

Denisson Gonçalves Chaves
Fernanda Arruda Leda Leite Zenkner
Francine Adilia Rodante Ferrari Nabhan
(Orgs.)

Direito & Sociedade

Volume 1



Compêndio do Núcleo de
Pesquisas Jurídicas de
Imperatriz/MA



A presente obra é em si uma riqueza temática forjada na aproximação material metodológica abrigada sob a grande área dos Direitos Humanos e sua dialogicidade com a proteção à vida, em seus aspectos sócio institucionalizados econômicos, culturais e políticos. Cá se colhem frutos de pesquisas sob orientação, em parte, de ex-orientand@s deste subscritor, que seguindo o curso natural do tempo, agora mestres de seus aprendizes, colocam-nos em oferta para sociedade em um processo permanente de reflexão sobre as fronteiras do Direito e sobre o quê este significa para organização social, em um viver de expectativas entre as afirmações de liberdades públicas e de igualdades e reconhecimento. Atravessamos esse contexto pandêmico premidos por mudanças institucionais, engendradas por alterações legislativas purgadas de um processo legislativo em que as pretensões políticas da sociedade são vergastadas na fórmula jurídica quase sempre causando perplexidade quanto à sua própria validade formal e material, desde um olhar desconfiado da aderência e do respeito aos fundamentos republicanos. Aqui essas variáveis são conjugadas ao tempo da crítica e da busca por coerência e consistência entre as instituições e seus papéis, denunciando, às vezes timidamente, suas disfuncionalidades, suas anomias, suas necessidades de mudança, seus desencontros entre os seres dos deveres-ser. A presente coletânea nasce, portanto, como todo texto, enquanto abertura e chave hermenêuticas para reconhecimento desses problemas de possuir, de ter, de pretender, de modificar, de transformar, mas, sobretudo de reconhecer o Direito, e o forte desejo de proteger ao ser humano.

Cássius Guimarães Chai



Direito e Sociedade

Direito e Sociedade

Volume 1

Compêndio do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA

Organizadores:

Denisson Gonçalves Chaves

Fernanda Arruda Leda Leite Zenkner

Francine Adilia Rodante Ferrari Nabhan



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CHAVES, Denisson Gonçalves; ZENKNER, Fernanda Arruda Leda Leite; NABHAN, Francine Adilia Rodante Ferrari (Orgs.)

Direito e sociedade, volume 1: compêndio do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA [recurso eletrônico] / Denisson Gonçalves Chaves; Fernanda Arruda Leda Leite Zenkner; Francine Adilia Rodante Ferrari Nabhan (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

344 p.

ISBN - 978-85-5696-811-1

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Coletânea; 2. Ciências Jurídicas; 3. Imperatriz/MA; 4. Sociedade; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	15
Cássius Guimarães Chai	
1	15
Regime disciplinar diferenciado: a constitucionalidade e a respeitabilidade aos direitos fundamentais	
Daniele Tiana Cardoso Sousa	
Lorena Moreira Santos do Carmo	
Felipe Freitas Zenkner	
2	32
Os Pilares da Guerra: os motivos da contenda e a escolha do inimigo	
Cinthia Lima dos Santos	
Antonio Coêlho Soares Júnior	
3	50
Contribuição sindical após a reforma trabalhista: os impactos das alterações trazidas pela Lei nº13.467 de 2017 à subsistência dos sindicatos de trabalhadores em Imperatriz- MA	
Ítalo Gabriel Rodrigues Santana	
Tâmara Matias Guimarães	
4	79
Estado, sociedade e mercantilização da vida: uma proposta para o resgate do protagonismo social na definição do bem comum	
Marcus Firmino Santiago	
Tâmara Matias Guimarães	
Luiza Baleeiro Coelho Souza	
5	107
Aplicação da Lei de Guarda Compartilhada em situação de violência doméstica: um óbice à efetividade da Lei Maria da Penha	
Clara Lima Gomes	
Denisson Gonçalves Chaves	

6.....	156
Mulheres e política: uma análise sobre a evolução de direitos e a participação feminina no cenário eleitoral	
Eduarda Viana Sousa	
Francine Adilia Rodante Ferrari Nabhan	
7.....	188
A contemplação da violência Kafkiana: da linguagem à realidade jurídica	
Ycaro da Silva Sousa	
Fernanda Arruda Leda Leite Zenkner	
8	204
A perpetuação do racismo científico como manutenção de poder e o mito da democracia racial na jurisdição	
Fernanda Arruda Leda Leite Zenkner	
Shâmya Caroline Sousa Nunes	
Siloah Jesseni Gomes Alves	
9.....	218
Uma análise acerca da garantia constitucional de dignidade humana voltada para a inclusão da pessoa com deficiência	
Marcia da Cruz Girardi	
Marcio Fernando Moreira Miranda	
10	238
A importância da PEC 185/2015 frente à exclusão digital maranhense	
Daniele Tiana Cardoso Sousa	
Hewldson Reis Madeira	
11.....	254
A não incidência de imposto estaduais e municipais nas comercializações de créditos de carbono	
Karina Caldeira Toledo	
Francine Adilia Rodante Ferrari Nabhan	

12	280
Direitos e garantias da usucapião em regime de comosse sobre imóveis indivisíveis	
Damaris da Silva Nunes	
Wennedy da Mata Moraes	
Thiago Vale Pestana	
13	296
Os princípios constitucionais aplicáveis á dimensão existencial do direito das famílias sob uma perspectiva <i>queer</i>: pela desconstrução do sistema heteronormativo, normalizador e excludente	
Vilmária Cavalcante Araújo Mota	
Thiago Vale Pestana	
14	313
Representatividade feminina no legislativo e os desafios para emancipação política	
Evellyn Dias de Souza Lima	
Denisson Gonçalves Chaves	
15	328
Comunidade e democracia: Reflexos para uma análise pluralista	
Luís Henrique Sousa Silva	
Antônio Coelho Soares Junior	

Apresentação

*Cássius Guimarães Chai*¹

No curso deste século XXI vemo-nos abraçados por uma pandemia que, no plano global, remete as sociedades locais ao necessário confronto com as humanas limitações.

Sem cerimônias, com imprevisão e ignora à ciência, ao tempo em que por esta é desafiada, a pandemia impõe e exige aos governos, populações e instituições o repensar cultural e a rotina, e nesse contexto de absoluto desconhecimento e contingentes riscos, direitos fundamentais ganham novas reformulações por alterações dogmáticas e novas interpretações.

O *status* socialmente valorado perde seu sentido simbólico e sua existência imanente de futilidade e de fraqueza assume o lugar público de sua desde sempre desimportância. Aqui o trabalhador subvalorizado tem elevada sua importância e sua vitalidade no tecido social, que quase sempre o invisibiliza.

¹ Doutor e Mestre em Direito Constitucional UFMG/Cardozo School of Law/Capes; Diplomado Curso de Altos Estudos de Política e de Estratégia e Curso de Defesa pela Escola Superior de Guerra - Brasil; Graduado em Direito Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito, Estado e Sociedade Universidade Federal de Santa Catarina, Especialista em Cooperação Penal Internacional International Institute for Criminal Justice and Human Rights Siracura; Estudos em pós-doutorado junto às Universidad de Salamanca, The Hague Academy of International Law, European University Institute, Universidade do Porto, Central European University, Faculdade de Direito de Vitória; Alumni XXXIX Course on International Law OAS; Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão; Visiting Law Professor Normal University of Beijing; Visiting Law Professor Chinese Academy of Social Sciences; Associate Professor of the European Society of International Law, International; Association of Constitutional Law, International Association of Prosecutors, International Association of Political Science, International Association of Criminal Law; Association Française de la Science Politique, Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direitos Humanos, Instituto de Ciências Penais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Internacional; Federal University of Maranhão - Law Department; Email address: chai@mpma.mp.br

A presente obra é em si uma riqueza temática forjada na aproximação material metodológica abrigada sob a grande área dos Direitos Humanos e sua dialogicidade com a proteção à vida, em seus aspectos sócio institucionalizados econômicos, culturais e políticos.

Cá se colhem frutos de pesquisas sob orientação, em parte, de ex-orientand@s deste subscritor, que seguindo o curso natural do tempo, agora mestres de seus aprendizes, colocam-lhos em oferta para sociedade em um processo permanente de reflexão sobre as fronteiras do Direito e sobre o quê este significa para organização social, em um viver de expectativas entre as afirmações de liberdades públicas e de igualdades e reconhecimento.

Atravessamos esse contexto pandêmico premidos por mudanças institucionais, engendradas por alterações legislativas purgadas de um processo legislativo em que as pretensões políticas da sociedade são vergastadas na fórmula jurídica quase sempre causando perplexidade quanto à sua própria validade formal e material, desde um olhar desconfiado da aderência e do respeito aos fundamentos republicanos.

A pergunta de Friedrich Müller insiste em ecoar: qual o grau de exclusão um povo pode suportar? E a pandemia acaba por ser um antídoto ao torpor, em que, remitidos por narrativas pitorescas, estamos sufragados, e a “peste do século XXI” desnuda o rei e não mais pode encobrir os maltratilhos da meridional e da abissal desigualdade social.

Se antes da pandemia era importante e indispensável se pensar a galgante redução de Direitos, incluídos todos aqueles Direitos que gozavam de proteção formal sem jamais haverem sido experienciados pelo povo em sua latitude de invisibilizados sociais, hoje é inegável.

Subtraída aos Direitos a referência formal, o acesso aquilo que era direito, torna-se apenas memória, mas, desde sempre ilusão. A ilusão da proteção à mulher em seu lar; a ilusão da igualdade nas relações de trabalho; a ilusão de que o meio ambiente estava protegido e salvaguardado para as gerações futuras; a ilusão de o sistema de saúde era para todos. A crise sanitária apenas grita sem destemor os graus variados de uma ne-

cropolítica, desde sempre inspirada em justaposições estratégicas biopolíticas.

Urge pensar presentemente a reformulação dos Direitos nesse enquadramento da história, no qual os arranjos geopolíticos, no arrasto da globalização e seus arrabaldes, acentuam localmente as diferenças da revolução industrial 4.0.

A pandemia enclausura e acelera a refeitura das profissões. Ela repositona as tensões das relações de trabalho, dá novos contornos aos desenhos cotidianos da maternidade e da paternidade quanto à guarda e ao poder familiar, bem como, questiona o próprio jogo político e sua normatividade e seus procedimentos de legitimação da vontade soberana.

Mentir ao público em público por meio dos recursos públicos ganha, na subtração da honestidade, o gáudio de liberdade de expressão. A dissimulação já não tem no subterfugio o beco por onde se escoar e corre. E a democracia sangra.

Aqui se expõem e se discutem as faces da violência. Aqui, neste espaço de não neutralidade científica os autores, por obra coletiva, perfilham-se ao compromisso de defesa dos Direitos fundamentais convidando seus leitores ao diálogo intercultural entre Direito, literatura, economia e filosofia. Entres esses saberes e a saúde e a administração públicas.

Aqui o discurso assume suas cores, seus matizes e acolhe as diferenças. Não ao racismo.

Aqui essas variáveis são conjugadas ao tempo da crítica e da busca por coerência e consistência entre as instituições e seus papéis, denunciando, às vezes timidamente, suas disfuncionalidades, suas anomias, suas necessidades de mudança, seus desencontros entre os seres dos deveres.

A presente coletânea nasce, portanto, como todo texto, enquanto abertura e chave hermenêuticas para reconhecimento desses problemas de possuir, de ter, de pretender, de modificar, de transformar, mas, so-

bretudo de reconhecer o Direito, e o forte desejo de proteger ao ser humano.

Gratidão aos coordenadores pela honra ao prefácio! Êxito e paz para esta plêiade de artificies, as autoras e os autores!

Ilha dos Amores, 22 de junho de 2020.

Regime disciplinar diferenciado: a constitucionalidade e a respeitabilidade aos direitos fundamentais

*Daniele Tiana Cardoso Sousa*¹

*Lorena Moreira Santos do Carmo*²

*Felipe Freitas Zenkner*³

1 Introdução

Com o presente artigo, busca-se analisar, por meio de pesquisa bibliográfica da legislação pertinente e de doutrinadores que tratam do tema, o Regime Disciplinar Diferenciado, em especial a sua constitucionalidade e respeitabilidade aos direitos fundamentais

Após uma abordagem da forma como o RDD está previsto na legislação brasileira, passa-se a exposição do cenário histórico do país no período que antecedeu a promulgação da Lei 10.792/2003, que instituiu o regime no Brasil ao incluí-lo na Lei de Execuções Penais, para que seja possível avaliar se esse tipo de punição está em conformidade com a Constituição e os direitos fundamentais ou se se trata de um Direito Penal do Autor, a partir da análise de doutrinadores como Luiz Flávio Gomes, César Roberto Bitencourt, Rogério Sanches Cunha, Salo de Carvalho e Christiane Freire Russomanno.

¹ Estudante de Direito – UFMA. E-mail: dani9699@hotmail.com.

² Estudante de Direito – UFMA. E-mail: lolimsc@hotmail.com.

³ Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania – UFBA. E-mail: felipe_zenk@hotmail.com.

A Lei de Execuções Penais (1984) foi redigida em um momento de endurecimento penal, com base no movimento punitivista dos anos 1980, como bem aponta Luiz Flávio Gomes (2006). Apesar disso, deve-se reconhecer a razoabilidade e a qualidade técnica do modelo de execução das penas previsto na LEP (1984), que, se fosse seguido à risca, proporcionaria a ressocialização da grande maioria dos presos. O referido autor, em crítica à realidade do sistema carcerário, destaca que hoje ninguém mais se ilude com a ressocialização dos encarcerados, apenas é esperado que não piorem.

Em 1985, a dificuldade da aplicação da LEP já era evidenciada e, diante da pressão da sociedade e da mídia e visando confirmar o controle do Estado sobre as unidades prisionais, o Congresso Nacional constituiu o Regime Disciplinar Diferenciado com a Lei 10.792/2003.

Entretanto, o colapso do sistema carcerário brasileiro não é a questão a ser discutida na nossa abordagem, mas, sim, uma das formas de punição passíveis de aplicação durante o cárcere: o Regime Disciplinar Diferenciado.

Assim, passamos a analisar o RDD e seu histórico, bem como sua constitucionalidade e respeitabilidade aos direitos fundamentais.

2 RDD

O RDD, sigla para o termo Regime Disciplinar Diferenciado, sanção intra-punitiva introduzida pela Lei de Execuções Penais através da alteração trazida pela Lei 10.792/03, que fez constar no art. 52 as características do RDD.

Assim, foi determinado que o RDD poderá ser aplicado ao apenado, provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, que:

- i) praticar crime doloso, o que constitui falta grave, conseqüentemente causando subversão da ordem ou disciplina internas do presídio. Nesse caso, além de responder penalmente pelo crime doloso praticado, será administrativamente punido durante a Execução Penal;

- ii) apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;
- iii) seja fundadamente suspeito de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Ademais, a tentativa será punida com a sanção correspondente à da falta consumada, sendo considerada essa circunstância na fixação da natureza e duração da punição (art. 49, parágrafo único, LEP).

As características do regime, por sua vez, estão definidas nos incisos do art. 53 da LEP, sendo elas:

- I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
- II - recolhimento em cela individual;
- III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
- IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol⁴.

Importante apontar contradição suscitada tanto por Cunha (2016) com relação ao citado inciso III. Esclarece que, apesar de aparentar que as crianças não seriam computadas no limite de dois visitantes, o entendimento correto é no sentido de que estão proibidas as visitas de crianças, pois o local e a forma de aplicação do RDD podem causar abalo psicológico ao infante.

Além dessas, existem consequências aplicáveis aos presos que se sujeitam ao RDD pela prática de crime doloso (falta grave) previstas na Lei de Execuções Penais, tais como regressão do regime de cumprimento da pena (art. 118, I, da LEP) e revogação das saídas temporárias (art. 125), da autorização de exercer trabalho externo (art. 37, parágrafo único) e de até $\frac{1}{3}$ dos dias remidos (art. 127).

⁴ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm. Acesso em: 24 fev. 2019.

Gomes, Cunha e Cerqueira chamam atenção para o fato de o Regime Disciplinar Diferenciado estar destinado aos criminosos mais perigosos, como os membros e chefes de quadrilhas que comandam crimes de dentro das penitenciárias, tendo como finalidade fragiliza-los ao limitar seu contato com o mundo externo.

2.1 Origem do RDD no Brasil

2.1.1 O RDD em São Paulo

O RDD no Brasil teve origem no Estado de São Paulo, que se viu compelido a criar medidas que pudessem gerar um maior controle sobre os detentos após a mega rebelião ocorrida no Estado no início do ano de 2001 e que atingiu 25 unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 04 cadeias que estavam sob os cuidados da Secretaria de Segurança do Estado.

Carvalho e Russomanno (2005) ressaltam o ineditismo daquele tipo de rebelião, que apresentou a força dos grupos organizados, em especial do Primeiro Comando da Capital (PCC), que através desse movimento buscava dar uma resposta ao Estado a respeito das transferências dos seus líderes para localidades afastadas da capital do Estado, em contraponto aos motins anteriormente motivados pelas más condições prisionais, maus tratos para com os detentos, má alimentação e falta de assistência médica e judiciária.

O caso ganhou ainda mais destaque por envolver milhares de civis, visitantes e familiares que se encontravam naquele momento no interior das penitenciárias rebeladas. Segundo a Folha de São Paulo⁵, em Carandiru, a maior penitenciária da América Latina até então, quase 5.000 pessoas foram feitas de refém. O quadro só foi contido quando a tropa de

⁵ EM 2001, megarebelião promovida pelo PCC envolveu 29 penitenciárias. **Folha Online**, São Paulo. 14 fev. 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121461.shtml>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Choque da Polícia Militar adentrou o local e conseguiu conter os detentos através do uso de balas de borracha e gás lacrimogêneo.

Diante de tal situação, era imperativo para o Governo do Estado de São Paulo criar medidas com fins de coibir tentativas de rebelião nas prisões do Estado. Por isso, a Secretaria de Administração Presidiária do Estado editou duas resoluções em busca de garantir a disciplina e a ordem do sistema prisional.

A primeira, SAP/SP 26, teve início em Maio de 2001 e deu origem ao primeiro experimento de implantação do RDD no país, limitado apenas a 05 unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré.

A Resolução 26⁶ dispunha que o RDD deveria ser aplicado apenas nas referidas unidades penitenciárias, a líderes e integrantes de facções criminosas e a presos cujo comportamento require-se tratamento de retenção. Caberia, assim, ao Diretor Técnico de cada uma das Unidades, através de uma petição fundamentada direcionada ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais, solicitar a remoção do preso ao RDD. Recebendo o aceite do Coordenador Geral, o pedido deveria ser encaminhado ao Secretário de Administração Penitenciária Adjunto, o qual determinaria se preso ingressaria ou não no regime de exceção. Também determinou-se que o tempo máximo de permanência no RDD era de 180 dias, podendo, porém, ser estendido até 360 dias.

No mês de Julho do ano seguinte foi editada a Resolução 49, que tinha como propósito limitar o direito de visita e as entrevistas dos presos em RDD com seus advogados, estabelecendo regras de controle do modo e da quantidade de visitas.

