo social, o qual é conceituado por Fávero (2003, p. 43) da seguinte maneira: “O estudo social é um processo metodológico específico do serviço social que tem por finalidade conhecer profundamente, e de forma crítica, uma determinada situação ou expressão da questão social, objeto da intervenção profissional.”

E, para que se possa conhecer profundamente a realidade dos estudantes, para verificar se estão em condição de baixa renda ou de vulnerabilidade social/financeira, múltiplos fatores precisam ser considerados: moradia, acesso a serviços de saúde, meios de transporte, condições de habitação e até mesmo possibilidades de lazer, pois todos esses fatores, analisados conjuntamente, são capazes de delinear com mais clareza qual é a real situação de uma família.

Desse modo, a adoção de critérios definidores de pessoa de baixa renda mais abrangentes, que investiguem outras condições vivenciadas pelo estudante, que não apenas a sua renda per capita, constituem formas mais eficazes de garantir que a cota social efetivamente promova a inclusão de pessoas carentes no ensino superior.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei nº 12.711 de 2012, mais conhecida como a Lei de Cotas Brasileira, praticamente revolucionou a forma de ingresso no ensino superior público, uma vez que instituiu a obrigatoriedade de reserva de vagas nas IFES para determinados grupos da população: pretos, pardos, indígenas, pessoas com deficiência e de baixa renda.

A implantação dessa política pública repercutiu na composição das turmas dos cursos de graduação das IFES, uma vez que, antes das cotas, o único critério utilizado para selecionar os estudantes era a ampla concorrência nas provas de vestibular, ou seja, se todos competiam contra todos, pelas mesmas vagas, obviamente que apenas os que tinham melhores condições, especialmente financeiras para preparação, é que conseguiam acessar as vagas.

A Lei de Cotas, nesse contexto, proporciona a equidade na competição ao colocar estudantes que passaram por dificuldades semelhantes ao longo de suas vidas disputando as mesmas vagas, que ficam reservadas para este grupo social.

A adoção de políticas de cotas por algumas IFES começou antes mesmo do início de vigência da Lei nº 12.711/2012, sendo a primeira instituição a adotá-las a UERJ, seguida pela UnB. Após as precursoras, diversas outras instituições passaram também a aderir à reserva de vagas, com o objetivo de democratizar o acesso ao ensino e atribuir uma caracterização mais plural e popular ao corpo discente.

Todavia, essa política gerou descontentamento por parte da sociedade brasileira. Até hoje, passados já nove anos da vigência da Lei de Cotas Brasileira, o assunto ainda é polêmico e gera opiniões variadas sobre a matéria.

Nesse sentido, no segundo semestre de 2009, no qual a UnB previu cotas para o ingresso nos cursos de graduação, o partido Democratas ingressou com a ADPF nº 186/DF junto ao STF, requerendo a anulação dos atos administrativos que instituíram as cotas e a declaração de inconstitucionalidade dessa política.

A decisão do STF, que se tornou um paradigma referente às cotas para estudantes no ensino superior, julgou a ação proposta pelo DEM totalmente improcedente, além de reconhecer constitucionalidade da política de cotas.

Realizada uma breve abordagem histórico jurídica sobre a política de cotas no Brasil, passou-se a analisar se o atual critério legal que define um estudante como sendo de baixa renda é suficiente para garantir o acesso ao ensino superior às pessoas que dele realmente necessitam.

Nesse sentido, evidenciou-se que o atual critério definidor de pessoa de baixa renda, consignado na Lei nº 12.711/2012 é a renda per capita, fixada em no máximo um salário-mínimo e meio.

Esse critério tem sido questionado por parte da doutrina e também por estudantes, junto aos tribunais, pois muitas vezes existe uma real situação de vulnerabilidade social ou econômico-financeira, mas, pelo cálculo matemático previsto na legislação, a renda per capita acaba extrapolando um salário-mínimo e meio.