Um mês depois foi publicada a Resolução SAP/SP 59, que passa incluir no regime os presos provisórios acusados de crimes dolosos, ou que apresentem alto risco para ordem e segurança das unidades prisionais. A mesma resolução estabeleceu o tempo máximo de permanência no regi-

⁶ ADVOGADOS terão de marcar hora para visitar clientes presos em SP. **Conjur**, São Paulo. 18 jul. 2002. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-jul-18/secretaria_institui_normas_visita_presos. Acesso em 15 abr. 2019.

me, 360 dias, e uma série de ações dos detentos que levariam à sujeição ao regime, como:

- i) incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina;
- ii) tentativa de fuga;
- iii) participação em facções criminosas;
- iv) posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa;
- v) prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento.

2.1.2 O RDES no Rio de Janeiro

Em setembro de 2002, o Rio de Janeiro, em virtude da rebelião ocorrida em Bangu I, teve por necessidade a criação de mecanismo similar ao implementado em São Paulo, o RDES - Regime Disciplinar Especial de Segurança.

Segundo a Folha de São Paulo⁷, o motim dirigido pelo Comando Vermelho (CV), liderado por Fernandinho Beira-mar teve início após um conflito entre rivais dentro da prisão que deixou 06 mortos. Após isso, o CV fez reféns, entre eles, funcionários do presídio e operários que trabalhavam em uma obra no local, e os prendeu a botijões de gás e ameaçou matar todos caso a polícia invadisse o local⁸.

A Folha ainda relatou que entre as exigências feitas pelos presos estavam a garantia de que não haveria retaliações físicas aos presos após o motim e de que seus líderes não seriam transferidos.

Após essa revolta, que até então tinha sido a maior já ocorrida no Rio de Janeiro, os líderes do movimento foram para isolamento e os demais envolvidos, postos em REDS.

⁷ REBELIÃO em Bangu 1 espalha pânico por todo Rio de Janeiro. **Folha Online**, Rio de Janeiro. 11 set. 2006. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u58867.shtml> >. Acesso em: 28 fev. 2019.

⁸ REFÉNS de rebelados em Bangu 1 estão amarrados a botijões de gás. **Folha Online**, Rio de Janeiro. 11 set. 2006. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u58855.shtml> >. Acesso em: 28 fev. 2019.

Em meados do ano de 2003, a Secretaria da Administração Penitenciária do Rio de Janeiro reeditou o Regime Disciplinar Especial de Segurança, tornando a medida igual para todos os presídios do Estado.

2.2 A Nacionalização do RDD e a Lei 10.792/2003

A Lei de Execuções Penais (1984) foi um marco na legislação brasileira pela qualidade técnica do modelo de execução penal proposto. Porém, bastou pouco tempo para que reclamações começassem a aparecer, tanto entre os doutrinadores, quanto os membros dos tribunais, como bem contextualiza Bitencourt (2017). Em janeiro de 1985, já se percebia que os direitos e garantias assegurados na LEP não estavam sendo colocados em prática, acreditando-se que a Lei em questão seria moderna demais, não havendo estrutura adequada para que fosse corretamente aplicada, e pouco mudou em mais de 30 anos.

Entre os anos de 1994 e 1995, os juristas passaram a chamar a atenção para a necessidade de reformular a LEP para que esta pudesse ser fielmente cumprida. Em crítica a esse posicionamento, Bitencourt (2017) destaca como isso representou a confissão de que o Poder Público havia fracassado na tentativa de melhora do sistema carcerário.

Na verdade, a alteração da Lei era desejada para afastar a realidade: o sistema carcerário entrou em colapso e a pena de prisão, em falência. Hoje, grande parte das pessoas não acredita na ressocialização dos presos, desejando apenas que não saiam do sistema piores do que entraram, sendo perceptível que a sociedade não está pronta, nem interessada em receber um egresso do sistema carcerário (GRECO, 2009). É “mais fácil” mantê-lo encarcerado, longe dos ditos “cidadãos de bem”, do que dar a ele uma segunda chance, um novo emprego, uma nova oportunidade para se reinserir na sociedade. Além de passar anos vivenciado o ambiente depressivo, humilhante e degradante da prisão, o encarcerado precisa enfrentar a repulsa e o preconceito de grande parte da sociedade.

Diante das iniciativas dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro em regulamentar mecanismos de punição a ações cometidas pelos presos dentro da cadeia, gerou-se uma pressão por parte da sociedade, com apoio da mídia, para que o Congresso nacionalizasse essa medida por meio de alteração da Legislação Federal.

No final de 2003 foi, então, criada a Lei 10.792/2003, que trazia alterações na Lei de Execuções Penais e no Código de Processo Penal, estabelecendo, entre outras medidas, o Regime Disciplinar Diferenciado.

Para Carvalho e Russomanno (2005), tal medida disciplinar está relacionada à necessidade do Poder Público de confirmar seu controle sobre as unidades prisionais. O mesmo ainda defende que a incorporação do RDD à “(des)ordem jurídica nacional” e a modificação na LEP, apenas contribuem para manifestar a chancela do Poder Público com as contumazes práticas arbitrárias e desumanas suportadas nos estabelecimentos prisionais.

3 O RDD, a constituição e os direitos fundamentais

A doutrina possui posicionamentos bastante variados com relação à constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. Destacamos aqui os quatro que acreditamos ser mais relevantes: o RDD em face da coisa julgada, do *bis in idem*, da dignidade da pessoa humana e do Direito Penal do Autor.

3.1 O RDD como ofensa à coisa julgada

Em análise a sua inconstitucionalidade, Bitencourt (2017) leva a debate o RDD enquanto ofensa à coisa julgada e se ele constituiria uma quarta modalidade de aplicação da pena, em afronta àqueles já previstos no artigo 33 do Código Penal, a seguir transcrito:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado⁹.

Dessa forma, para determinar sua constitucionalidade, o Bittencourt (2017) apresenta a tese de que após o trânsito em julgado da sentença condenatória, no momento da execução da pena, passa a existir uma nova relação jurídica entre o condenado e o Estado. Nesse sentido, a Lei 10.792/2003, que regulamentava o RDD, teria como objetivo apenas manter a ordem e a disciplina dentro das unidades prisionais, onde o sistema penitenciário estaria se valendo de medidas disciplinadoras para aplicar sanções proporcionais às faltas praticadas. Assim, o RDD não é classificado como uma quarta modalidade de regime de aplicação de pena.

Ao passo que Carvalho e Russomanno (2005) e Gomes (2006) denominam o RDD como “regime integral fechado plus” e “regime fechadíssimo”, respectivamente, Silva (2009) o conceitua como uma sanção disciplinar que é aplicada a presos provisórios e a condenados, não se tratando de um regime de cumprimento de pena.

Assim, é válido mencionar o que afirma Mirabete (2004):

O regime disciplinar diferenciado (...) não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como

⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 28 fev. 2019.

sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei¹⁰.

Não se verifica, desse modo, a existência de ofensa à coisa julgada, porque o RDD não introduz uma nova espécie de regime de cumprimento de pena, alheia ao juiz que proferiu a sentença condenatória. É, na verdade, uma sanção disciplinar, aplicável em situações específicas previstas legalmente.

3.2 O RDD e o *bis in idem*

O *caput* do artigo 52 da LEP prevê a primeira hipótese de circunstância que pode levar o preso a se submeter ao RDD: a ocorrência de falta grave consistente na prática de crime doloso. Além da submissão ao RDD, que é uma sanção administrativa, o apenado também responde penalmente pelo crime cometido.

Dessa forma, verifica-se a aplicação de uma sanção administrativa e uma penal, não ocorrendo, assim, *bis in idem* por se tratarem de punições de diferentes naturezas (CUNHA, 2016).

3.3 O RDD e a dignidade da pessoa humana

Cezar Roberto Bitencourt (2017) considera o Regime Disciplinar Diferenciado, além de uma sanção cruel e degradante, uma grande violadora do princípio da humanidade da pena.

Busato (2004), seguindo o mesmo posicionamento, critica as medidas pouco garantistas trazidas pela Lei 10.792/2003 para a LEP, que não apenas buscam controlar a disciplina das unidades prisionais, mas também submeter os encarcerados a um sistema violador dos direitos fundamentais do homem e que leva a uma desconsideração da humanidade dos presos.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 11^a ed., São Paulo: Atlas, 2004.

Em um posicionamento intimamente relacionado ao Direito Penal do Inimigo, a pessoa que está encarcerada passa a ser excluída, a partir de uma proposta de eliminação do inimigo, o que fere os direitos fundamentais do homem e o próprio Estado Democrático de Direito, que está configurado para, teoricamente, protegê-los a partir do momento em que os cidadãos entregam uma parte de sua liberdade ao Estado em troca da sua proteção.

Carvalho e Russomanno (2005) acreditam que o isolamento celular, permitido inicialmente por pouco menos de um ano,

(...) inaugura uma nova modalidade de cumprimento de pena – com ênfase na inabilitação e na exclusão – que não apenas redefine o significado do controle disciplinar no interior da execução penal, mas rompe a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, viola o núcleo duro da Constituição que são os direitos e garantias individuais¹¹.

Sobre o tema, destacamos o posicionamento do professor Luiz Flávio Gomes (2006): “(...) de qualquer modo, ainda que se admita essa hipótese de RDD como constitucional, sua aplicação prática (duração, modo de execução, condições de execução etc.) não pode ser inconstitucional¹²”.

Pelo exposto, pode-se observar que a forma como o Regime Disciplinar Diferenciado está previsto não é inconstitucional, porém, sua aplicação pode chegar a ferir a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais. E é isso que se deve combater.

3.4 O RDD e o Direito Penal do Autor

De modo recorrente, a doutrina critica o RDD por ver nele a ocorrência de um verdadeiro direito penal do autor. Por entender que há um

¹¹ CARVALHO, Salo de. RUSSOMANNO, Christiane Freire. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 26 4(1):7-26, Jan.-Dez./2005.

¹² GOMES, Luiz Flávio. RDD e regime de segurança máxima. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1205, 19 out. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9061>. Acesso em: 28 fev. 2019.

limite tênue entre a punição da pessoa e a punição do fato nas circunstâncias que acarretam o RDD, diversos autores consideram que o regime busca censurar o caráter e a conduta social do agente, não o que ele faz (ou efetivamente fez), levando a um arbítrio estatal desmedido, aplicando sanções com base em avaliações subjetivas. Entre eles, podemos citar César Roberto Bitencourt (2017), que descreve o Regime Disciplinar Diferenciado como “monstruoso” e “odioso”, destacando sua inconstitucionalidade ao não punir fatos, mas certas espécies de autores, com um perfil específico.

Compartilha desse pensamento Silva (2009), chamando a atenção para as duas hipóteses de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado previstas nos parágrafos do artigo 52 da LEP, que tratam dos presos provisórios ou condenados que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do presídio ou da sociedade e aquele sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando. De acordo com a autora, diferentemente da prática do crime doloso (constante no *caput* do artigo), aquelas situações não tratam de algo que o agente praticou, estão relacionadas a suposições e suspeitas, o que revela, segundo a doutrinadora, um Direito Penal do Autor, não do Fato. A sanção ocorre pelo que o agente é, não pelo que fez.

Paulo César Busato (2004), ao considerar que a possibilidade de um sujeito ser submetido ao isolamento completo, em cela individual e com limitações de comunicação com o mundo exterior, depende apenas de um juízo de valor e de meras suspeitas, destaca a inexistência de um Direito Penal do Fato e a predominância do Direito Penal do Autor. O que se busca, como o mesmo autor ressalta, é dificultar a vida se certos encarcerados, não por terem cometido um delito, mas porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelo controle carcerário, representam um risco social ou administrativo interno ou são suspeitos de participar de organizações criminosas. A sanção seria, assim, uma preparação, ou até um meio de precaução, dirigindo-se a fatos futuros, antes da sua real ocorrência.

Carvalho e Russomanno (2005) reforçam, ainda, que a comunidade jurídica, ao legitimar o RDD, passou a institucionalizar uma dicotomia jurídica entre os detentos que possuem direitos e os que não, denominados por eles como “inimigos”. E, em relações aos últimos, o Estado se isenta de responsabilidade social, tratando apenas de criar e voltar contra eles formas de combate à sua maneira de viver.

Rogério Sanches Cunha (2016), por sua vez, defende a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, desde que as circunstâncias que levaram à sanção derivem de ato preteritamente cometido pelo apenado, ou para o qual concorreu direta ou indiretamente.

Além disso, as “suspeitas” que podem levar à submissão do apenado ao RDD devem ser devidamente fundamentadas. O próprio Bitencourt (2017), apesar de forte crítico do regime, reconhece que o juiz precisa examinar dois pontos ao aplicá-lo: a adequação típica dos fatos à norma e a efetiva necessidade da sua adoção.

Complementarmente, Gomes, Cunha e Cerqueira, destacando como as decisões judiciais devem ser sempre motivadas, apontam que o juiz das execuções deverá decidir quanto à submissão ao RDD com base em investigações preliminares e, conseqüentemente, suspeitas fundadas, não sendo aceitável a punição sem a prévia ocorrência de um fato concreto que ocasione perigo para a ordem e segurança do presídio ou da sociedade externa, conforme o caso. Ressaltam, também, como o sujeito não pode ser punido pelo risco abstrato que representa sem ter praticado internamente um ato que revelasse a sua periculosidade.

4 Conclusão

O Regime Disciplinar Diferenciado foi trazido, em definitivo, para o ordenamento brasileiro pela Lei 10.792/2003, que o incluiu na Lei de Execuções Penais, ditando sua forma de aplicação. Antes disso, estados como o Rio de Janeiro e São Paulo ditaram formas de regime semelhan-

tes a esse, como forma de gerar maior controle sobre os detentos e coibir a tentativa e a consumação de rebeliões nos presídios estaduais.

Nesses estados, a necessidade de uma sanção disciplinar de contornos mais rigorosos foi evidenciada após a mega rebelião ocorrida no Estado de São Paulo no ano de 2001, que envolveu 29 unidades prisionais e apresentou a força dos grupos organizados, como o PCC, e o motim iniciado pelo Comando Vermelho no Rio de Janeiro, que deixou 06 mortos.

Apesar de a Lei de Execuções Penais ter sido um marco na legislação brasileira, em especial pela forma humanizada do modelo de execução previsto, que prioriza a ressocialização do condenado, um ano depois da sua publicação, em 1985, já era discutida a dificuldade da aplicação prática. Conforme destacou Bitencourt (2017), o próprio Poder Público confessou o fracasso na tentativa de melhora do sistema carcerário.

Por conta da pressão da sociedade e da mídia, diante da iniciativa dos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo e visando confirmar o controle do Estado sobre as unidades prisionais, o Congresso nacionalizou o Regime Disciplinar Diferenciado no final de 2003, com a já mencionada Lei 10.792/2003.

Assim, o RDD poderá ser aplicado ao encarcerado, tanto o provisório, quanto condenado, que pratique crime doloso, causando subversão da ordem ou disciplina internas, que apresente alto risco para o estabelecimento penal ou a sociedade e que seja fundamentadamente suspeito de envolvimento ou participação em organização criminosa, quadrilha ou bando.

Para esses encarcerados, está prevista sanção de duração máxima de 360 dias (que pode ser repetida, caso ocorra nova falta grave de mesma espécie, até o limite de $\frac{1}{2}$ da pena), com recolhimento em cela individual, sendo permitido o banho de sol por 2 horas diárias e visitas semanais de duas pessoas, proibidas as crianças.

Com base no analisado, concluiu-se que o Regime Disciplinar Diferenciado não pode, por si só, ser tido por inconstitucional, nem é possível

afirmar que é uma afronta aos direitos fundamentais. Entretanto, se ultrapassados os limites impostos na LEP, como a duração máxima de 360 dias, ou se usado para ferir a dignidade da pessoa humana, a sua forma de aplicação pode passar a ser inconstitucional.

O tempo de duração do RDD e as condições de sua aplicação determinam a constitucionalidade da punição, observada a gravidade do fato a ser punido. A punição, na prática, deve ser sempre proporcional à falta cometida pelo reeducado, especialmente porque esta é a finalidade das prisões: reeducar, e não infligir sofrimento desnecessário à dignidade da pessoa.

Entretanto, ressaltamos que, aderindo ao RDD, o sistema penal brasileiro se distancia da tão sonhada e idealizada ressocialização prisional, que é uma das bases da LEP e determinou a sua estruturação, aderindo a um novo ideal: o de controle dos malquistos pela sociedade. Dessa forma, busca agradar às massas através de uma meta-punição, como forma de camuflar o colapso do sistema carcerário e a falência da pena de prisão.

Citando Foucault (2001): “o suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento¹³”.

Referências

ADVOGADOS terão de marcar hora para visitar clientes presos em SP. **Conjur**, São Paulo.

18 jul. 2002. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-jul-18/secretaria_institui_normas_visita_presos. Acesso em 15 abr. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 28 fev. 2019.

¹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 2001.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 24 fev. 2019.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo, **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, RS, Ed. Notadex/PUCRS/TEC, v. 14, p. 140, 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>. Acesso em 24 fev. 2019.

CARVALHO, Salo de. RUSSOMANNO, Christiane Freire. **O regime disciplinar diferenciado**: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 26 4(1):7-26, Jan.-Dez./2005

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal Para Concursos**: LEP. Coordenador Ricardo Didier. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

EM 2001, megarrebelião promovida pelo PCC envolveu 29 penitenciárias. **Folha Online**, São Paulo. 14 fev. 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121461.shtml>. Acesso em: 28 fev. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. RDD e regime de segurança máxima. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1205, 19 out. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9061>. Acesso em: 28 fev. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rodrigo Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O Regime Disciplinar Diferenciado é constitucional? O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora**. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

REBELIÃO em Bangu 1 espalha pânico por todo Rio de Janeiro. **Folha Online**, Rio de Janeiro. 11 set. 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u58867.shtml>. Acesso em: 28 fev. 2019.

REFÉNS de rebelados em Bangu 1 estão amarrados a botijões de gás. **Folha Online**, Rio de Janeiro. 11 set. 2006. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u58855.shtml> >. Acesso em: 28 fev. 2019.

SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. **Análise da in(constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5149/Analise-da-in-constitucionalidade-do-Regime-Disciplinar-Diferenciado>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Os Pilares da Guerra: os motivos da contenda e a escolha do inimigo

*Cynthia Lima dos Santos*¹

*Antonio Coêlho Soares Júnior*²

1 Introdução

De aspecto atemporal e interdimensional, a guerra foi tomada, em seu aspecto mais mundano, como calamidade desmedida, na qual o único intuito é a destruição, o extermínio do outrem, em um espetáculo brutal de forças. Mesmo tendo sua existência ora condenada ora justificada, por vezes teve sua necessidade comprovada, bem como seu sucesso em atingir seu objetivo. É na ascensão e queda da humanidade que a guerra tem sua essência: a mudança. “A guerra, como todo humano, quer alterar. Mas a guerra, mais do que tudo, quer alterar e alterar muito. E alterar depressa”³.

Mesmo incessantemente estudada como ente próprio ou, ainda, de maneira isolada, a guerra se mostra como um conjunto de fatores, os quais determinam sua amplitude, bem como sua “selvageria”. É por certo que homens fazem a guerra, mas a questão a se ponderar é o que

¹ Estudante de direito na Universidade do Maranhão. Email:cinthia.lima.santos@hotmail.com.