Nessa lógica, uma revisão legislativa poderia abranger uma análise mais robusta da vida social e financeira dos estudantes, para avaliar se podem ser enquadrados na categoria de baixa renda, considerando

critérios além da renda per capita, como condições de habitação, situações de doenças em pessoas da família, trabalho informal com rendimento instável, acesso a serviços de saúde e até mesmo de lazer.

Uma alternativa seria a adoção de avaliação social como instrumento eficaz de aferição de condição social para fins de ingresso nas IFES pelas cotas de baixa renda, pois tal processo avaliativo leva em consideração diversos outros fatores que não somente a renda per capita.

Assim, a ampliação do acesso à educação de nível superior mediante a adoção de outros critérios definidores da condição de baixa renda, para além da renda per capita, contribuiria de forma mais efetiva com a democratização do ensino superior no Brasil.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Brasil. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano CXLIX, n. 169, p. 1-2, 30 ago. 2012.

Brasil. Lei nº 14.158, de 02 de junho de 2021. Dispõe sobre o valor do salário-mínimo a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2021. Diário Oficial da União, Edição Extra: seção 1, Brasília, DF, ano CLIX, nº 103-B, p. 1, 04 jun. 2021.

Brasil. Portaria Normativa do Ministério da Educação nº 18, de 11 de outubro de 2012. Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano CXLIX, n. 199, p. 16-17, 15 out. 2012.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5041765-47.2019.4.04.0000/RS. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF420735450>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5051510-91.2019.4.04.7100/RS. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF424111255>>. Acesso em: 19 jul. 2021.


Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Remessa Necessária Cível nº 5019118-10.2019.4.04.7000/PR. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF420438664>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

- Carvalho JJ (2006). *Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. 2 ed. São Paulo: Attar. 211p.
- Fávero ET (2003). O estudo social: fundamentos e particularidades de sua construção na área judiciária. Conselho Federal de Serviço Social (org.). *O estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos: contribuição ao debate no judiciário, penitenciário e na previdência social*. São Paulo: Cortez. 9-51p.
- Filho ALS (2012). A judicialização do político: ações judiciais propostas contra o plano de metas de inclusão racial e social da UFPR. Duarte ECP et al. (org.). *Cotas Raciais no Ensino Superior: Entre o Jurídico e o Político*. Curitiba: Juruá, 1ª ed. 189-218p.
- Guarnieri FV et al. (2017). Cotas Universitárias no Brasil: Análise de uma década de produção científica. *Psicologia Escolar e Educacional SP*, 21(2): 183-193.
- Peron B (2012). Debates, propósitos e indagações sobre a Lei de Cotas. *Revista de C. Humanas, Viçosa*, 12(2): 329-341.
- Piovesan F (2012). Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Duarte ECP et al. (org.). *Cotas Raciais no Ensino Superior: Entre o Jurídico e o Político*. Curitiba: Juruá, 1ª ed. 15-26p.
- Universidade Federal de Campina Grande – UFCG. Cotas raciais foram mais efetivas do que por renda, afirma estudo. Disponível em: <<https://portal.ufcg.edu.br/em-dia/871-cotas-raciais-foram-mais-efetivas-do-que-por-renda-afirma-estudo.html>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

## Ensaio sobre gestão da saúde do trabalhador de instituições hospitalares na pandemia da COVID-19

Recebido em: 16/07/2021

Aceito em: 17/07/2021

 10.46420/9786588319772cap4

Saulo Cerqueira de Aguiar Soares<sup>1</sup> 

### INTRODUÇÃO

As instituições hospitalares devem possuir um sistema articulado de saúde e segurança ocupacional e se preparar para enfrentar os desafios advindos da sobrecarga de trabalho física e mental dos trabalhadores no tratamento dos pacientes com COVID-19.

A prevenção dos riscos ocupacionais é um dever legal da empresa, que deve articular a conformidade a diversas normativas relacionadas a saúde do trabalhador: Constituição federal, convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), tratados e declarações internacionais e do Mercosul, Normas Regulamentadoras, entre outras.

No ambiente hospitalar, os empregados estão expostos a diversos riscos, conforme cargo que ocupam e local da atividade, entre os quais: químicos, físicos, biológicos, mecânicos, ergonômicos, psicossociais.

Na pandemia da COVID-19 o risco biológico, pela contaminação com o vírus da COVID-19 e os riscos psicossociais, foram os mais prevaletentes, em razão do contato direto na assistência de pacientes confirmados ou suspeitos de COVID-19, assim como da carga emocional relacionada ao medo de ser infectado, a política de distanciamento social, podendo gerar transtornos de ansiedade, de pânico, quadros depressivos e síndrome de *Burnout*.

A organização, em seus programas de saúde e segurança ocupacional, deve adotar medidas de prevenção dos riscos biológicos, ampliando a distribuição de equipamento de proteção individual (EPI) e treinamentos de paramentação e desparamentação. Conquanto, os riscos psicossociais, dificilmente são sistematizados e avaliados a contento pelas instituições hospitalares, de modo a criar programas de

---

<sup>1</sup> Titular da Cadeira n. 26 da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social – ABDSS. Pós-doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Doutor em Direito, pela PUC Minas, com distinção Magna cum Laude. Advogado. Médico do Trabalho. Professor efetivo do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí - UFPI.

\* Autor correspondente: drsaulosoares@gmail.com

prevenção dos riscos psicossociais, manejando os casos ocorridos de transtornos mentais relacionados ao trabalho.

A OIT (2020), ressalta a importância dos especialistas em saúde e segurança do trabalho (SST):

Ao elaborar as medidas de controle e prevenção e o plano de «reincorporação ao trabalho», contemple a possibilidade de recorrer aos conhecimentos especializados que estiverem disponíveis no âmbito interno e externo, como um assessor em matéria de prevenção ou serviços externos de saúde ocupacional. (OIT, 2020)

E, esses profissionais, conforme a Convenção 161, art. 10 da OIT, devem ter garantidos independência profissional completa com relação ao empregador, aos trabalhadores e aos seus representantes. (BRASIL, 2019).

Os profissionais do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) não possuem qualquer proteção jurídica expressa para cumprimento do referido dispositivo da OIT, o que prejudica a prerrogativa da autonomia profissional.

Assinala Sebastião Geraldo de Oliveira (2011) que:

Ora, a plena independência profissional dos membros do SESMT não será realidade enquanto o empregador puder dispensá-los a qualquer momento e sem qualquer justificativa. Como podem alcançar a independência profissional se dependem do emprego para sobreviver? [...] **Ora, se o médico membro do SESMT não tiver o respaldo da segurança no emprego, as recomendações éticas, até mesmo inconscientemente, podem ceder lugar à luta pela sobrevivência.** Entendemos que a justificativa para a garantia de emprego aos membros do SESMT está na mesma ordem de importância e lógica da estabilidade provisória conferida aos membros da CIPA e aos dirigentes sindicais (Oliveira, 2011, p. 445 – 446, grifo nosso)

Deste modo, é preciso adotar uma solução jurídica para que os profissionais de SST tenham destemor para adotar medidas que possam desagradar gestores. Ainda, a pandemia da COVID-19 incrementou os riscos psicossociais, sendo necessário que sejam levantadas, conforme cargo e área de atuação, para assim, promover ações de prevenção de transtornos mentais relacionados ao trabalho; visto que o risco biológico do vírus não é o único que os trabalhadores estão expostos.

Ainda, o implemento de ferramentas de gestão de indicadores e a busca por certificação ISO 45001:2018 seriam ações viáveis para alcançar a melhoria dos procedimentos adotados na saúde e segurança do trabalhador da organização.

É preciso adotar uma série de medidas para a implementação de um sistema de gestão de saúde e segurança ocupacional nas instituições hospitalares, no contexto da pós-pandemia da COVID-19.