² Doutor em direito pela Università Degli Studi Roma Ter. Mestre em Instituições jurídico - políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor assistente do curso de direito pela Universidade Federal do Maranhão, Campus Imperatriz. Email: antoniocoelhojr@hotmail.com.

³PESSOA, Fernando. A guerra. In: **Poemas Inconjuntos**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailheObraForm.do?select_action=&co_obra=15725. Acesso em 23 de maio 2019.

os forma para a batalha, quais aspectos estão ligados com a vil necessidade de guerrear. É no entendimento de que diversos agentes fazem a guerra que o presente trabalho tem base, busca-se esclarecer cada um deste fatores.

Para tanto é primordial entendimentos básicos do fenômeno “guerra”, estes dispostos no primeiro capítulo deste artigo, o qual examina definições habituais, como conceito e as diversas classificações, tomando como base as noções de Carl Von Clausewitz, John Keegan e Raymond Aron.

O capítulo seguinte adentra, de fato, no propósito deste trabalho, ao expor, a partir de concepções freudianas, os agentes que impulsionam à guerra, apresentando estes em duas categorias, as quais tem como foco o “interno” e o “externo” do conflito. O último capítulo salienta a escolha do estrangeiro como inimigo, baseando tal nos fatores expostos anteriormente, bem como no binômio “amigo-inimigo” de Carl Schmitt e as noções de Julia Kristeva.

2 Da guerra

2.1 Do conceito

A princípio, compreender a guerra pressupõe o entendimento de sua essência, um exame detalhado do conflito. No tocante a um conceito de guerra, tem-se um emaranhado de definições abertas, que usufrui de alicerces temporais e sociais, de modo que a compreensão objetiva e final seja quimérica; por consequência, toma-se por base três aspectos clássicos: o político, o cultural e o subjetivo.

O general prussiano Carl Von Clausewitz conceitua a guerra como “[...] um ato de força para obrigar o nosso inimigo a fazer a nossa vontade”⁴, não sendo omissa ao funcionamento desta força, municida com

⁴ CLAUSEWITZ, Carl von. **Da Guerra**; tradução de CMG (RRm) Luiz Carlos Nascimento e Silva do Valle. [S.l.: s.n.]; [1984?]. Paginação irregular, CLAUSEWITZ, Carl von. *Ibidem*, p.75.

arte e ciência, projetando-se em um espectro de força física, meio “de que dispõe a guerra”⁵. E é neste mesmo pensamento que o autor expõe o que seria um dos entendimentos mais difundidos do vir a ser da guerra, lecionando que “[...] a guerra não é meramente um ato de política, mas um verdadeiro instrumento político, uma continuação das relações políticas realizada com outros meios.”⁶. Sob a perspectiva filosófica, Raymond Aron complementa ao apontar que a “guerra [...] pressupõe coletividades politicamente organizadas”⁷, expondo, enfim, que essa não é uma instituição em si, nem possui um fim único, é norteadada “pelas intenções mútuas das coletividades”⁸.

Não há como negar, perante um entendimento político, o caráter dual da guerra para o Estado, sendo esta reconhecida como “a província da vida ou da morte; o caminho à segurança ou à ruína”⁹.

Complementa, de forma um tanto paradoxal e incorporando outra perspectiva, baseada em um ponto anterior à política, o historiador britânico John Keegan: “[...] o pensamento de Clausewitz está incompleto. Ele implica a existência de Estados, de interesses de Estado e de cálculos racionais sobre como eles podem ser atingidos. Contudo, a guerra precede o Estado, a diplomacia e a estratégia por vários milênios”¹⁰.

Para ele, a essência da guerra tem como pilar a cultura, seja como elemento único seja como determinante social. Tal presença pode ser reconhecida de maneira incontestável na formação da sociedade grega, antes mesmo do Peloponeso, onde “[...] a guerra constituía tanto parte integrante da vida em sociedade, como atividade essencial para definir as

⁵ CLAUSEWITZ, Carl von. *Ibid.*, p.75

⁶ CLAUSEWITZ, Carl von. *Ibid.*, p.91.

⁷ ARON, Raymond; **Paz e guerra entre as nações**; Prefácio de Antonio Paim; Trad. Sérgio Bath (1 a. edição) Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p.69.

⁸ ARON, Raymond. *Ibid.*, p.71.

⁹ MAGNOLI, Demétrio. *História das guerras*, organizador. 3. ed. São Paulo : Contexto, 2006, p. 11.

¹⁰ KEEGAN, John. **Uma história da guerra**. Trad. Pedro Maia Soares. Coleção Companhia de Bolso. São Paulo: Editora Schwarcz S.A, 2006. Paginação irregular.

subjetividades, para a formação dos indivíduos e dos coletivos humanos”¹¹.

E é na gênese da cultura que se encontra a subjetividade da guerra: o homem. Julgar esta como alicerce cultural, é admitir a prévia existência de um instinto ou pensamento humano simpático ao conflito, assim sendo “a história das guerras é, sobretudo, a história do gênio humano aplicado à destruição”¹².

Isto posto, a melhor conceituação nasce da convergência de parâmetros até então apresentados, transformando a guerra em uma instituição dotada de poder político, a qual movida pelo ímpeto humano, acaba por virar cultura – ou meio desta – persistindo ao longo da história. Contraindo a proposição de Heráclito¹³, tem-se, ao fim, a guerra como fruto de todas as coisas.

2.1 Da classificação e do desenvolvimento

Posta assim a questão do seu conceito, faz-se necessário ponderar quanto aos tipos de guerra, buscando compreender não somente a essência, mas também as peculiaridades. Em uma classificação simétrica aos tipos de paz¹⁴, Aron apresenta três categorias, nas quais todas as guerras podem ser emolduradas: as interestatais, as superestatais e as infra estatais. O filósofo francês elucidava:

As guerras ‘perfeitas’ (conforme a noção política de guerra) são interestatais: engajamento de unidades políticas que se reconhecem mutuamente como legítimas. As guerras imperiais ou superestatais são as que têm por objeto,

¹¹ MAGNOLI, Demétrio, *Ibidem*, p.22.

¹² MAGNOLI, Demétrio, *Ibidem*, p.17.

¹³ “*pólemos patér pantôn*”. A guerra é o pai de todas as coisas. MAGNOLI, Demétrio, *Ibidem*, p.22.

¹⁴ A simetria apontada por ARON é tangível, também, no aspecto da legitimação da violência: “Pode-se distinguir assim três tipos de paz: o *equilíbrio*, a *hegemonia* e o *império*: num espaço histórico dado, ou as forças das unidades políticas estão em *equilíbrio*, ou estão dominadas por uma dentre elas, ou então são superadas a tal ponto pelas forças de uma unidade que todas as demais perdem sua autonomia e tendem a desaparecer como centros de decisão política”. ARON, Raymond; **Paz e guerra entre as nações**; Prefácio de Antonio Paim; Trad. Sérgio Bath (1 a. edição) Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002, p.220.

origem ou consequência a eliminação de certos beligerantes ou a formação de uma unidade de nível superior. Infra- estatais ou infra-imperiais, são as guerras que têm por objetivo manutenção ou a decomposição de uma unidade política, nacional ou imperial¹⁵.

Outrossim, Aron ainda pronuncia quanto à metamorfose da essência da guerra, ressaltando que as guerras imperiais nada mais são do que a ascensão de um dos atores envolvidos em guerras interestatais, que voluntariamente ou não, consolida sua soberania sobre os rivais, a exemplo se tem a dominação política aplicada pela Tríplice Entente, com o “*Diktat*”¹⁶ após a derrota alemã, em 1918, bem como a supremacia do capitalismo estadunidense ao fim da Guerra Fria.

É notável ainda a consciência que diversos autores têm quanto à utópica idealização da guerra como conflito uno, demonstrando com transparência que a extensão da guerra é maior do que o “todo” evidenciado ao final do conflito. Clauwsewitz declara que “A guerra nada mais é do que um duelo em grande escala. Inúmeros duelos fazem uma guerra”¹⁷, não se ausentando ao expor como deve ser examinada, de modo que “[...] na guerra, mais do que em qualquer outra questão, devemos começar olhando para a natureza do conjunto, porque ali, mais do que em qualquer outro lugar, devemos pensar sempre na parte juntamente com o conjunto”¹⁸. De mesmo modo, entendeu o general Tzu que já demonstrava a fragmentação da guerra em micro conflitos, aconselhando ainda que fosse evitado um combate uno, ao expor “Quão lamentável é arriscar tudo em um único combate, negligenciando a estratégia vitoriosa, e fazer com que o destino de tuas armas dependa de uma única batalha!”¹⁹

¹⁵ ARON, Raymond. *Ibid.*, p.223.

¹⁶ Vocábulo alemão que significa “imposição”, sendo assim chamado, pelos alemães, o Tratado de Versalhes assinado em 1919.

¹⁷ CLAUSEWITZ, Carl Von; *Ibid.*, p.75.

¹⁸ CLAUSEWITZ, Carl Von; *op. cit.*

¹⁹ TZU, Sun. **A arte da guerra**; tradução de Sueli Barros Cassal. -- Porto Alegre: L&PM, 2006. Paginação irregular, p.15.

Como marco evolutivo da civilização e, por consequência, da guerras tem-se a inversão do delineamento “ordinário” dos conflitos, uma vez que os numerosos confrontos, restritos em sua complexidade e fúria, com aparições recorrentes, decaem, à medida que surge um novo gênero de contenda, marcado por sua raridade histórica, ainda sim sobrecarregado em cólera, nomeado por Aron como ***guerra hiperbólica***²⁰.

De maneira precursora, Clausewitz já enunciava que: “A invenção da pólvora e o constante aperfeiçoamento das armas de fogo são por si sós suficientes para mostrar que o progresso da civilização nada fez de prático para alterar ou para desviar o impulso de destruir o inimigo[...]”²¹.

Para Freud, a guerra apenas demonstrara uma coisa “[...] a inaptidão do “animal humano” para a civilização. [...] a conclusão de Freud apontou para o fato de que ‘os homens não haviam caído tão baixo como temíamos, porque não haviam subido tão alto como acreditávamos’”²², o que retoma o conceito subjetivo anteriormente delineado.

3 Razões de guerra

Isto posto, ergue-se a indagação quanto ao motivo da guerra, razão pela qual nações se lançam umas contra outras em embates idealizados como um jogo de soma-zero²³. Para melhor entendimento será delineado, baseada na teoria freudiana²⁴, dois aspectos pertinentes a motivação da contenda: o interno, ligado à essência humana; e o externo, fator de cunho político-cultural.

²⁰ Grifo próprio. “As guerras interestatais tendem a se transformar em guerra hiperbólica quando um dos atores ameaça adquirir uma superioridade de forças esmagadora”. ARON, Raymond.; op. cit.

²¹ CLAUSEWITZ, Carl Von; Ibid., p.77.

²² CASTRO, Rafael Dias de. **As reflexões de Sigmund Freud Sobre a guerra e a morte (1914-1915)**. Mal-Estar e Sociedade - Ano III - n. 5 - Barbacena - Novembro, 2010 - p. 93-113. (p.99)

²³Retirado das teorias económicas e das teorias dos jogos, a vitória de um jogador representa, obrigatoriamente, a perda para o outro.

²⁴ “Duas coisas suscitaram nesta guerra a nossa decepção: a escassa moralidade externa dos Estados que, internamente, se comportam como guardiães das normas morais, e a brutalidade do comportamento dos indivíduos, dos quais, como participantes na mais elevada civilização humana, não se esperara coisa semelhante.” FREUD, Sigmund. Escritos sobre a Guerra e a Morte. Trad. Artur Morão. Coleção: Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã, Universidade da Beira Interior, 2009, p.10.

3.1 A guerra orgânica

Convém, por oportuno, destacar aqui que o ser humano, mesmo “civilizado”, não está excluído da implicação de fatores naturais, que o encorajam a guerra, logo cumpre expor as duas forças internas que agem nesse sentido: o instinto, intrínseco ao homem, e as emoções, ente volátil das relações sociais.

A par disso, no que toca ao primeiro estímulo, Einstein confia a Sigmund Freud sua crença no ímpeto *hominum* em tempos de guerra: “[...] o homem encerra dentro de si um desejo de ódio e destruição. Em tempos normais, essa paixão existe em estado latente, emerge apenas em circunstâncias anormais: é, contudo, relativamente fácil despertá-la e elevá-la à potência de psicose coletiva”²⁵.

À vista disso, Freud apresenta o que é o princípio medular da psicanálise: a teoria dos instintos, que pode ser sintetizada de forma que “a mais profunda essência do homem consiste em impulsos instintivos de natureza elementar, iguais em todos e tendentes à satisfação de certas necessidades primordiais”²⁶, dispondo dessa para desvendar a natureza humana perante o conflito. Segundo a lição freudiana, “[...] as pulsões do homem são apenas de dois tipos: umas que tendem a conservar e a unir – denominamo-las “eróticas” [...] e outras que tendem a destruir e a matar: concebemo-las como a pulsão de agressão ou de destruição”²⁷. Mesmo sendo forças tão opostas, ambos instintos coexistem entre si, sendo que a ação e interação destes concebem cada evento da vida humana. Para melhor compreensão, o médico exemplifica:

[...] o instinto de conservação é certamente de natureza erótica, mas precisa de dispor da agressão, para efectuar o seu propósito. De modo semelhante, a

²⁵UM diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra?/ apresentação de Deisy de Freitas Lima Ventura, Ricardo Antônio Silva Seitenfus . Santa Maria: FADISMA, 2005, p.24.

²⁶ FREUD, Sigmund; op. cit.

²⁷FREUD, Sigmund; Ibid, p. 43.

pulsão do amor objectal necessita de um complemento do instinto de posse para conseguir apoderar-se do seu objeto²⁸.

Retomando ao motivo de guerrear do homem, Freud aponta a ânsia pela destruição como um impulso certo que lança a humanidade para o conflito:

Por conseguinte, quando os homens são incitados à guerra haverá neles um grande número de motivos – nobres ou baixos, daqueles que se proclamam em voz alta, e outros que se silenciam – que responderão afirmativamente. [...] Encontra-se decerto entre eles o prazer da agressão e da destruição²⁹.

No extremo mais excepcional do instinto agressivo, assenta o instinto de morte, que opera unicamente para a ruína, levando tudo e todos ao aniquilamento, que intenta em “reduzir a vida ao estado da matéria inanimada”³⁰. Esse, beneficiado de meios oscilantes, tem como alvo o exterior da criatura, em uma expressão de auto misericórdia, preservando desse modo sua própria vida, mas por consequência dizimando tudo ao seu redor.

Freud expõe ainda que, essa pulsão pela destruição, no processo evolutivo, controlada por um instinto erótico e pela coerção da educação, por vezes, se torna inapta, conforme explica que “a transformação das pulsões em que se funda a nossa capacidade de civilização, pode, em virtude das influências da vida, ficar anulada de um modo temporário ou permanente”³¹. No entanto, esta inércia pode conduzir a um estado primitivo³², mas que:

²⁸ FREUD, Sigmund; op. cit.

²⁹ FREUD, Sigmund; *Ibid.*, p. 44.

³⁰ FREUD, Sigmund; op. cit.

³¹ FREUD, Sigmund; *Ibid.*, p. 16.

³² “A guerra [...] iluminava as sedimentações sucessivas depositadas pela cultura no homem, fazendo reaparecer o homem primitivo que existia em cada um. Se a sociedade da *Belle Époque* acreditava ter atingido o ápice do desenvolvimento humano e cultural [...] a guerra veio demonstrar quão ilusória era a situação, pois, segundo Freud, a psique do homem moderno não era tão diferente daquela do homem primitivo. Ou seja, a guerra mostrou que o sujeito moderno e o selvagem podem ser igualmente cruéis, bárbaros e malignos” CASTRO, Rafael Dias de; *Ibid.* p.101

[...] persiste de tal modo que em qualquer momento se pode tornar de novo a forma expressiva das forças anímicas, e até a única, como se todas as evoluções ulteriores se tivessem anulado ou regredido. [...] Sem dúvida, as influências da guerra integram-se naquelas forças que podem provocar semelhante involução³³.

O segundo aspecto biológico que vivifica a “cobiça” pela guerra são as emoções, entidades mutáveis e incertas, que se remodelam ao longo do conflito. Pelo seu caráter transitório, os sentimentos emergidos nas primícias da contenda tende a alcançar seu mais remoto oposto em um breve lapso temporal, por conta de infundáveis coeficientes, internos e externos ao indivíduo. Evidência concreta de tal contexto pode ser notada por Eric Hobsbawm, o qual relata o maravilhamento de diversas classes, nos anos iniciais da Primeira Grande Guerra:

Todos conhecem o caso dos rapazes “[...] que saudaram a irrupção da Primeira Guerra Mundial como se fosse amor à primeira vista. “Agora, graças sejam dadas a Deus, que nos colocou à altura de tal hora”, escreveu um socialista fabiano, normalmente racional e apóstolo de Cambridge, o poeta Rupert Brooke. “Só a guerra”, escreveu o futurista italiano Marinetti, “sabe rejuvenescer, acelerar e afiar a inteligência humana, alegrar e arejar os nervos, libertando-nos do peso do fardo cotidiano e dando sabor à vida e talento aos imbecis”. “Na vida dos acampamentos e debaixo do fogo”, escreveu um estudante francês, “...experimentamos a suprema expansão da força francesa que trazemos dentro de nós”³⁴.

Modris Eksteins demonstra como não só a emoção individual foi fator decisivo na Grande Guerra, mas também como o processo de aglomeração emocional, levou por fim à unificação de sentimentos, tornando o impulso à guerra, uma epidemia:

Alguns líderes socialistas se deixaram envolver na orgia da emoção. Outros sentiram que não podiam nadar contra a corrente do sentimento público. Vários deputados da esquerda do partido, convocados a Berlim para uma

³³ FREUD, Sigmund; *Ibid*, p. 15.

³⁴ HOBBSAWM, E. A era dos impérios (1875-1914). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 267-268.

reunião da liderança, saíram de casa ainda obstinadamente opostos à guerra e determinados a votar contra os créditos de guerra, mas ao se depararem nas estações ferroviárias, com repetidas demonstrações de apoio público à guerra, mudaram de ideia [...] As multidões, de fato, tomaram a iniciativa política na Alemanha. A cautela foi jogada ao vento. O instante alcançou a supremacia. Horas, anos, na verdade séculos, foram reduzidos a momentos. A história se tornara vida³⁵.

A importância das emoções para balizar a guerra já fora enunciada por Clausewitz, ao dispor caráter determinante dessas, salientando que, mesmo não sendo gênese do conflito, estipulam os interesses conflitantes, bem como duração da contenda.

3.1 A guerra “externa”

Desenvolvido o primeiro grupo de motivos fomentadores da contenda, faz-se necessário ponderar quanto ao aspecto político-cultural, fonte majoritária do impulso social e comunitário para guerra. De maneira análoga ao aspecto anterior, esse fator similarmente se ramifica em duas espécies: a de âmbito político e a de domínio cultural.

No que tange ao cunho político é inevitável retomar a costumeira mescla direito-violência, estudada superficial e erroneamente como um choque de antíteses, mas que em sua realidade é o fruto do desenvolvimento conjunto dos dois termos. De maneira histórica, quase perpétua, a violência é a fórmula de resolução de antagonismos, sejam eles ideológicos, geográficos ou sociais. Como tradição, é notório que a superioridade da força física ditava a ordem de poder nos primórdios da sociedade, passando a ser suplementada a medida que instrumentos eram introduzidos na rotina de dominar o outro, dando espaço para a supremacia da inteligência, não modificando, no entanto a finalidade da luta: “pelo dano

³⁵ EKSTEINS, Modris **A sagração da primavera**: a grande guerra e o nascimento da era moderna; tradução de Rosaura Eichenberg. — Rio de Janeiro: Rocco, 1991, p.91.

que se lhe inflige ou pela aniquilação das suas forças, uma das partes em litígio é obrigada a abandonar as suas pretensões ou a sua posição”³⁶.

Com o aperfeiçoamento desse novo domínio, restava como caminho para subjugar o outro unicamente a reunião de forças, representadas por indivíduos isolados, que abriam mão de parte de sua soberania privada, cedendo para o bem comum, realocando na soberania da comunidade, responsável agora por conquistar outrem. Freud intitula este fenômeno como “um caminho levou da força ao direito”³⁷, detalhando após:

[...] o que passava pelo facto de a força maior de um indivíduo poder ser compensada pela associação de vários mais débeis. “L’union fait la force.” A violência é vencida pela união, o poder dos unidos representa agora o direito, em oposição à força do indivíduo isolado. Vemos, pois, que o direito é o poder de uma comunidade. Continua a ser uma força disposta a dirigir-se contra qualquer indivíduo que se lhe contraponha; opera com os mesmos meios, persegue os mesmos fins; na realidade, a diferença reside apenas em que já não é o poder de um indivíduo a impor-se, mas o da comunidade³⁸.

Keegan, de modo equivalente, demonstra o papel elementar da violência como precursora do Direito, expondo: “As lições da história nos advertem que os Estados em que vivemos, suas instituições, até mesmo suas leis, chegaram-nos por meio de conflitos, amiúde do tipo mais sangrento”³⁹.

Este mesmo Direito que, antagonicamente, busca censurar a manifestação da violência pública, é o que legitima seu uso, com ressalvas teóricas, concedendo a comunidade, evoluída para figura do Estado, o poder de reter as forças e corroborar sua soberania sobre estas:

O cidadão individual pode comprovar com espanto nesta guerra [...] que o Estado proibiu ao indivíduo o uso da injustiça, não porque pretenda abolí-la, mas porque quer monopolizá-la[...]. O Estado [...] permite a si toda a injusti-

³⁶ FREUD, Sigmund; *Ibid.*, p. 37.

³⁷ FREUD, Sigmund; *Ibid.*, p. 38.

³⁸ FREUD, Sigmund; *op. cit.*

³⁹ KEEGAN, John. *Ibid.* [Não paginado]

ça e toda a violência que desonraria o indivíduo. Não só utiliza contra o inimigo a astúcia permissível [...] mas também a mentira consciente e o engano intencional [...]. O Estado exige dos seus cidadãos o máximo de obediência e de abnegação, mas incapacita-os mediante um excesso de dissimulação e de uma censura da comunicação e da expressão das opiniões [...]. Desliga-se das garantias e dos convênios que o vinculavam aos outros Estados, confessa abertamente a sua avareza e a sua ânsia de poder que, em seguida, o indivíduo deve sancionar por patriotismo⁴⁰.

Por esse vértice, Hannah Arendt demonstra uma nova faceta da imposição política no decurso da guerra, como pode ser percebido durante o julgamento de Eichmann, no qual este usa como tese de defesa a auto-ridade estatal perante o indivíduo:

A defesa aparentemente teria preferido que ele se declarasse inocente com base no fato de que, para o sistema legal nazista então existente, não fizera nada errado; de que aquelas acusações não constituíam crimes, mas “atos de Estado”, sobre os quais nenhum outro Estado tinha jurisdição [...], de que era seu dever obedecer, e de que, nas palavras de Servatius, cometera atos pelos quais ‘somos condecorados se vencemos e condenados à prisão se perdermos’⁴¹.

O Estado e seus representantes atuam deste modo como senhores da guerra, desejosos pela sua vitória, mas longínquos da sua autêntica realidade⁴².

Prosseguindo nas circunstâncias que movem o ímpeto humano para guerra, tem-se por finalidade a “inter identidade”, visceralmente ligada ao surgimento da comunidade, onde esta, com o intento de ser duradoura e inabalável, necessitava da manifestação e do fortalecimento dos laços emocionais entre os seus membros, condição exclusivamente alcançada se cada integrante possuísse um grau considerável de identificação com o próximo.

⁴⁰ FREUD, Sigmund; *Ibid*, p. 8-9.

⁴¹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**; tradução José Rubens Siqueira. – São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 32-33.

⁴² “Existe alguém que está contando com você/ Pra lutar em seu lugar já que nessa guerra/Não é ele quem vai morrer” LEGIÃO URBANA. **A Canção do Senhor da Guerra**. EMI: 1992. (4:57 min.).Disponível em: <<https://g.com/kgs/uFmkwx> >. Acesso em: 03 de maio 2019.

No entanto, tal identificação só é proveitosa, como razão de guerra, se for *intra* comunidade, uma vez que, em constante insegurança, o indivíduo é fadado a confiar unicamente naqueles que o cercam, e devido aos laços emocionais criados, defenderá, de forma colérica, a escassa teia social que o envolve. No mesmo sentido Freud aponta que as guerras não poderão terminar “[...] enquanto as valorações da vida individual diferirem tanto entre uns e outros e os ódios, que os separam, representarem forças instintivas anímicas tão poderosas”⁴³.

Trilhados os conceitos vitais, é possível contemplar agora, de maneira mais nítida, quais elementos tem mérito para a análise do ente “guerra”, restando por ora investigar quais itens influenciam na escolha do outrem ao qual se lançará a nação, em frenesi e euforia: o inimigo.

4 A escolha do inimigo – o estrangeiro

Oportuno se torna dizer que o inimigo idealizado e combatido durante as guerras se confunde com a figura do “estrangeiro” e evidência disso está no pensamento de FREUD: “Alimentamos a esperança de que uma historiografia imparcial fornecerá a prova de que precisamente essa nação, em cuja língua escrevemos e por cuja vitória combatem os nossos entes queridos, foi a que menos transgrediu as leis da civilização humana”⁴⁴.

Nasce, perante a figura do estrangeiro, um enigma quanto à sua concreta função social, sendo apontado como “Símbolo do ódio e do outro, [...] não é nem a vítima romântica [...], nem o intruso responsável por todos os males da cidade. Nem a revelação a caminho, nem o adversário imediato a ser eliminado para pacificar o grupo”⁴⁵. Deste modo, a construção do oponente de guerra se aproxima do binômio “amigo-inimigo” de Carl Schmitt, que define este como “o outro”:

⁴³ FREUD, Sigmund; *Ibid*, p. 5.

⁴⁴ FREUD, Sigmund; *Ibid*, p. 8.

⁴⁵ KRISTEVA, Julia. **Estrangeiros para nós mesmos**; tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. – Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p.9.

[...] o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de terceiro 'não envolvido' e, destarte, 'imparcial'⁴⁶.

Conforme pensamento acrescentado por Julia Kristeva, o estrangeiro “traz a marca de um limite transposto que se imprime [...]. Seja ela perturbada ou alegre, a expressão do estrangeiro assinala que ele está "a mais"⁴⁷.

Ao analisar o desconhecido antagonista do prisma da primeira cepa de motivos, o interno, entende-se que é puro e genuíno o maravilhamento sobre o incógnito⁴⁸, no entanto, esse é consumido pela insegurança e inquietação que o novo pode trazer. Deste modo, o instinto humano é pueril tão somente enquanto durar o maravilhamento, ressurgindo como destrutivo e voraz à medida que, mesmo que ínfima, surge a possibilidade do risco e ataque a sua segurança. Igualmente ocorre com a emoção do indivíduo perante o desconhecido, uma vez que não tendo uma expectativa concreta desta interação, a gama de sentimentos se tornam cada vez mais volátil, inquietando o homem.

No que está relacionado à segunda esfera de razões de guerra – a político-cultural –, observa-se com mais furor como a figura do “estranho” é selecionada como inimigo. Em seu aspecto político, voltado aqui para o Direito, tem-se que o inimigo não é somente o desconhecido, isolado em conceito, mas também é a representação pública. Schmitt desmistifica:

⁴⁶ SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político/Teoria do Partisan**. Coord. e superv. Luiz Moreira. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 28.

⁴⁷ KRISTEVA, Julia. *Ibid.*, p. 11.

⁴⁸ “Porém esse discernimento dos traços do estrangeiro, que nos cativa, ao mesmo tempo nos atrai e repele: "Pelo menos, sou também - singular e portanto devo amá-lo" diz para si o observador; "não, prefiro a minha própria singularidade e portanto devo matá-lo", pode ele concluir”. KRISTEVA, Julia; op. cit.

Assim, inimigo não é o concorrente ou o adversário em geral. Tampouco é inimigo o adversário privado a quem se odeia por sentimento de antipatia. Inimigo é apenas um conjunto de pessoas *em combate* ao eventualmente, i.e, segundo a possibilidade reais e que defronta como um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o que ser refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, *público*. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo [...] ⁴⁹.

Vale compreender a diferenciação de *hostis* para *inimicus* de Forcellini trazida por Schmitt: “*Hostis* é quando temos guerra oficialmente (...) em que difere de *inimico*, isto é, onde temos ódio privado. Ele também pode ser dividido: *inimicus*, nós odiamos; *hostis* atacam” ⁵⁰(tradução própria) ⁵¹.

É nessa premissa de inimigo público que o Estado, parte evoluída da reunião de forças que formou a comunidade e de coesão política, monopoliza o *jus belli*, “a real possibilidade de determinar o inimigo no caso dado por força de decisão própria de combate-lo” ⁵², tomando para si o poderio, o qual, ao seu bel-prazer, faz guerra e despoja a vida dos indivíduos. Culminando, por fim, tem-se o critério da “inter identidade”, sendo crucial evidenciar que, pela formação de um inimigo público, arquitetado pelo Estado, é por certo crer que o sentimento de identificação não ocorrerá no *inter partes*. Ou seja, não é o indivíduo agora que delimita a metodologia de compatibilidade com outrem e, sim, o Estado, que traz a superfície uma figura finalizada, parâmetro para os demais membros, que aponta o “ser” antes da possibilidade do “feito”.

Schmitt condensa o ente “guerra” dentro da dicotomia amigo-inimigo, lecionando:

A guerra decorre da inimizade, pois esta é a negação ôntica de outro ser. A guerra é apenas a realização extrema da inimizada. Ela não precisa ser nada

⁴⁹ SCHMITT, Carl. *Ibid.*; p. 30.

⁵⁰ FORCELLINI, [1688?], p. 320, 511 apud SCHMITT, 2009, p. 30.

⁵¹ “*Hostis is est cum quo publice bellum habemus (...) in quo ab inimico differt, qui est is, quocum habemus privata odia. Distingui etiam sic possunt, ut inimicus sit qui nos odit; hostis qui oppugnat.*”

⁵² SCHMITT, Carl. *Ibid.*; p. 48.

de cotidiano, nada de normal, tampouco precisa ser percebida como algo ideal ou desejável, tendo, antes, que se permanecer existente como possibilidade real, na medida em que o conceito de inimigo conserva seu sentido⁵³.

Deste modo, a guerra sempre será o cenário prático da relação amigo-inimigo, nele serão colocadas à prova a verdadeira hostilidade do desconhecido e se essa um dia existiu.

4 Conclusão

Percebe-se, portanto, que o fenômeno “guerra” sempre está firmado em três aspectos, os quais determinam sua dimensão e duração: a política, a cultura e o “homem”. Desde o seu conceito a suas estratégias, a guerra usa tais elementos para evoluir.

Como consequência, tendo por base ensinamentos da psicanálise, identifica-se duas motivações preponderantes da guerra: uma de caráter subjetivo, relacionada ao ser humano, a qual pode ser dividida em “instinto” e “emoção”; e outra, de natureza externa, segmentada em “política” e “cultura”. Em um primeiro plano, conforme apontado em FREUD, tem-se a força das pulsões de agressão, moldadas pelo prazer de destruição, que surgem originalmente por meio de emoções nobres e até mesmo inocentes, que se modificam ao longo do conflito.

Sob a perspectiva externa, apresenta-se, no conflito, o surgimento do direito, por meio do binômio direito-violência, e, conseqüentemente, a origem do Estado. Este, por sua vez, detém o monopólio do poder, que é traduzido pelo controle dos conflitos. Outrossim, é na guerra que a comunidade estabelece, como parâmetro cultural, sua identificação, se reconhecendo, passando a escolher seu inimigo: o outro.

Logo, a figura do inimigo surge, objetiva o bastante para se confundir com o “estrangeiro”, este motivo de maravilhamento e medo, podendo instigar o instinto humano, uma vez que é alheio, trazendo à

⁵³ SCHMITT, Carl. *Ibid.* (p. 34)

tona emoções agressivas. É ainda bode expiatório do Estado, em representação pública do que “não está em seu devido lugar”, sendo que, uma vez comprovado seu distanciamento político e cultural, não poderá ser identificado sequer como “homem” pela comunidade inimiga.

Deste modo, compreender o fenômeno guerra é, antes de tudo, entender aspectos isolados, os quais apresentam soluções particulares, que precisam ser tratadas de maneira única.

Referências

ARON, Raymond. **Paz e guerra entre as nações**; Prefácio de Antonio Paim; Trad. Sérgio Bath (1 a. edição) Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

CASTRO, Rafael Dias de. **As reflexões de Sigmund Freud Sobre a guerra e a morte (1914-1915)**. Mal-Estar e Sociedade - Ano III - n. 5 - Barbacena - Novembro, 2010 - p. 93-113.

CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da Guerra**; tradução de CMG (RRm) Luiz Carlos Nascimento e Silva do Valle. [S.l.: s.n]; [1984?] Paginação irregular.

EKSTEINS, Modris **A sacração da primavera**: a grande guerra e o nascimento da era moderna; tradução de Rosaura Eichenberg. — Rio de Janeiro: Rocco, 1991.

FREUD, Sigmund. **Escritos sobre a Guerra e a Morte**. Trad. Artur Morão. Coleção: Textos Clássicos de Filosofia. Covilhã, Universidade da Beira Interior, 2009.

KEEGAN, John. **Uma história da guerra**. Trad. Pedro Maia Soares. Coleção Companhia de Bolso. São Paulo: Schwarcz S.A, 2006. Não paginado.

KRISTEVA, Julia. **Estrangeiros para nós mesmos**; tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. — Rio de Janeiro: Rocco, 1994

LEGIÃO URBANA. **A Canção do Senhor da Guerra**. EMI: 1992. (4:57 min.).Disponível em: <https://g.com/kgs/uFmkwx>. Acesso em: 03 mai. 2019.

MAGNOLI, Demétrio. **História das guerras**, organizador. 3. ed. São Paulo : Contexto, 2006.

PESSOA, Fernando. A guerra. In: **Poemas Inconjuntos**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=15725. Acesso em: 23 mai. 2019.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político/Teoria do Partisan**. Coord. e superv. Luiz Moreira. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

SEVCENKO, N. **A corrida para o século XXI** . No loop da montanha russa. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

TZU, Sun. **A arte da guerra**; tradução de Sueli Barros Cassal. -- Porto Alegre: L&PM, 2006. Paginação irregular.

UM DIÁLOGO ENTRE EINSTEIN E FREUD: por que a guerra?/ apresentação de Deisy de Freitas Lima Ventura, Ricardo Antônio Silva Seitenfus . Santa Maria: FADISMA, 2005.

**Contribuição sindical após a reforma trabalhista:
os impactos das alterações trazidas pela
Lei nº13.467 de 2017 à subsistência dos
sindicatos de trabalhadores em Imperatriz- MA**

*Ítalo Gabriel Rodrigues Santana*¹

*Tâmara Matias Guimarães*²

1 Introdução

A conquista de direitos trabalhistas desenrola-se na história do nosso país através de um movimento popular combativo e articulado. Inicialmente o movimento sindical representou de fato uma instituição de enfrentamento ao modelo vigente de economia liberal, mesmo representando os interesses corporativistas de algumas classes de trabalhadores.

A época das primeiras manifestações de entidades de classe, o nosso país vivia um regime econômico liberal. De acordo com Bobbio³, a história do liberalismo está ligada a história da democracia sendo difícil harmonizar o que são características da democracia e o que é liberal nas formas de Estados Democráticos.

¹ Graduado em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão. Assistente Jurídico em Escritório com atuação em ações trabalhistas e direito do servidor público municipal.

² Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pela UDF. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. É advogada e professora universitária na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA e na FACIMP em Imperatriz - MA.

³ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I. Brasília:** Editora Universidade de Brasília. 1ª ed., 1998.

No Brasil, os ideais liberais se manifestaram consoante a emancipação de Portugal. Não havia uma política de intervenção estatal na economia posto que o mercado deveria auto regular-se sem qualquer limitação de seus poderes. Sendo assim, garantir direitos trabalhistas significava uma influência do Estado na economia, logo, não se falavam em garantias mínimas para existência de um labor justo e respeitoso quanto a direitos universais.

Assim os sindicatos iniciam sua articulação por meio de greves, paralisações e articulações políticas a fim de pressionar o governo a proceder com garantias já presentes em outros países. Em determinado momento, com o surgimento da Justiça do Trabalho, houve enfraquecimento da força sindical e consequente instituição da contribuição sindical obrigatória.

Correspondente a um dia de trabalho do empregado, em 1940 um Decreto-lei permite o desconto em folha de pagamento do obreiro para que houvesse custeio das atividades realizadas pelas entidades. Após 77 anos sendo aplicada e integralizando a estrutura da organização sindical, com a vigência da Lei 13.467 de 11 de novembro de 2017, a referida contribuição foi extinta. No ano seguinte, em março de 2018, os sindicatos já estariam sem a sua maior fonte de custeio.

Neste contexto que o presente trabalho se insere. O objetivo geral será destacar a partir de relatos de representantes sindicais da cidade de Imperatriz-MA, quais os impactos dessa ruptura em sua organização. Especificamente, levantaremos impressões sobre como os sindicatos agiram para atrair novos sindicalizados após as mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista e se houve enfraquecimento da força sindical decorrente desse esvaziamento de receita.

2 Modalidades de contribuição sindical

O imposto sindical passou a vigorar na legislação pátria em 1940, com o Decreto-lei nº 2.377. Todavia, em 1966, o Decreto-lei nº 27 deter-

mina que o referido instituto passe à denominação de “contribuição sindical”, a fim de evitar confusão com o Sistema Tributário Nacional.

A legislação trabalhista menciona contribuições dos trabalhadores devidas às respectivas entidades. Para melhor entendimento, adotaremos a divisão proposta por Delgado⁴, sendo ela em contribuição sindical obrigatória, contribuição confederativa, contribuição assistencial e mensalidade dos associados.

2.1 Contribuição Sindical Obrigatória

De acordo com Delgado⁵ (2017, p. 1529), esta “é a mais controversa, do ponto de vista político-ideológico”. Antes da Reforma Trabalhista (Lei nº13.467/17), era regulada pela CLT nos artigos 545, 578, 579, 582; 583; 587 e 602, além dos revogados art. 601 e 604. Corresponhia ao desconto de um dia trabalho, no mês de março, direto da folha de pagamento do obreiro. Igualmente, os trabalhadores não-sindicalizados também estavam sujeitos à contribuição.