Inicialmente, uma solução jurídica, seria a alteração dos contratos de emprego dos profissionais do SESMT, para conforme disposição doutrinária, expressar que possuem estabilidade no emprego, não podendo ser dispensados a não ser por justa causa, garantido nessa condição, a necessidade de abertura de processo administrativo, com ampla defesa e contraditório do empregado, tendo acesso a todos documentos referentes a investigação.

Essa possibilidade iria permitir uma blindagem jurídica dos membros do SESMT contra gestores que não respeitem as atribuições dos profissionais e até mesmo de trabalhadores insatisfeitos com resultados de exames ocupacionais, da redução do prazo de atestados médicos ou do resultado do laudo de insalubridade e/ou periculosidade.

O segundo passo é adotar um sistema de gestão em saúde e segurança ocupacional direcionados para o ambiente hospitalar, tendo como referência a Norma Regulamentadora 32 (NR-32). É necessário superar as não conformidades, buscando a certificação ISO 45001:2018.

É cabível a aplicação de programas integrados de prevenção de riscos ocupacionais, especialmente o risco biológico pelo vírus da COVID-19 e os riscos psicossociais advindos. No contexto do pós-pandemia é imprescindível que a SST da organização seja profissionalizada, com seguimento de indicadores para comprovar as medidas adotadas.

Para tanto, cabe que a organização reconheça o papel estratégico do setor de saúde e segurança ocupacional, que não pode ser conhecido unicamente pela realização dos exames ocupacionais, como se fosse uma atividade pró-forma realizá-los, para fins de cumprimento de legislação.

A Medicina do Trabalho tem papel fundamental na organização, garantindo a saúde dos trabalhadores, na redução do absenteísmo e presenteísmo, na busca de um clima organizacional favorável, que promova a qualidade de vida no trabalho, não o adoecimento dos trabalhadores, de forma física e/ou mental.

O papel da liderança é essencial, para alterar comportamentos da equipe e da alta gestão, demonstrando a imperiosidade de investir em SST. O líder deve deter competências técnicas e comportamentais, sendo, preferencialmente, o médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, conforme disposição do Parecer nº 128/2019 do Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais.

Deve-se acompanhar a curva de resultados da gestão de SST, tendo a visão de proteger o meio ambiente do trabalho, pelo 5S: senso de utilização, senso de organização, senso de limpeza, senso de padronização e senso de disciplina.

A inserção da área de SST no menor grau administrativo de uma organização, enfraquece o poder dos profissionais de SST perante os demais empregados e diante dos gestores.

Uma reformulação da estrutura organizacional deve garantir que o SESMT não tenha subordinação a área de gestão de pessoas e a gerência administrativa, mas responda diretamente a máxima gestão da empresa.

Reduzir o poder de atuação do SESMT prejudica a adoção das melhores práticas de gestão em saúde e segurança ocupacional, especialmente no setor público, que possui uma visão arraigada de hierarquia, não de conjunto para alcançar os objetivos da organização.



A adoção de um sistema de gestão em saúde e segurança ocupacional contribui para a prevenção de riscos ocupacionais físicos e mentais no contexto pós-pandemia da COVID-19.

A garantia de autonomia e independência dos profissionais de saúde e segurança do trabalho, definida pela OIT, é disposição imprescindível para a execução de medidas de SST necessárias para a organização, mesmo que venham a desagradar os interesses pessoais dos gestores.

O amadorismo já não era adequado antes da pandemia da COVID-19 e, em breve, no contexto do pós-pandemia é inaceitável que organizações de saúde, que cuidam diretamente de vidas humanas, mantenham-se sem profissionalismo. O estudo de indicadores de SST, programas integrados e atenção à saúde mental dos trabalhadores é requisito para alcançar as melhores práticas.

A organização deve ser sensibilizada da posição estratégica do SESMT, garantindo participação nas decisões relevantes da empresa, realizando estudos que demonstrem a necessidade de alteração do organograma estrutural, para que sendo elevada, tenha maior capacidade de alteração de comportamentos.