Quanto à destinação e divisão dos valores, Cairo Junior⁶ aduz que ela acontecia “entre a central sindical, a confederação, a federação, o sindicato e a Conta Especial Emprego e Salário”. Na seara tributária, este se enquadraria como tributação vinculada em virtude de ser expressa em lei a sua finalidade. O artigo 592 indica, dentre outros objetivos, a aplicação em assistência técnica e jurídica ou prevenção de acidente de trabalho, por exemplo.

De acordo com crítica de diversos autores, a modalidade obrigatória de contribuição caracteriza um dos obstáculos ao reconhecimento da plena liberdade sindical. Ora, se o pagamento é devido independente de ser ou não sindicalizado, “não é compatível com o princípio de que os

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev., ampl. São Paulo: LTr. 2017.

⁵ *Ibidem.*, 2017, p. 1529.

⁶ CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvim, 2017. p. 1192.

trabalhadores devem ter o direito de filiar-se às organizações que estimarem convenientes”⁷.

Delgado⁸ contribui para o debate alegando:

(...) a receita tem indisfarçável matiz para-fiscal. Com isso, atrai severas críticas quanto à agressão que propiciaria aos princípios da liberdade associativa e da autonomia dos sindicatos. Entretanto, contraditoriamente, sua manutenção na ordem jurídica foi autorizada pelo Texto Máximo de 1988 (art. 8º, IV, in fine: “independentemente da contribuição prevista em lei”) — embora a regra constitucional não impeça a revogação dos preceitos legais instituídos da verba.

Para uma devida liberdade sindical individual, seria necessária a possibilidade de não contribuição, que, à época, não era prevista na legislação. É importante ressaltar que a devida modalidade era um dos resquícios do modelo corporativista de sindicalização controlado pelo Estado no Governo Vargas.

2.2 Contribuição Confederativa

Com previsão no texto constitucional de 1988, o art. 8º, IV, afirma que a assembleia sindical poderá fixar contribuição, descontada em folha de pagamento, para custear o sistema confederativo da respectiva representação sindical. Para melhor entendimento, explicaremos o que é e como se constitui uma confederação.

Pela leitura do caput do art. 535 da CLT, “as Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República.”⁹. Um dos objetivos das confederações é “coordenar as federações e sindicatos do seu setor. Exemplo: Confederação Nacional da

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1022.

⁸ Op. cit., 2017, p. 1530.

⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

Indústria”¹⁰. Em suma, as confederações possuem maior poder de presença nas negociações coletivas devido à sua amplitude de representação.

É entendimento consolidado que a contribuição confederativa é devida apenas aos trabalhadores sindicalizados, não sendo possível recolhê-la dos demais obreiros. Nesse íterim, temos a Súmula nº 666 do STF que declara ser “a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”¹¹. Do mesmo modo, há Precedente Normativo do TST sobre o tema, conforme transcrito:

Nº 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS - (mantido) - DEJT divulgado em 25.08.2014

"A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. **É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoração ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados.** Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados" (grifo nosso)¹².

A presente modalidade de contribuição é fixada em assembleia geral do sindicato, passando a ter aplicação a todos os sindicalizados, inclusive aqueles que se posicionaram contra a sua aplicação. Outrossim, Correia¹³ declara que aos não sindicalizados cabe direito de oposição ao recolhimento pela justificativa de que não participaram da assembleia que decidiu sobre a implementação.

¹⁰ CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho para os Concursos de Analista do TRT e MPU**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvím, 2018. p. 1295.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula nº 666. In: **Aplicação das Súmulas no STF**. Website do STF. Diário da Justiça de 13 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1642>. Acesso em: 12 abr. 2019.

¹² BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Precedente Normativo Nº 119 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos (SDC)**. DEJT divulgado em 25 de agosto de 2014. Contribuições Sindicais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119. Acesso em: 12 abr. 2019

¹³ Ibidem., 2018. p. 1288.

Nota-se que tal modalidade de contribuição é mais restrita, diferente da contribuição obrigatória que se estendia a trabalhadores não sindicalizados.

2.3 Contribuição Assistencial

A previsão legislativa da contribuição assistencial é infraconstitucional, sendo mencionada no art. 513, alínea “e”, da CLT. Delgado¹⁴ expõe que corresponde “a recolhimento aprovado por convenção ou acordo coletivo, normalmente para desconto em folha de pagamento em uma ou poucas mais parcelas ao longo do ano”. Existem outras denominações de acordo com o autor, dentre elas “taxa de reforço sindical”, “contribuição de fortalecimento sindical” ou “cota de solidariedade”.

A aludida prestação surge com o intuito de compensar os custos relacionados a conquistas em negociações coletivas ou êxito em condições mais benéficas aos trabalhadores. Diferente da contribuição obrigatória, somente será cobrada do membro do sindicato. Entretanto, há outros posicionamentos no judiciário quanto ao sujeito ao qual recai a contribuição.

O já mencionado Precedente Normativo nº 119 do TST reforça que será indevida a cobrança deste encargo sobre não sindicalizados, cabendo a estes o direito de oposição. No ano de 2017, o STF reafirma o entendimento de cabimento da cobrança apenas ao sindicalizados (Recurso Extraordinário com Agravo 018.459/PR - Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 23/02/2017), contudo, em recente decisão sumular, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região confirma posicionamento contrário:

Súmula nº 86 - CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. DESCONTOS. NÃO FILIADO. A contribuição assistencial prevista em acordo, convenção coletiva

¹⁴ Ibidem., 2017. p. 1530.

ou sentença normativa é devida por todos os integrantes da categoria, sejam eles associados ou não do sindicato respectivo¹⁵.

O argumento é o de que todos os trabalhadores serão beneficiados pelas conquistas obtidas por aquele sindicato que representou o interesse da classe, logo, nada mais justo que todos os empregados (filiados e não filiados) contribuam para manutenção do ente sindical. Dentre os votos unânimes no Acórdão que originou a referida súmula do TRT 4, temos o do desembargador André Reverbel Fernandes que assinala:

Entendo ser devida a contribuição assistencial tanto em relação aos associados como aos não associados ao sindicato. Isso porque, de acordo com o disposto no art. 513, 'e', da CLT, é prerrogativa do Sindicato impor contribuições a todos aqueles que participem da categoria por ele representada. Além disso, as normas coletivas estabelecem regras que alcançam a todos da categoria, contribuindo para a elevação e a melhoria das condições de trabalho, não sendo razoável que os beneficiados deixem de contribuir com a entidade que, em última análise, representou sua vontade¹⁶.

Mesmo diante de posicionamento contrário e tendente a ser reproduzido em outros tribunais, o entendimento majoritário permanece em não haver validade de cláusula que obrigue o empregado não sindicalizado à contribuição assistencial.

2.4 Mensalidade Associativa

Por fim, a mensalidade associativa se afigura àquelas pagas a qualquer modalidade de associação. São voluntárias, com o objetivo de custear atividades recreativas ou assistenciais dos sindicatos, como clu-

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Súmula nº 86 do TRT 4. **Resolução Administrativa nº 13/2016**. Rio Grande do Sul: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 2016. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/sumulas>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão 0002993-58.2015.5.04.0000**. Relator: Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa. Porto Alegre, 20 de maio de 2016. Disponível em: [iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa_jurisp_acordao.baixar?c=56365610&f=pdf](https://www.trt4.jus.br/gsa/gsa_jurisp_acordao.baixar?c=56365610&f=pdf). Acesso em: 12 abr. 2019.

bes, serviços desportivos, assistência médica, dentre outros. Pelo seu caráter, cabe apenas aos sindicalizados e está prevista no artigo 548, alínea “b” da CLT¹⁷.

3 Lei 13.467 de 2017 e a extinção da contribuição obrigatória

Os projetos de alteração das legislações trabalhistas permaneceram latentes nas demais conjunturas de governos. Podemos mencionar, por exemplo, o Projeto de Emenda Constitucional nº 300 de 2016, proposto pelo deputado Mauro Lopes do PMDB/MG, que reúne alterações sensíveis no artigo 7º da Constituição.

Atualmente, a mais sensível alteração dos direitos trabalhistas aconteceu com a Lei 13.467 de 2017¹⁸. Foi fortemente criticada pelos mais diversos estudiosos das áreas trabalhistas, doutrinadores, juízes, sociedade civil organizada, enfim, todos os afetados, direta ou indiretamente, pela mencionada lei.

Conforme Delgado e Delgado¹⁹, o texto apresenta um distanciamento do que representa a Constituição Federal de 1988 e sua proteção ao trabalhador, seja quanto a direitos coletivos, individuais ou até mesmo quanto ao devido processo legal trabalhista. No tocante aos direitos individuais do trabalho, há desregulamentação e flexibilização, como no caso dos contratos intermitentes, que agora constituem uma das formas de pacto trabalhista no arcabouço legislativo.

Consoante ao que expõe Delgado e Delgado²⁰, a extinção da contribuição obrigatória de maneira abrupta, sem um processo de transição para a modalidade compulsória, torna difícil o processo de adaptação. As

¹⁷ BRASIL., op. cit. 1943.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹⁹ DELGADO, Gabriela Neve; DELGADO, Maurício Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: Com Comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

²⁰ Ibidem.

alterações aconteceram nos artigos 545, caput; 578; 579; 582, caput; 583; 587 e 602 da CLT, que demonstraremos a seguir.

Quanto à modificação trazida no artigo 545, da CLT, o texto prévio tratava da contribuição já supracitada. A mesma correspondia a um dia de trabalho descontado da folha de pagamento do empregado, sem a necessidade de seu consentimento, a fim de ser repassado ao sindicato que o representava independente de associação. Com a nova Lei 13.467 de 2017, para que haja desconto, necessário se faz a devida autorização do trabalhador. O artigo 578 e 579 reforçam o imperativo de outorga do trabalhador para que haja o devido desconto²¹.

Ainda a respeito das mudanças, os artigos 582, 583 e 602 confirmam a necessidade de autorização prévia do empregado para que o desconto seja efetuado em sua folha de pagamento. Desta forma, a partir da vigência da referida lei, que ocorreu no dia 11 de novembro de 2017, os sindicatos não receberiam mais compulsoriamente o pagamento devido em maio do ano seguinte.

Portanto, concordando com o que Severo expõe, a contribuição sindical foi uma imposição do sistema jus trabalhista para que este mantivesse sua estrutura de assistência ao empregado e luta em defesa da classe, extinguir essa modalidade sem um processo mínimo de transição funcionaria claramente como um “ataque visceral e perverso à organização coletiva das trabalhadoras e dos trabalhadores”²².

3 Medida provisória nº 873 de 2019

O corrente ano de 2019 também proporcionou novas mudanças à modalidade de contribuição dos sindicatos. A mais sensível se trata da Medida Provisória nº 873 de 2019 que, de acordo com Julio Turra, dire-

²¹ BRASIL. Lei no 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

²² SEVERO, Valdete Souto. **Fim da contribuição sindical é Cavalo de Troia para trabalhadores, em 8 de março de 2019**. São Paulo: Carta Capital. Disponível em: <https://dev.cartacapital.com.br/opiniao/fim-da-contribuicao-sindical-e-cavalo-de-troia-para-trabalhadores/>. Acesso em: 23 abr. 2019

tor executivo da CUT, acontece quando os “sindicatos combatem o desmonte da Previdência, o governo reafirma sua vontade de asfixiá-los financeiramente para impedir a luta”²³.

A referida medida altera como as contribuições sindicais serão realizadas, cobradas ou pagas. Os artigos 545, 578, 579-A e 582 foram modificados, sem macular a intenção de restringir e impedir a arrecadação das entidades sindicais. Em suma, as verbas de custeio às entidades sindicais só poderão ser pagas se antecedidas de autorização pessoal e prévia pelo empregado, ainda que previstas no estatuto da entidade ou em acordos e convenções²⁴.

O artigo 545 passa a instruir que, no que tange às mensalidades ou contribuições facultativas, os valores serão recolhidos e cobrados na forma do artigo 578 e 579. Estes, respectivamente, tratam do caráter prévio, voluntário, individual e expresso da taxa, bem como a necessidade de autorização expressa e por escrito sem qualquer possibilidade de substituição, inclusive sendo nula qualquer cláusula de acordo coletivo que verse sobre o assunto.

Quando tratamos do texto anterior, havia uma certa colaboração dos empregadores com os sindicatos. De acordo com Menezes, Ebert e Torelly “havia, em relação às contribuições espontâneas ou facultativas dos empregados, uma correspondente obrigação dos empregadores de as descontarem na folha de pagamento mensal, uma vez notificados pelo sindicato de trabalhadores”²⁵. Ora, se a medida provisória se tornar lei, não há mais obrigação de contribuição dos empregadores, posto que agora os pagamentos são feitos via boleto bancário.

²³ MUNIZ, Marize. **Novo decreto de Bolsonaro ataca mensalidades sindicais, em 22 de março de 2019**. São Paulo: CUT – Central Única dos Trabalhadores. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/novo-decreto-de-bolsonaro-ataca-mensalidades-sindicais-9824>. Acesso em: 23 abr. 2019

²⁴ BRASIL. **Medida Provisória nº 873, de 1º de março de 2019**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm. Acesso em: 23 mar. 2019.

²⁵ MENEZES, Mauro de Azevedo; EBERT, Paulo Robert Lemgruber Ebert; TORELLY, Rodrigo Peres. **A Medida Provisória nº 873/2019 e sua Grosseira afronta à Liberdade e Autonomia Sindicais Garantidas Pela Constituição**. Disponível em: <https://www.mauromenezes.adv.br/a-medida-provisoria-no-873-2019-e-sua-grosseira-afronta-a-liberdade-e-autonomia-sindicais-garantidas-pela-constituicao/>. Acesso em: 10 mai. 2019.

Cabe ainda ressaltar que a medida de cobrança causa verdadeiro empecilho da organização sindical. De acordo com Menezes, Ebert e Torrelly “em vez de favorecer o engajamento dos trabalhadores na atividade sindical, na verdade os afasta, criando barreiras à defesa dos seus direitos e interesses e desequilibrando as relações coletivas de trabalho no país”²⁶.

Liberdade sindical não é apenas a possibilidade de filiar-se ou não, antes disso, é indispensável que possam os empregados e sindicatos se organizarem para as reivindicações coletivas. Suprimir as condições mínimas para manutenção e existência dos sindicatos é atentar contra o princípio da autonomia sindical, descrito no artigo 8º, inciso I da Constituição de 1988, que veda a intervenção e interferência do Poder Público na organização sindical.

4 Reflexos das modificações quanto ao custeio sindical em Imperatriz – Maranhão

Conforme já evidenciado em todo o arcabouço teórico deste trabalho, a existência do movimento sindical passa por quatro níveis: no primeiro temos as organizações mutualistas, no segundo temos as conquistas corporativistas decorrente de greves, na terceira temos a regulamentação e consequente subserviência das entidades ao Estado, na quarta e última temos os desmontes repentinos da estrutura de custeio sindical.

A Lei 13.467 de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, ministrou mudanças sensíveis aos direitos dos trabalhadores, sejam eles individuais ou coletivos. Contudo, a mudança mais radical abarcou a capacidade de negociação dos sindicatos e suas formas de custeio. Extinguir a contribuição obrigatória, sem um debate amplo ou, até mesmo, sem a possibilidade de período de transição ou adaptação, são características do texto legal que evidenciam o intuito em surpreender a entidades sindicais, forçando-as a um colapso estrutural.

²⁶ Ibidem.

Neste capítulo será abordada a pesquisa de campo realizada para conclusão deste trabalho. Em primeira instância, serão apontados os caminhos metodológicos traçados, a fim de evidenciar o viés científico do referido estudo, demonstrando sua seriedade e possibilidade de reprodução por outros pesquisadores que se propuserem a seguir estes passos.

Cabe salientar que, partindo do princípio da liberdade sindical, cada sindicato tem o poder de autorregulamentação. Portanto, as consequências da extinção de contribuição obrigatória afetaram de forma diferente cada sindicato, motivo pelo qual optou-se pela técnica da entrevista com os representantes das entidades.

Logo após as definições metodológicas, um levantamento foi executado para quantificar os sindicatos devidamente cadastrados na Secretaria do Trabalho e Emprego da Unidade/Gerência de Imperatriz. De posse da lista de sindicatos, iniciou-se a localização dos endereços fornecidos, bem como telefones de contato disponibilizados.

Em posse dos resultados obtidos, realizou-se uma análise buscando evidenciar: a) os impactos na receita dos sindicatos após a reforma trabalhistas; b) maneiras de atrair novos sindicalizados; c) consequências na capacidade de articulação dos sindicatos; d) perspectivas para o futuro da vida sindical no país.

a) Procedimento Metodológico

Em se tratando de processos metodológicos, necessário se faz pormenorizar as características dessa pesquisa, através da ordem cronológica da supracitada execução. Do ponto de vista dos seus objetivos, a pesquisa é descritiva, visto que ela “observa, registra, analisa e ordena dados, sem manipulá-los, isto é, sem interferência do pesquisador”²⁷.

Para que sejam delimitadas as formas de apuração de dados, é necessário antes de qualquer passo realizar o levantamento bibliográfico. A

²⁷ PRODANOV, Cleber Cristiano. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

fim de traçar um panorama do que já fora produzido nessa linha, utilizamos a plataforma de pesquisa *Scielo*, *Google Acadêmico* e *Repositório das Faculdades de Direito*.

Ao tratar-se especificamente de opção metodológica das Ciências Sociais aplicada à Ciência Jurídica, utiliza-se o tipo genérico histórico-jurídico. É através dele que será analisada a evolução de determinado instituto jurídico. De acordo com Gustin, nos fenômenos históricos:

Não existem tempos lineares e sucessivos. (...) as fontes históricas devem ser formativas e não só informativas para o investigador, ou seja, elas formam espaços de compreensão que extrapolam a informação puramente oficial ou formal. Deve haver, sempre, a preocupação com uma história compreensiva que incorpore as contradições entre fenômenos, os recalcamientos sociais provocados pelas várias formas de opressão²⁸.

A abordagem histórica utilizada permeia a não linearidade dos diversos fatos que influenciaram na construção do modelo sindical que perpetua até hoje. São legislações, não analisadas de maneira restritiva, mas sim incluídas em um contexto social e político que determinou sua aplicação e evolução.

Como o intuito é apontar as formas de reorganização sindical após as mudanças legislativas quanto custeio das entidades de classe, é indispensável a utilização de técnicas padronizadas de coleta de dados, portanto, adota-se a pesquisa descritiva neste trabalho acadêmico. Pelo que exprime Gil, este nível tem como objetivo principal “a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre as variáveis”²⁹.

Quanto aos procedimentos técnicos, a modalidade descritiva pressupõe a utilização de gêneros determinados. Utiliza-se a pesquisa de campo para buscar a comprovação das hipóteses ou descobrir novos

²⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

²⁹ GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999

fenômenos para análise. Quanto à coleta de dados, aplica-se a entrevista como meio de observação.

Pelo que expõe Marconi e Lakatos “alguns autores consideram a entrevista como instrumento por excelência da investigação social”³⁰. Existem dois tipos de entrevistas, a padronizada ou estruturada e a despadronizada ou não estruturada. Opta-se pela primeira modalidade com um roteiro previamente elaborado consistindo em nove perguntas subjetivas.