O setor público ainda necessita de muito aperfeiçoamento para investir em SST, para compreender que esse campo não é voltado simplesmente a cumprir disposições legais, mas sim de garantir que a força de trabalho esteja saudável e produtiva, gerando valor para a empresa no cumprimento de sua missão.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (2018). ISO 45001:2018: Sistemas de gestão de segurança e saúde ocupacional.
- BRASIL. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 06 nov. 2019.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (2019). Parecer n. 128/2019. A coordenação do PCMSO é atividade privativa do médico. Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho poderão [...]. Minas Gerais: CRM.
- Oliveira SG (2011). Proteção jurídica a saúde do trabalhador. São Paulo: LTr.
- Organização Internacional do Trabalho (2020). Retorno ao trabalho em segurança. Genebra: Escritório Internacional do Trabalho.

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

ações afirmativas, 37  
adolescente, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28,  
29, 30, 32  
Advogado robô, 9  
ampla concorrência, 33, 42  
Arguição de Descumprimento de Preceito  
Fundamental, 34, 43  
automação, 6, 9  
autonomia universitária, 35  
avaliação social, 43

### C

Código de Ética e Disciplina da OAB, 6, 7, 11,  
13, 14  
Corte Interamericana de Direitos Humanos, 17,  
19, 21, 31  
COVID-19, 45, 46, 47, 48  
criança, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29,  
30, 32

### D

decisões, 11, 18, 20, 24, 25, 29, 30, 32, 33, 34,  
35, 38, 39, 48  
democratização do ensino superior, 43  
desigualdade, 36  
digitalização, 6, 8, 9  
Direito Digital, 14  
direito internacional, 20, 23, 32  
direitos fundamentais, 4, 17, 21, 24, 31  
direitos infante-juvenis, 22  
Doutrina da Proteção Integral, 18, 22, 23, 25,  
29, 30

### E

equidade, 37, 42  
Estatuto da Advocacia, 6, 7, 11, 12, 14  
Exame Nacional do Ensino Médio, 33

### F

Forneron, 27, 28, 29, 30, 31

### G

gestão, 9, 45, 46, 47, 48

### I

informática, 8, 9  
Instituto de Reeducação do Menor, 25, 26, 27,  
30, 31  
Inteligência Artificial, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13,  
14

### O

Opinião Consultiva nº 17/2002, 17, 18, 21, 22,  
23, 24, 25, 26, 28, 29, 30

### P

pandemia, 45, 46, 47, 48  
política de cotas, 34, 35, 36, 37, 42  
princípio da proteção especial, 23  
princípio do interesse superior, 22, 23, 24, 27  
proporcionalidade, 37, 39  
proteção jurídica, 17, 30, 46

### R

razoabilidade, 39  
reserva de vagas, 34, 35, 41, 42  
Revolução 4.0, 6, 7

### S

saúde, 4, 6, 40, 41, 43, 45, 46, 47, 48  
Sistema Interamericano de Direitos Humanos,  
17, 18, 19, 21, 23, 25, 29, 30, 31

### T

tecnologia, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15  
trabalhadores, 45, 46, 47, 48



### V

violação, 7, 10, 13, 14, 20, 27, 28  
vulnerabilidade social e financeira, 34

## **SOBRE O ORGANIZADOR**



### **Saulo Cerqueira de Aguiar Soares**

  Titular Perpétuo da Cadeira n. 26 da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS). Professor efetivo Adjunto do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do

Piauí (UFPI). Pós-doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Doutor em Direito, com distinção Magna cum Laude, pela PUC Minas. Mestre em Direito, com distinção Magna cum Laude, pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Médico do Trabalho. Advogado.



ISBN 978-658831977-2



**Pantanal Editora**

Rua Abaete, 83, Sala B, Centro. CEP: 78690-000  
Nova Xavantina – Mato Grosso – Brasil  
Telefone (66) 99682-4165 (Whatsapp)  
<https://www.editorapantanal.com.br>  
[contato@editorapantanal.com.br](mailto:contato@editorapantanal.com.br)