Traçados os objetivos e técnicas para efetivação da pesquisa, instituiu-se a sistematização do procedimento. Após o levantamento bibliográfico consolidado, no dia 03 de maio de 2019, por meio da Secretaria do Trabalho e Emprego da Unidade/Gerência de Imperatriz, foram disponibilizadas a quantidade de sindicatos existentes na cidade. Ao todo são vinte e cinco sindicatos registrados, destes, doze foram selecionados com o intuito de perceber em torno de 50% do total.

Após listados os doze, iniciaram-se as diligências. Todavia, cinco deles restaram incontactáveis, seja por meio do número de telefone disponibilizado, seja pelo endereço de suas respectivas sedes, onde nada encontrou-se a respeito da existência das entidades.

Restaram assim, dos doze sindicatos listados, sete com os quais concluiu-se as entrevistas. Todos os encontros foram gravados em celular para que fosse feita uma fiel análise dos resultados obtidos. Os sindicatos entrevistados foram:

- 1 - SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS CONTÁBEIS DE IMPERATRIZ E REGIÃO – SINTEC;
- 2 - SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DA REGIÃO TOCANTINA;
- 3 - SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DE IMPERATRIZ-MA;
- 4 - SINDICATO DOS TRABALHADORES EM SERVIÇO DE SAÚDE DA REGIÃO TOCANTINA;
- 5 - SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDUSTRIAS DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE IMPERATRIZ-MA;

³⁰ MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. 3. Ed. São Paulo:Atlas, 2010.

6 – SINDICATO DOS URBANITÁRIOS DO MARANHÃO;

7 – SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO HOTELEIRO E SIMILARES NO MUNICÍPIO DE IMPERATRIZ-MA.

É importante destacar também que não será anexado todo o conteúdo obtido. Exploraremos apenas os pontos mais importantes para resolução das proposições supracitadas, bem como citaremos os fenômenos emergentes que a modalidade entrevista pode despertar em sua execução.

b) Sindicatos Entrevistados e Resultados Obtidos

Para melhor entendimento, a análise dos resultados será dividida em três etapas. Primeiramente, serão indicados pontos similares das entrevistas de cada representante sindical, logo em seguida, agruparemos em bloco conforme características comuns dos sindicatos. Por último, serão tecidos comentários quanto ao futuro dos sindicatos e quanto à visão de casa dirigente entrevistado.

Um dos pontos mais evidentes nas entrevistas são as críticas à Medida Provisória 873/2019. Nenhum dos sindicatos posicionou-se de maneira neutra ou esperançosa quanto a ela. Lindalva, representante do Sindicato dos Hoteleiros, afirma que a medida “é o tiro de misericórdia”. Aurivan Silva Araujo, do Sindicato dos Empregados no Comércio de Imperatriz-MA, afirma que se torna inviável uma comunicação com os trabalhadores da sua base sindical para catalogar endereço, solicitar sua autorização e emitir os boletos para pagamento³¹.

Já Maria Almeida Varão, presidente do Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas Contábeis de Imperatriz e Região, aponta a dificuldade quanto à emissão dos boletos e devida cobrança aos sindicalizados³².

³¹ ARAUJO, Aurivan Silva. Secretária geral do Sindicato dos Empregados no Comércio de Imperatriz-MA. **Entrevista concedida a Italo Gabriel Rodrigues Santana em 08 de maio de 2019.**

³² VARÃO, Maria Almeida. Presidente do Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas Contábeis de Imperatriz e Região. **Entrevista concedida a Italo Gabriel Rodrigues Santana em 08 de maio de 2019.**

Superados os apontamentos quanto ao único ponto convergente nas entrevistas, é necessário fazer um novo agrupamento. Analisando os resultados, é possível identificar um padrão nos sindicatos que sofreram menos impactos com a vigência da Reforma Trabalhista (Lei 13.467.2017).

Entidades de classe com base de sindicalizados ativa, solidificada e participativa, conseguiram atenuar e mitigar impactos da Reforma Trabalhista. Assim, propomos um agrupamento onde: Grupo A corresponde a sindicatos com base sindical e categoria mais consolidadas; Grupo B corresponde a sindicatos com bases não solidificadas ou rotativas. Ficam, portanto, agrupados:

Grupo A: Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas Contábeis de Imperatriz e Região (SINTEC); Sindicato dos Empregados em Empresas de Segurança e Vigilância da Região Tocantina (SindVigilancia) e Sindicato dos Trabalhadores em Serviço de Saúde da Região Tocantina (SindSaude);

Grupo B: Sindicato dos Empregados no Comércio de Imperatriz-Ma; Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Civil de Imperatriz-Ma; Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares no Município de Imperatriz-MA.

O Sindicato dos Urbanitários do Maranhão (STIU-MA) será analisado de maneira suplementar, posto que as respostas obtidas pelo representando comportaram um viés mais amplo, político e não específico da situação de sua entidade, todavia, os apontamentos feitos pelo dirigente revelam um outro fenômeno. O Sindicato dos Trabalhadores em Serviço de Saúde da Região Tocantina (SindSaude) além de ser incluído no Grupo A, também será analisado de maneira apartada posto a ser o único que em entrevista abordou aspectos da pejotização e terceirização.

Inicia-se a análise com o primeiro grupo destacando características importantes que justificarão a existência desse conjunto. Utilizaremos as siglas para nos referir aos sindicatos em questão.

i. Grupo A: uma base expressiva faz toda a diferença

Com o intuito de delimitar os conceitos de teoria de classe marxista, Market produz uma análise eficiente quanto à temática apontada pelo sociólogo. Desde o surgimento da obra “O Capital”, de Karl Marx, fomos apresentados à teoria da luta de classes. De acordo com ela, a sociedade evolui e se reorganiza pelo conflito entre a classe social que controla os meios de produção e a classe trabalhadora que fornece a mão de obra. Neste ínterim, a classe trabalhadora possui poderes para tomar os meios de produção e não mais se submeter à exploração da burguesia (que controla esses meios)³³.

Todavia, para que haja a tomada e devida justiça na organização dos lucros decorrentes da utilização da mão de obra do trabalhador, é preciso que haja organização das entidades e *consciência de classe*. Pelo que expõe Market, o termo designa a compreensão que as classes possuem de suas fragilidades e potencialidades³⁴. Geralmente, o termo está mais associado à classe trabalhadora, pois compreende que, somente unindo a classe, seria possível efetivar a ação política que transformaria a organização social vigente a seu favor³⁵.

Não obstante, ao tratarmos de sindicalismo e base sindical, é impossível não mencionar os termos supracitados. De acordo com Marx, os trabalhadores deveriam auto organizar-se para alcançar a devida emancipação, sem interferência de organismos exteriores distantes da classe trabalhadora. A priori, o movimento sindical representa essa tomada de consciência, tendo como a maior expressão de sua atuação as greves gerais que já foram mencionadas nesse trabalho.

³³ MARKERT, Werner. **Trabalho e consciência**: mudanças na sociedade do trabalho e a reconstrução da teoria de classe. Tempo soc. São Paulo, v.14, n.2, p.19-36, out. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-20702002000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 mai. 2019.

³⁴ MARKET. op. cit.

³⁵ MARKET. op. cit.

Partindo desses conceitos de unificação da consciência dos trabalhadores, analisaremos os sindicatos entrevistados e como tais características contribuem fortemente para a efetivação de suas conquistas. Serão utilizados os pontos já mencionados anteriormente nos Procedimentos Metodológicos:

(1) Os impactos na receita dos sindicatos após a reforma trabalhistas:

Os representantes do SINTEC, SINDVIGILANCIA e o SINDSAUDE alegaram em entrevista que não sofreram com a extinção da contribuição obrigatória. A presidente do SINTEC declarou que a reforma em si não desestabilizou o sindicato:

[...] essa lei deixou esse respaldo da convenção coletiva superar o legislado, então uma convenção coletiva bem celebrada... A gente trabalhava bem na convenção e conquistava os associados. Na nossa convenção eu não coloquei nenhuma contribuição obrigatória, porque vários sindicatos colocaram, é tudo facultativo, porque pra mim é mais importante ter sócios, mensalmente participando [...]"³⁶.

Já o presidente do SINDVIGILANCIA enfrentou a reforma trabalhista por outro viés. Assim que a Lei 13.467/2017 foi aprovada, o mesmo convocou assembleia, tendo participação expressiva de associados e não associados, para que todos deliberassem após apresentadas despesas do sindicato, para que não fosse cobrado nenhum valor a mais ou a menos. Sobre este aspecto o dirigente exprime: “[...] na ocasião foi aprovado a elevação do percentual do salário base de três para três e meio por cento [...] então hoje não estamos recebendo nenhum real da contribuição sindical [...] estamos trabalhando meramente com a mensalidade sindical”³⁷.

³⁶ VARÃO, op. cit.

³⁷ COSTA, Jonas Rodrigues. Presidente do Sindicato dos Empregados em Empresas de Segurança e Vigilância da Região Tocantina. **Entrevista concedida a Ítalo Gabriel Rodrigues Santana em 08 de maio de 2019.**

Por sua vez, a representante do SINDSAUDE atribui uma conscientização prévia quanto à extinção da obrigatoriedade da contribuição. Essa suposta previsão decorria da Federação ou Confederação à qual o sindicato está vinculado, posto que, com a mudança no cenário político, já apontavam para o fim dessas estruturas de custeio na modalidade obrigatória de contribuição sindical³⁸.

É importante ressaltar também que os sindicatos supracitados se utilizam bem das Convenções Coletivas para, além do fortalecimento dos direitos da classe, especificar as maneiras de custeio de seus sindicatos. É que desde a Reforma Trabalhista, o artigo 611-A da CLT evidenciou a possibilidade de o negociado prevalecer sobre o legislado. O artigo em questão ensejou diversas críticas quanto à sua aplicação, entretanto, conforme pudemos observar, tem sido utilizado como instrumento eficaz pelos sindicatos.

(2) Maneiras de atrair novos sindicalizados

Após as modificações trazidas pela Lei 13.467/2017, muito se fala em novas formas de atrair sindicalizados para uma associação efetiva. Além da prestação de assistência continuada dos sindicatos quanto a direitos trabalhistas, outra característica importante é a contraprestação de serviços. É que mesmo com uma base solidificada, o sindicalizado teria de perceber um retorno além da luta travada contra o empregador na defesa dos direitos da classe.

O SINDVIGILANCIA, por exemplo, oferece convênio de saúde em uma clínica em parceria com o Município de Imperatriz e demais sindicatos que diminui valores de consultas a seus associados. Outro convênio disponibiliza atendimento odontológico ao mensalista da entidade e seus familiares³⁹.

³⁸ ALVES, Francineide Pereira. Diretora do Sindicato dos Trabalhadores em Serviço de Saúde da Região Tocantina. **Entrevista concedida a Italo Gabriel Rodrigues Santana em 10 de maio de 2019.**

³⁹ COSTA., op. cit.

O SINTEC proporciona uma contraprestação diferenciada. Primeiramente, a presidente utiliza do contato que tem com empresas do setor para indicar contadores desempregados e, ainda, oferecer aos recém-formados, a possibilidade de estágio na área. Além do mencionado, a presidente, em sua palavra, cita: “clube de lazer credenciado, desconto nas faculdades, cursos na sede do sindicato, na área contábil, todo mês tem curso, curso de inglês aos sábados”⁴⁰.

No caso do SINDSAUDE, os serviços são parecidos. Além de possuir uma sede própria para lazer em município próximo, oferecem os serviços jurídicos para manutenção de direitos, bem como desconto em ações não relacionadas à dinâmica trabalhista; a representante alega que são oferecidos aos associados.⁴¹

Assim, alguns sindicatos proporcionam serviços dos mais abrangentes para complementar a função social de sua existência para além da representação prestada em direitos trabalhistas.

ii. Grupo B: falta de articulação implica em fragilização

Para além a visão de classe marxista, há um novo desdobramento delineando-se. De acordo com Antunes, o conceito de classe-que-vive-do-trabalho seria correspondente à atualidade no mercado. Pelos novos meios de empregabilidade e até mesmo organização social, “tem sido uma tendência frequente a redução do proletariado industrial, fabril, tradicional, manual, estável e especializado, herdeiro da era da indústria verticalizada”.⁴².

Muitos postos de trabalho são rotativos por sua essência. Geralmente os setores de serviço comportam essa categoria de trabalhadores que, naturalmente, não se integralizam no processo de pertencimento a determinada classe. Hoje estão vendedores de uma loja, amanhã, já

⁴⁰ VARÃO., op. cit.

⁴¹ ALVES., op. cit.

⁴² ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo. 2009. p. 104.

graduados, estão exercendo atividade correspondente à sua graduação. Quando não relacionados a uma graduação acadêmica, estão vendendo sua força de trabalho em outra empresa que necessite.

Por esse viés, agrupamos os seguintes sindicatos que serão analisados: fragilizados após o fim da contribuição sindical obrigatória, ameaçam encerrar suas atividades posto a dificuldade em capitalizar associados e manter suas sedes.

(1) Os impactos na receita dos sindicatos após a reforma trabalhista:

Os representantes do Sindicato do Hoteleiros, Comerciários e da Construção Civil alegaram em suas respectivas entrevistas que sofreram com a extinção da contribuição obrigatória. Ao ser interrogada a respeito da contribuição sindical, a presidente do Sindicato do Hoteleiros, Lindalva de Araújo Paiva afirma que os sindicatos que possuem confederações mais ativas, ainda estão durando, mas por pouco tempo, posto que os empregados da classe que ela representa não entendem, inclusive, qual a função da entidade ou o porquê de sua existência.

O presidente do Sindicato da Construção Civil, Washington Luis Oliveira de Sousa, alega uma quantidade expressiva de inscritos, porém, uma quantidade mínima de associados devido à rotatividade da classe que representa. De acordo com o entrevistado:

Ele tem hoje mais de 2.000 Associados, porém nem todos estão em dias por que o trabalhador da construção civil ele é muito... Como se diz, ele que circula bastante né? Hoje tá trabalhando aqui em Imperatriz amanhã já tá trabalhando em outro estado e assim, mas inscritos nós temos mais de 2.000⁴³.

Já Aurivan Silva Araújo, diretora geral do Sindicato dos Comerciários, em entrevista demonstrou a maior queda de associados em seu

⁴³ SOUSA, Washington Luis Oliveira de. Presidente do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Civil de Imperatriz-MA. **Entrevista concedida a Italo Gabriel Rodrigues Santana em 10 de maio de 2019.**

quadro de sindicalizados. A diretora do sindicato aponta que a característica da rotatividade é tão comum que a cada semestre ela precisa buscar sindicalização dos seus associados nas mesmas empresas, posto que são constantemente modificados⁴⁴.

A base rotativa desses sindicatos, em especial, surge como maior dificuldade de articulação para delimitar as convenções coletivas e respectiva adesão às propostas de luta de classe.

(2) Maneiras de atrair novos sindicalizados

Ainda pela mesma característica do grupo anterior, os sindicatos também buscam contraprestação de serviço como forma de atrair novos sindicalizados para aderir ao quadro de mensalistas. Lindalva do Sindicato do Hoteleiros permanece prestando serviços jurídicos em parceria e tenta fechar parceria com clínica odontológica para prestação de serviço aos associados⁴⁵.

O presidente do Sindicato da Construção Civil, em entrevista, alega que oferece o serviço de assistência jurídica ao sindicalizado, que, em suas palavras, “é primordial porque é onde a gente vem trabalhando todo com a questão do direito trabalhista para aquela questão de ingressar com ação na justiça do trabalho”, além de oferecer também serviços clínicos em parceria com a instituição já citada pelo SINDVIGILANCIA em parceria com o município de Imperatriz⁴⁶.

Já a representante do sindicato dos Comerciantes está analisando proposta para implementação de um plano de saúde como maneira de capitalizar novos sindicalizados⁴⁷.

Para um sindicato com uma base de associados menos sólida, o trabalho será dobrado para tornar atrativa novamente a sindicalização aos

⁴⁴ ARAUJO., op. cit.

⁴⁵ PAIVA, Lindalva de Araújo. Presidente do Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteleiro e Similares no Município de Imperatriz-MA. **Entrevista concedida a Ítalo Gabriel Rodrigues Santana em 10 de maio de 2019**

⁴⁶ SOUSA., op. cit.

⁴⁷ ARAUJO., op. cit.

trabalhadores que atualmente não conseguem verificar uma função específica das entidades sindicais no país e muito menos em suas vidas particulares.

c) O Sindicato dos Urbanitários do Maranhão (STIU-MA)

Optou-se pela análise em separado da entrevista ao dirigente do referido sindicato devido ao modo como se comportou. Ao ser questionado a respeito dos serviços oferecidos pelo sindicato, Arlane de Jesus Lima confirmou a prestação de serviços jurídicos aos sindicalizados, entretanto apresentou outros apontamentos:

[...] quando você fala de serviço eu acho que é importante fazer um parêntese, porque assim, o sindicato ele deve ser visto como instrumento de luta social e me parece que quando a gente entra muito nessa política de servir através de outros serviços que não são vinculados à luta de repente a gente pode estar trazendo o trabalhador para essa organização sindical um pouco desfocado ao ambiente da luta, então a gente tem essa preocupação sabe de não construir um Sindicato assistencialista, onde as pessoas não tenham visão de classe⁴⁸.

Ao ser questionado quanto à diminuição da receita do sindicato, o entrevistado faz uma análise da importância da contribuição sindical para entidades de classes que não possuem uma base sólida, citando inclusive como exemplo o Sindicato dos Comerciantes. Quanto à representatividade da base sindical, o mesmo alega que não seria um problema de intervenção interna, mas sim o próprio sindicato deveria escolher novos dirigentes mais atuantes. Mais à frente o entrevistado expõe em diálogo a possibilidade de fusão de centrais, conforme podemos perceber:

⁴⁸ LIMA, Arlane de Jesus. Presidente do Sindicato dos Urbanitários do Maranhão. **Entrevista concedida a Italo Gabriel Rodrigues Santana em 13 de maio de 2019.**

[...] hoje estamos ficando sem compreensão política, essa grande quantidade centrais, talvez a gente precisa sentar numa mesa fazer uma discussão, amadurecer esses aspectos, se tem colocado essa necessidade, por que existe as centrais que tem suas bases que são os sindicatos, então às vezes a gente quando conversa com outras bases que estão ligadas a outras centrais já existe um pensamento no ar com essa ideia né? Semana passada, nós estávamos em uma reunião com um determinado sindicato aqui no estado do Maranhão que é vinculado a uma outra central e nós estamos fazendo essa conversa em termo de fusão e é uma conversa que ela tem tido muita simpatia por parte de muita gente de dentro dos sindicatos porque tá muito claro e evidente que é necessário para a gente começar a compartilhar alguns recursos para sobreviver em relação a tudo isso⁴⁹.

A proposta de fusão alegada pelo entrevistado já vem sido explorada por algumas entidades no Brasil. Entretanto, sua fala é mais abrangente ao expandir a junção de sindicatos às centrais sindicais à qual estão vinculados. Há muita especulação quanto a essa possibilidade, todavia, não seria surpresa caso acontecesse.

d) Sindicato dos Trabalhadores em Serviço de Saúde da Região Tocantina

Conforme demonstrando anteriormente, as entrevistas possuem a capacidade de revelar fenômenos que não estavam planejados pelo pesquisador, motivo pelo qual abre-se o tópico, para analisar isoladamente a conjuntura de alguns dos sindicatos já expostos em grupo, mas que compreendem características também importantes a serem estudadas e debatidas.

Mesmo com uma base solidificada e uma participação ativa dos seus sindicalizados, Sindicato dos Trabalhadores em Serviço de Saúde da Região Tocantina (SINDSAUDE) enfrenta fenômenos da conjuntura atual de emprego: a pejotização e a terceirização.

⁴⁹ LIMA. Ibidem.

De acordo com Delgado, pejetização é a utilização de um contrato de sociedade voltado para efetivar uma situação civil/comercial ocultando uma relação empregatícia⁵⁰. O empregador contrata um funcionário, mas não pelos moldes celetista, e sim por um contrato cível entre pessoas jurídicas. A consequência, além da simulação, seria a total descaracterização de qualquer direito trabalhista da parte. Já a terceirização, ainda de acordo com Delgado, é a inserção de um terceiro na relação, o prestador de serviços⁵¹. Com isso, a relação agora é tripartite, o obreiro, a empresa terceirizante e a empresa tomadora de serviços.

Ora, seja através da pejetização que descaracteriza o vínculo criando um não pertencimento à classe operária, seja pela terceirização das atividades que proporcionam real afrouxamento da relação entre trabalhador e sindicato. Seus encontros continuam sendo nesta forte tendência de perder sindicalizados por conta dessas novas estruturas no mercado de trabalho⁵².

5 Considerações finais

É cediço que a obrigatoriedade da contribuição sindical implica sempre em limitação da liberdade sindical, que é um princípio basilar do Direito Coletivo do Trabalho. Contudo, mudanças drásticas requerem tempo e períodos de adaptação. Considerando que a Lei 13.467/2017 entrou em vigor no dia 11 de novembro do mesmo ano e que a contribuição sindical obrigatória de 2018 já não seria efetuada como de praxe em março daquele ano, pouquíssimo tempo de adaptação os sindicatos tiveram para se reorganizarem.

Uma proposta interessante foi a do Fórum Nacional do Trabalho, por mais que tenha apresentado vícios em sua representação, consolidou a proposta de fim progressivo da contribuição tributária obrigatória;

⁵⁰ DELGADO. *op. cit.*, 2017.

⁵¹ DELGADO. *Ibidem.* 2017. p.503.

⁵² ALVES., *op. cit.*

mesmo sendo arquivadas suas propostas e raramente citado em diálogos de reestruturação sindical.

É inegável a necessidade de uma reforma na estrutura sindical. Maior autonomia em sua composição, desvinculação total da figura do Estado, maior consciência de classe em direção a seus trabalhadores e ressignificação do seu movimento construtor de parcerias. Em vez de serem tratados com a devida importância, são totalmente desestimulados a permanecer. É o que expõe claramente a Medida Provisória 837/2019, rapidamente promulgada e em data emblemática: próxima às manifestações contra a reforma da previdência. Desarticular a luta sindical é um projeto que beneficia grandes grupos econômicos do Brasil. Ter um conjunto de leis trabalhistas protetivo ao trabalhador não favorece os grandes grupos econômicos.

A luta sindical tem muita importância. Mesmo afugentada, deve resistir para que empregadores e empregados percebam suas funções indispensáveis na sociedade. É para que ninguém seja explorado à custa de um crescimento desigual e irregular. É para que uma classe, tendo plena consciência do seu local e função no mercado de trabalho, possa lutar por mais direitos fundamentais e humanização de sua atividade.

A Reforma Trabalhista não está encerrada. Alguns sindicatos podem fechar diante de rompimento abrupto de sua estrutura. Entretanto, o que deve ser feito é a redescoberta, pelos trabalhadores, de sua capacidade de articulação para que possam reescrever a histórias das lutas sindicais, partindo de um movimento forte, solidário e consciente. Não foi à toa que Marx bradou fortemente: trabalhadores de todo o mundo, uni-vos!

Referências

ALVES, Francineide Pereira. Diretora do Sindicato dos Trabalhadores em Serviço de Saúde da Região Tocantina. **Entrevista concedida a Ítalo Gabriel Rodrigues Santana em 10 de maio de 2019.** Áudios de Entrevistas Disponíveis em: <https://1drv.ms/f/s!ApqOeGhnjCrJgkZnjPmM5IzgQkhh>. Acesso em: 22 mai. 2019

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Boitempo. 2009.

ARAUJO, Aurivan Silva. Secretária geral do Sindicato dos Empregados no Comércio de Imperatriz-MA. **Entrevista concedida a Italo Gabriel Rodrigues Santana em 08 de maio de 2019**. Áudios de Entrevistas Disponíveis em: <https://1drv.ms/f/s!ApqOeGhnjCrJgkZnjPmM5lZgQkhh>. Acesso em: 22 mai. 2019

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1ª ed., 1998.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória nº 873, de 1º de março de 2019**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a contribuição sindical, e revoga dispositivo da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm. Acesso em: 23 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 666**. In: Aplicação das Súmulas no STF. Website do STF. Diário da Justiça de 13 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1642>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. **Precedente Normativo Nº 119 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos (SDC)**. DEJT divulgado em 25 de agosto de 2014. Contribuições Sindicais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119. Acesso em: 12 abr. 2019

CAIRO JUNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvim, 2017.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho para os Concursos de Analista do TRT e MPU**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodvim, 2018.

COSTA, Jonas Rodrigues. Presidente do Sindicato dos Empregados em Empresas de Segurança e Vigilância da Região Tocantina. **Entrevista concedida a Ítalo Gabriel Rodrigues Santana em 08 de maio de 2019**. Áudios de Entrevistas Disponíveis em: <https://1drv.ms/f/s!ApqOeGhnjCrJgkZnjPmM5IzgQkhh>. Acesso em: 22 mai. 2019

DELGADO, Gabriela Neve; DELGADO, Mauricio Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil: Com Comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev., ampl. São Paulo: LTr. 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LIMA, Arlane de Jesus. Presidente do Sindicato dos Urbanitários do Maranhão. **Entrevista concedida a Ítalo Gabriel Rodrigues Santana em 13 de maio de 2019**. Áudios de Entrevistas Disponíveis em: <https://1drv.ms/f/s!ApqOeGhnjCrJgkZnjPmM5IzgQkhh>. Acesso em: 22 mai. 2019.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. 3. Ed. São Paulo:Atlas, 2010.

MARKERT, Werner. **Trabalho e consciência: mudanças na sociedade do trabalho e a reconstrução da teoria de classe**. Tempo soc. São Paulo, v.14, n.2, p.19-36, out. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702002000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 mai. 2019.

MENEZES, Mauro de Azevedo; EBERT, Paulo Robert Lemgruber Ebert; TORELLY, Rodrigo Peres. **A Medida Provisória nº 873/2019 e sua Grosseira Afronta à Liberdade e Autonomia Sindicais Garantidas Pela Constituição**. Disponível em: <https://www.mauromenezes.adv.br/a-medida-provisoria-no-873-2019-e-sua-grosseira-afronta-a-liberdade-e-autonomia-sindicais-garantidas-pela-constituicao/>. Acesso em: 10 mai. 2019.

MUNIZ, Marize. **Novo decreto de Bolsonaro ataca mensalidades sindicais, em 22 de março de 2019**. São Paulo: CUT – Central Única dos Trabalhadores. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/novo-decreto-de-bolsonaro-ataca-mensalidades-sindicais-9824>. Acesso em: 23 abr. 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAIVA, Lindalva de Araújo. Presidente do Sindicato dos Empregados no Comércio Hoteliro e Similares no Município de Imperatriz-MA. **Entrevista concedida a Italo Gabriel Rodrigues Santana em 10 de maio de 2019**. Áudios de Entrevistas Disponíveis em: <https://1drv.ms/f/s!ApqOeGhnjCrJgkZnjPmM5IzgQkhh>. Acesso em: 22 mai. 2019

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão 0002993-58.2015.5.04.0000**. Relator: Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa. Porto Alegre, 20 de maio de 2016. Disponível em: <[iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa_jurisp_acordao.baixar?c=56365610&f=pdf](https://trt4.jus.br/gsa/gsa_jurisp_acordao.baixar?c=56365610&f=pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Súmula nº 86 do TRT 4**. Resolução Administrativa nº 13/2016. Rio Grande do Sul: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 2016. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/sumulas>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

SEVERO, Valdete Souto. **Fim da contribuição sindical é Cavalo de Troia para trabalhadores, em 8 de março de 2019**. São Paulo: Carta Capital. Disponível em: <https://dev.cartacapital.com.br/opiniao/fim-da-contribuicao-sindical-e-cavalo-de-troia-para-trabalhadores/>. Acesso em: 23 abr. 2019

SOUSA, Washington Luis Oliveira de. Presidente do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Civil de Imperatriz-Ma. **Entrevista concedida a Italo Gabriel Rodrigues Santana em 10 de maio de 2019**. Áudios de Entrevistas Disponíveis em: <https://1drv.ms/f/s!ApqOeGhnjCrJgkZnjPmM5IzgQkhh>. Acesso em: 22 mai. 2019.

VARÃO, Maria Almeida. Presidente do Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas Contábeis de Imperatriz e Região. **Entrevista concedida a Italo Gabriel Rodrigues Santana em 08 de maio de 2019**. Áudios de Entrevistas Disponíveis em: <https://1drv.ms/f/s!ApqOeGhnjCrJgkZnjPmM5IzgQkhh>. Acesso em: 22 mai. 2019

**Estado, sociedade e mercantilização da vida:
uma proposta para o resgate do protagonismo social
na definição do bem comum**

*Marcus Firmino Santiago*¹

*Tâmara Matias Guimarães*²

*Luiza Baleeiro Coelho Souza*³

1 Introdução

Embora não se possa categorizar Friedrich Hayek como um teórico do Estado, é certo que algumas de suas apreciações ajudam a compreender o papel deste ente. A tendência natural dos seres humanos a desrespeitar as regras postas por eles mesmos, e que entendem de vital observância, é a principal razão, diz o economista, para a existência do Estado. Afinal, não se conhece outro meio de assegurar um grau mínimo de racionalidade na definição de um bem comum⁴.

O presente artigo não pretende minuciar as teorias que conduziram ao surgimento do Estado, mas, sim, averiguar qual sua postura e, tam-

¹ Doutor em Direito do Estado. Professor do Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Advogado especialista em Direito Educacional. marcusfsantiago@gmail.com CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8405313313388657>

² Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pela UDF. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. É advogada e professora universitária na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA em Imperatriz - MA.

³ Mestranda em Direitos das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário na Atualidade pela PUC Minas. Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/ES. Advogada.

⁴ HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 210.

bém, da sociedade, frente à efetivação do bem comum. Isto porque, independentemente da corrente doutrinária escolhida para explicar sua origem, entende-se ser essa a sua missão principal. Afinal, é preciso ter em mente que este não possui fim em si mesmo, mas se destina fundamentalmente a promover os interesses coletivos, funcionando como um facilitador da convivência social e promotor de fins sociais reconhecidos por um grupamento humano.

A busca do bem comum, no entanto, trata-se de tarefa árdua, na medida em que, além de seguir os anseios e desejos da sociedade, que se alteram com o passar do tempo, o Estado necessita mudar sua postura na tutela dos bens jurídicos preeminentes em cada um dos seus paradigmas.

Nesse diapasão, veja-se, exemplificativamente, o paradigma do Estado Liberal em que se tutelavam os direitos individuais e alguns direitos políticos básicos, havendo, por consequência, uma postura menos intervencionista do ente estatal. Em contrapartida, o paradigma do Bem-Estar Social foi marcado pela tutela preponderante dos direitos sociais, conduzindo a uma postura mais ativa e prestacional do Estado na implementação e, também, pela redefinição dos papéis dos direitos conquistados ao longo do período liberalista⁵.

Inobstante a adoção de uma postura ora mais passiva, ora mais ativa, o Estado sempre ostentou, e ainda ostenta, grandes poderes em suas mãos que se constituem em prerrogativas corroborados pelas próprias Constituições, como, por exemplo, o poder de dizer o Direito.

Ocorre que, em virtude de circunstâncias tais como a globalização, a disseminação da tecnologia, a expansão do mercado financeiro e a dificuldade econômica de manter todas as promessas assumidas no curso do paradigma do Bem-Estar Social, o Estado, em grande medida, vem perdendo sua hegemonia em detrimento da iniciativa privada, implicando, novamente, na necessidade de alteração do seu papel sobre a complexa e

⁵ DELGADO, Gabriela Neves. **Os paradigmas do Estado Constitucional**. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 27.

fragmentada sociedade contemporânea. Entende-se que a fragilidade experimentada pelo Estado atual ante o avanço de forças de mercado coloca em xeque a definição do que seja o bem comum, não raro confundido com o mero interesse financeiro, sem uma necessária contrapartida em termos de ganhos sociais.

É diante dessa conjuntura que emergem prospecções acerca do surgimento de um novo paradigma do Estado, que assume uma postura diferenciada, mas que permanece com o objetivo principal de assegurar o bem comum. Neste sentido, o presente artigo objetiva estudar o atual papel do Estado e da sociedade, sob um viés democrático, na construção do que se entende por bem comum e, por consequência, na difícil tarefa de dar efetividade aos direitos fundamentais.

Para tanto, cuida-se de definir o papel preponderante do Estado perante a sociedade no marco dos dois principais paradigmas organizacionais recentes, quais sejam, o Liberal e o Bem-Estar Social. Diante das fragilidades apresentadas por este último e tendo em mira o risco à sobrevivência dos direitos sociais conquistados nas últimas décadas, discute-se a construção de uma via alternativa, na qual o protagonismo social seja reforçado, radicalizando-se o cânone democrático.

Neste sentido, a teoria democrática de Jürgen Habermas emerge como referencial teórico, com destaque para sua defesa da possibilidade de participação fragmentária, pela via de canais institucionais comunicativos, que permitam a construção de consensos sociais aptos a respaldar a ação estatal. Sua concepção de democracia conecta-se com análises jurídicas, sociais e econômicas acerca da realidade estatal e dos conflitos atualmente vivenciados, tudo com fins de conceber uma nova via por meio da qual seja possível redefinir o sentido de bem comum, reconectando-o à sua dimensão humana.

2 Diferentes papéis para o estado nos paradigmas do liberalismo e do bem-estar social

Desvendar o papel do Estado na busca pelo bem comum perpassa a necessária análise sobre cada paradigma vivenciado, sendo oportuno esclarecer que cada modelo de Estado experimentado busca funcionar como uma etapa evolutiva face ao modelo anterior, aproveitando êxitos e corrigindo desvios⁶.

O modelo de Estado Liberal emergiu como consequência do fortalecimento da classe burguesa em uma clara tentativa de evitar que o Estado, em franca oposição ao Absolutismo, pudesse exercer poder ilimitado e desregulamentado sobre a sociedade. Trata-se, portanto, de modelo que pressupõe a existência de um conjunto de normas capazes de assegurar a liberdade dos membros do corpo social, criando-se assim, um Estado Constitucional amparado no Direito⁷.

Fundamentado, principalmente, no primeiro pressuposto ideológico levantado pela Revolução Francesa – a liberdade – e nos ideais construídos pela nova classe que passava a tomar as rédeas sobre o poder, o Estado Liberal foi responsável por afirmar e positivar direitos individuais e direitos políticos básicos. Embora embrionários e circunscritos a uma parcela mínima da população durante esse momento, tais avanços foram indispensáveis para a posterior construção de um modelo democrático no discurso de formação dos objetivos de uma sociedade. Na síntese de Norberto Bobbio,

(...) historicamente, o Estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crise mais aguda, de uma ruptura revolucionária; racionalmente, o Estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente li-

⁶ DELGADO, Gabriela Neves. Os Paradigmas do Estado Constitucional. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 21.

⁷ SIMM, Zeno. O Estado Social e o reconhecimento dos Direitos Sociais. **Revista Jurídica UNIGRAN – Centro Universitário da Grande Dourados**, v.8, n. 16, p.39-80, jul./dez. 2006. p. 43.

vres que convencenam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura⁸.

Dentro do paradigma do Estado Liberal, importa notar que o papel do Estado frente à sociedade e frente à efetivação de direitos era eminentemente abstencionista, característica correspondente aos direitos individuais que, preponderantemente, exigem uma postura negativa do ente estatal. Daí a noção dominante de que ao Estado caberia garantir a segurança dos indivíduos, fornecendo, antes por abstenções que por ações, os meios para que cada um pudesse gozar de sua autonomia volitiva. “A liberdade é anterior à existência do Estado, portanto não se deve aceitar que as normas que o regulam impeçam o seu exercício”, lembra Reinaldo Dias,⁹ destacando a importância do Direito como mecanismo de contenção para o poder posto nas mãos dos governantes.

É uma era na qual o interesse coletivo se confunde com o individual, ressaltando a identificação entre *liberdade* e *autonomia da vontade*. Para que o objetivo geral de assegurar a autodeterminação fosse exequível era preciso afastar as indevidas interferências estatais e conter ações individuais que pudessem colocar em risco a liberdade. O papel do Estado era claro: o vigia silencioso que só se manifesta diante da iminência de um conflito, tal qual tinha imaginado John Locke¹⁰.

Sob o prisma econômico, destaca-se que a lógica abstencionista também se fazia presente. O Estado ideal perseguido pelos economistas clássicos representava a negação do modelo monopolista e protecionista típico das monarquias absolutas. Em seu lugar, liberdade de comércio, quebra de monopólios exclusivistas, mercados autorregulados. Onde a autonomia volitiva pudesse ser a regra os negócios prosperariam. Em síntese, é possível dizer que: “A apologia do interesse individual e a rejei-

⁸ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 14

⁹ DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 238.

¹⁰ LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo. in: **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 391-394. Depreende-se, da teoria lockeana, que a incumbência originária do Estado é mediar e resolver os conflitos sociais, interferindo na menor medida possível da vida privada (uma espécie de Estado mínimo).

ção da intervenção estatal na economia transformar-se-iam nas teses básicas desse sistema e a livre concorrência passou a ser considerada essencial para uma economia eficiente¹¹”.

Curioso é que graças à extraordinária transformação experimentada pelos sistemas produtivos, em larga margem propiciada pela expansão do espírito capitalista no âmbito de um Estado não interventor, deflagram-se uma série de fenômenos e eventos históricos que levaram ao declínio do paradigma liberal.

Constituem exemplos emblemáticos dos citados eventos históricos: o desenvolvimento da Revolução Industrial com o surgimento da relação de emprego e ampla degradação das condições de trabalho; o desencadeamento do processo de colonização e disputas mercantis que conduziram à deflagração da Primeira Guerra Mundial; os reflexos da guerra, especialmente sobre os países europeus, onde suas populações passaram a viver em situação de penúria; o surgimento e propagação de ideais socialistas; a crise econômica de 1929; a ascensão de regimes totalitários em diversos países do continente europeu e a deflagração da Segunda Guerra Mundial, período em que as mais graves atrocidades contra a pessoa humana foram cometidas¹².

Dessa forma, a superação dos fatos acima delineados foi contundente para o surgimento e desenvolvimento do paradigma do Estado Social, também chamado de Estado de Bem-Estar Social¹³. Diante dos problemas percebidos durante a etapa de predomínio do paradigma anterior, ficou patente que a definição de bem comum como o somatório da satisfação de vontades individuais levava a um desequilíbrio social intenso e potencialmente conflituoso. O modelo absentéista e pautado no

¹¹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. O processo, os direitos fundamentais e a transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Contemporâneo. **Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho**. Rio de Janeiro: Editora Gama Filho, v.16, p. 45-63, 2010. p. 48.

¹² DELGADO, Gabriela Neves. Os paradigmas do Estado Constitucional. Op. cit., p. 22-26.

¹³ Segundo dispõe Zeno Simm, embora haja diferenças doutrinárias, “Usualmente, as expressões “Estado Social” e “Estado de Bem-Estar” (Welfare State) são usadas pelos autores para designar o mesmo modelo de Estado, que é aquele voltado à satisfação das necessidades individuais e coletivas dos cidadãos. (SIMM, Zeno. O Estado Social e o reconhecimento dos Direitos Sociais. Op. cit, p. 43).

reconhecimento apenas de direitos de liberdade retirava de grande parte da população o seu poder efetivo de inserção social e participação política. Por conseguinte, a definição de bem comum acabava esvaziada, subjugada por uma competição desenfreada e desigual pelas melhores oportunidades o que, decerto, acabava por alijar o menos favorecidos economicamente.

A lógica de disputa que se estabelece corrói a sociedade, fomenta conflitos e lança dúvidas sobre a validade do aparente consenso em torno do conceito dominante de bem comum. A hecatombe humanitária trazida pelos regimes autoritários e sua guerra de proporções globais escancarou a necessidade de se restabelecer a solidariedade social¹⁴.

Não se tratava do desprezo às conquistas normativas até então atingidas, mas da necessidade de seu aprimoramento, a fim de que fossem efetivas para todos, não apenas para uma classe social em detrimento das demais. Afinal, o contrassenso era lógico: como exaltar o direito de propriedade enquanto grande parcela da sociedade era despojada de bens? De que se fazia relevante o direito de liberdade, enquanto grande parte da população era assolada pela miséria? Como afirma Martin Kriele:

Quem vive na pobreza e miséria não é livre, e sim, obrigado a estar constante e exclusivamente preocupado com a manutenção de sua vida. A superação da necessidade não é somente uma exigência elementar da igualdade, e sim, também da liberdade, pois viver na necessidade significa não ser livre¹⁵.

Demonstrou-se necessário, portanto, especialmente diante de um contexto de intensas reivindicações, a afirmação de direitos sociais e pertinentes à valorização da pessoa humana, tendência que foi seguida no plano internacional pela constitucionalização desses direitos em diversos países e, inclusive, pela afirmação de organismos internacionais,¹⁶

¹⁴ ESPING-ANDERSEN, Gosta. As Três Economias Políticas do Welfare State. *Revista Lua Nova*. n. 24, Setembro 1991, p. 95.

¹⁵ KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009. p. 307.

¹⁶ DELGADO, Gabriela Neves. Os paradigmas do Estado Constitucional. Op. cit., p. 26.

até hoje de indispensável relevância para a valorização do homem e sua dignidade, seja no plano individual, seja no plano coletivo. Nas palavras de Esping-Andersen:

Quando os mercados se tornaram universais e hegemônicos é que o Bem-Estar dos indivíduos passou a depender inteiramente de relações monetárias. Despojar a sociedade das camadas institucionais que garantiam a reprodução social fora do contrato de trabalho significou a mercadorização das pessoas. A introdução dos direitos sociais modernos, por sua vez, implica um afrouxamento do *status* de pura mercadoria¹⁷.

Assim, o papel do ente estatal no contexto do paradigma do Estado de Bem-Estar Social foi redefinido, pois com a mudança nos anseios da sociedade, inclusive, refletida como expresso compromisso constitucional, o Estado, diferentemente do período liberal, passa a ter um dever prestacional e positivo. Despindo-se da ingenuidade de acreditar que o surgimento do Estado de Bem-Estar Social se desenvolveu unicamente em virtude das reivindicações populares por melhoria de vida, é preciso compreender que, na realidade, tais reivindicações serviram como subsídio para o desenvolvimento de diversas doutrinas socialistas que colocavam em alto risco o capitalismo.

Assim, sob a ideia de fazer concessões sociais para não se perder todo o aparato até então construído, o Estado de Bem-Estar Social fundamenta-se na manutenção do sistema capitalista de produção. Contudo, possibilita a intervenção do Estado, inclusive sobre a economia, com o objetivo final de reduzir a desigualdade social e de promover condições mínimas de uma vida digna¹⁸. Define-se claramente um novo conceito de bem comum, identificado com a coesão e a solidariedade social, onde o interesse individual deve se conciliar com o coletivo, harmonizando-se na maior medida possível.

¹⁷ ESPING-ANDERSEN, Gosta. As Três Economias Políticas do Welfare State. Op. cit., p. 102.

¹⁸ SANTIAGO, Marcus Firmino. Bem-Estar Social: uma análise sobre seus problemas e alternativas para sua sobrevivência. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. v.2, n.2, p. 8-35, 2016. p. 19.

Os modelos de Bem-Estar social deveriam ser capazes de manter a integridade dos corpos sociais, pela aniquilação dos fatores de disputa, especialmente aqueles advindos da competição de mercado. Porém, acabaram por trazer outros elementos de diferenciação que acabaram por novamente incrementar a estratificação e fomentar disputas por benefícios sociais. Daí decorreram dois problemas: o primeiro, a fratura social; o segundo, o esgotamento financeiro dos Estados.

3 A crise do estado social

O Estado de Bem-Estar Social consagrou a relevância dos direitos sociais na formação do Estado de Direito. Guardadas as diferenciações de aplicação das ideias de Keynes, o referido modelo baseou-se na geração de emprego o que, conseqüentemente, deveria aumentar a produção, bem como a distribuição de benefícios à sociedade, de modo a assegurar um mínimo existencial a todos¹⁹.

Nesse sentido, evidenciou-se a relação peculiar do Estado Social com uma nova política, pautada na intervenção estatal na economia, dando origem ao:

(...) desenvolvimento do modelo de Estado-Providência, em que o Estado torna-se indutor do desenvolvimento, promove o pleno emprego e se responsabiliza por garantir proteções sociais básicas a todos os cidadãos, buscando unir desenvolvimento social e econômico num processo de retroalimentação com centralidade na construção de um modelo de convivência mais harmônico e equilibrado²⁰.

A partir da ideia de que no Bem-Estar Social a assunção de grande parte dos custos do sistema é feita por parte do próprio Estado, é possível

¹⁹ SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado de Bem-Estar Social: da formação à sua mais recente crise. In **XXIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/853dfv80/5OnMqvEVk3jSGn K9.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2018. p. 302.

²⁰ SANTOS, Luis Miguel Luzio dos. **Socioeconomia: solidariedade, economia social e as organizações em debate**. Guarulhos: Atlas, 2014. p. 3.

concluir que a expansão de direitos sociais representa crescimento exponencial de gastos públicos. Entretanto, *a priori*, esse modelo estava fundado em uma política econômica relativamente segura, uma vez que, por meio da implementação do pleno emprego e das medidas assistenciais, seria possível estimular o crescimento econômico, gerando um volume maior de impostos e, conseqüentemente, a ampliação de programas sociais e fomento da economia²¹.

Contudo, a partir do momento em que os problemas político-econômicos deste modelo ficaram cada vez mais em evidência, especialmente a partir da crise do petróleo, na década de 1970, avolumaram-se as críticas a seus próprios fundamentos. Nesse sentido, diferentes ataques ao *Welfare State* foram desferidos, dentre os quais, segundo Claus Offe,²² a de que a proposta de resolver o problema do desemprego teria criado uma rigidez excessiva do mercado de trabalho, substituindo os direitos de propriedade pelos direitos dos cidadãos, demonstrando-se incompatível com o modelo capitalista. Assim, segundo essa ideia, o Estado de Bem-Estar Social teria como consequência o desestímulo ao trabalho, vez que a inflexibilidade dos direitos protetivos tornaria a mão de obra pouco ajustável às constantes variações da economia.

Além disso, a economia que, como dito, teve papel determinante na estruturação do Estado Social representou fator decisivo nas questões que fizeram com que este perdesse a hegemonia. A concentração por parte do Estado de tantas atribuições elevou sobremaneira o custo para sua manutenção, limitando as possibilidades de financiamento. A máquina estatal tornou-se economicamente insustentável. E mais que os notórios problemas econômicos para implementação dos direitos sociais, evidenciou-se “(...) o inchaço e a ineficiência do aparato burocrático administrativo estatal. Criou-se uma máquina cara e complexa, frequentemente orientada a si mesma, na defesa de seus próprios inte-

²¹ MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. **Liberdade versus Igualdade. O Mundo em Desordem**. 1914-1945. Vol. I. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 196.

²² OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p.376.

resses, como maiores salários ou outras vantagens de natureza pessoal”²³.

De outro modo, é dizer que “Ao assumir tantas funções, o Estado logo se vê impossibilitado de satisfazer as crescentes demandas sociais”²⁴, tornando-se necessária a eleição de prioridades. Porém:

A má gestão era uma constante, percebendo-se uma grande dificuldade para resolver problemas sociais, o que acabava por causar outra dificuldade: a tendência dos governos em adotar medidas autoritárias, apresentadas como mais eficientes, porém não raro dissociadas de um consenso social. O interesse público frequentemente era confundido com o interesse da Administração Pública ou, pior, do próprio governante e seu grupo²⁵.

A coesão social se esgarça na medida em que o custo do Estado aumenta exponencialmente e não é suportado na mesma proporção por todos. Direitos passam a ser percebidos como privilégios, sistemas de proteção social como vantagens indevidas. A mão visível estatal vai sendo encarada como uma acompanhante indesejável, que antes fomenta conflitos do que os previne ou resolve. A escassez de recursos implica em escolhas, acolhendo alguns em detrimento de outros. Como identificar o bem comum, neste contexto?

4 O papel do estado na contemporaneidade mediante a assunção de uma “terceira via”

A doutrina Keynesiana e o Estado Social permitiram inegáveis avanços ao Direito e à economia, porém, o endividamento público gerado pelos gastos excessivos, a inoperância e ineficiência na gestão pública e o incômodo provocado na iniciativa privada fizeram com que este modelo

²³ SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado de Bem-Estar Social: da formação à sua mais recente crise. Op. cit., p. 306.

²⁴ MELO, Thiago Dellazari. Do Estado Social ao Estado Regulador. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v.30, n.1, 2010, p.223-232. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12043>. Acesso em 26 de junho de 2018. p. 225.

²⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 78.

²⁵ SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado de Bem-Estar Social: da formação à sua mais recente crise. Op. cit., p. 306.

cedesse espaço para o retorno de políticas pouco interventivas (ou de ação seletiva), com ênfase na desestatização econômica, implicando na assunção de um novo papel de Estado.

O contexto de um mercado financeiro globalizado, organizado e autorregulamentado, o ganho de força da iniciativa privada sobre setores altamente estratégicos como a ciência e a tecnologia, aliados à dificuldade de implementação de políticas públicas, a escassez de recursos por parte do Estado, dentre outros problemas na seara pública, conduziram, novamente, a uma necessidade de mudança do papel do Estado. Diante de uma realidade que parece ser imutável, tem-se notado, tendencialmente, que os Estados contemporâneos passaram a adotar uma postura diferenciada daquelas que outrora exerceu. Isso porque: “O Estado já não está em condições de adotar decisões soberanas porquê é demasiadamente grande sua dependência do saber compartilhado, da capacidade de decisão compartilhada e dos recursos financeiros compartilhados²⁶”.

A sustentabilidade econômica dos Estados surge como uma nova exigência, a orientar sua condução, sob pena de colocar em risco sua capacidade de agir como um gestor dos interesses sociais. A dependência em relação ao capital privado, fruto do brutal endividamento público, desloca o eixo de prioridades, reduzindo a capacidade de influência dos segmentos sociais, cujas vontades se vêm solapadas pela pressão do capital financeiro²⁷.

Tendo em mira este cenário, José Esteve Pardo aponta a necessidade premente de se proteger os Estados ante a crise financeira em que se encontram inseridos e o poder dos mercados. A sustentabilidade econômica e social surge, então, como uma nova exigência, verdadeira condição para assegurar níveis mínimos de independência decisória face

²⁶ FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da Crise**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 131.

²⁷ Segundo dados do Fundo Monetário Internacional, no ano de 2016 a dívida pública global alcançou a cifra de US\$ 164 trilhões, o que equivale a 225% do PIB de todos os países do mundo. Embora a maior parte do montante total esteja concentrada entre os países mais avançados, a dívida das economias emergentes vem crescendo em forte ritmo. Estes dados colocam em evidência dois aspectos centrais: primeiro, o eminente esgotamento das fontes de recursos para refinanciamento do déficit público; segundo, o grau de dependência em que os países se encontram face ao capital financeiro privado. GASPAR, Vitor; JARAMILLO, Laura. Reduzir a Dívida Elevada. **IMF Blog. Insights and Analysis on Economics & Finance**. Disponível em blogs.imf.org Acesso em ago. 2018.

aos agentes financeiros privados: “(...) *la necesidad de proteger al propio Estado y garantizar su continuidad efectiva, su sostenibilidad, levantando defensas ante las que se advierten como sus más reales amenazas, en este caso la excesiva exposición al crédito externo y a los mercados financieros*”²⁸.

Um Estado fragilizado se vê à mercê dos mais variados grupos de pressão em luta por assegurar ou expandir seus privilégios. Agricultores, industriais, servidores públicos, sindicatos entre outros assumem uma postura de embate permanente na busca por um quinhão cada vez menor. A solidariedade erode e, com ela, perde-se um dos elementos essenciais para manutenção dos modelos de Bem-Estar social²⁹.

Diante deste dilema, um caminho que tem sido seguido com especial ênfase a partir do fim do Século XX procura redefinir a forma como o Estado se relaciona com a sociedade: nem abstencionismo, nem intervencionismo excessivo. Apresenta-se, assim, a via da regulação para a efetivação do bem comum e do interesse público. Nos dizeres de Karin Bergit Jakobi e Marcia Carla Pereira Ribeiro³⁰, tratar-se-ia da adoção de uma “terceira via”, pautada na verificação de que:

(...) o insucesso do modelo intervencionista social e socialista trouxe à tona a necessidade de repensar a forma e a intensidade da intervenção no domínio econômico, bem como as políticas públicas referentes à inclusão social e à repartição de rendas. Desse modo, abandonou-se a planificação econômica socialista e a crescente assunção de responsabilidades coletivas, sem, contudo, retroagir ao liberalismo puro, ou seja, sem deixar de observar os ideais de proteção aos bens essenciais e à dignidade da pessoa humana.

O Estado passou, então, a atuar como ente garantidor e regulador da atividade econômica, que voltou a se pautar nos princípios da livre-iniciativa e da liberdade de mercado, bem como na desestatização das atividades econômicas e redução sistemática dos encargos sociais, destinados a garantir o

²⁸ PARDO, José Esteve. **La Nueva Relación entre Estado y Sociedad**. Aproximación al trasfondo de la crisis. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 139.

²⁹ PARDO, José Esteve. **La Nueva Relación entre Estado y Sociedad**. Op. cit., p. 141.

³⁰ JACOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A análise econômica do Direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 69.

equilíbrio nas contas públicas. No entanto, não abandonou a preocupação com o contexto social, nem deixou de atuar na promoção dos serviços públicos essenciais à coletividade.

É preciso pontuar que essa perspectiva de atuação do Estado, embora não seja algo tão recente, encontra-se, ainda, em processo de construção, não havendo até o momento um consenso quanto à sua denominação. Verifica-se ora o uso do termo Estado Regulador, ora do termo Estado Garantidor e, até mesmo, o termo Estado Regulador e Garantidor.

Sem a pretensão de entrar em minúcias sobre as divergências doutrinárias acerca da correta denominação e de nuances pontuadas por alguns autores, em síntese, vislumbra-se uma característica comum: a de que, no mundo contemporâneo, cabe ao Estado regular as atividades econômicas desenvolvidas no âmbito da sociedade, a fim de garantir que os objetivos constitucionalmente elencados e atrelados ao bem comum sejam concretizados com a minimização dos riscos de endividamento público e de forma coerente com a realidade da escassez de recursos financeiros estatais.

O Estado, então, passa a não ser mais um ente estritamente prestador de serviços públicos – até mesmo porque, ao longo das últimas décadas do Século XX, notou-se, sensivelmente, a ocorrência de institutos da privatização e da liberalização ao setor privado –, mas sim um Estado que organiza a atividade produtiva e as ações sociais, funcionando como um articulador do desenvolvimento econômico e social³¹.

Não se pode dizer, porém, que a delegação de tarefas públicas por parte do Estado aos particulares implica no seu desinteresse em promover a satisfação dos interesses sociais, haja vista que competirá ao Estado o desenvolvimento de três funções precípuas, quais sejam:

³¹ OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado Regulador e Garantidor em tempos de crise. In OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (org). *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros. Perspectivas atuais de Direito Público: O direito em tempos de crise*. Volume I. Faculdade Baiana de Direito: Salvador, 2015. p. 293-294.

a) legislador que determina os setores sujeitos a obrigação de serviço público e que define estes (...); b) regulador que fiscaliza o cumprimento das obrigações de serviço público por parte das empresas a elas sujeitas e pune as respectivas infrações; c) eventualmente financiador das obrigações de serviço público³².

Sob perspectiva jurídica, o Estado passa a “(...) fundamentar-se no princípio da subsidiariedade, no qual o Poder Público somente irá concentrar seus esforços nas áreas nas quais a iniciativa privada, por si, não consiga alcançar o interesse coletivo”³³. Assim, por uma via intermediária àquelas até então vislumbradas, o Estado utiliza-se do poder regulador para alcançar os objetivos a ele cominados, dentre eles a efetivação dos direitos sociais, sem colocar em risco a sua própria existência e garantindo a sua sustentabilidade econômica e social, pressuposto necessário para a manutenção das próprias prestações sociais e observância ao princípio da solidariedade intergeracional³⁴.

Por outro lado, afirmar ao Estado o papel precípua de ente regulador ou garantidor do bem comum traz em si um conjunto de novos desafios.

Sob o ponto de vista teórico, o Estado se vê diante da necessidade de regular situações extremamente complexas, cuja expertise encontra-se cada vez mais inserida dentro da própria iniciativa privada. Ademais, dada a dinamicidade e o caráter global das relações no mundo atual, a regulação deve-se manter sempre atenta a tudo e a todas as atividades e setores que desempenham papel de relevância social.

Acerca da implementação prática das atitudes necessárias ao atingimento do bem para a coletividade, a tarefa revela-se ser ainda mais árdua, uma vez que, inobstante se encontre no texto constitucional uma diversidade de direitos, principalmente de caráter social, sua efetivação

³² MOREIRA, Vital, *apud* OLIVEIRA, Paulo Augusto de. *Op. cit.*, p. 294. Para o exercício de tais funções, ressalta-se o especial papel das Agências Reguladoras, que são “[...] autarquias instituídas por lei sob regimes especiais, cujo objetivo é normatizar, regular, fiscalizar e executar políticas públicas de incentivo e planejamento dos setores mais relevantes da economia nacional.” MELO, Thiago Dellazari. Do Estado Social ao Estado Regulador. *Op. cit.*, p. 228.

³³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 78.

³⁴ PARDO, José Esteve. **La Nueva Relación entre Estado y Sociedad**. *Op. cit.*, p. 140.

ainda depende necessariamente da estruturação de políticas públicas, sobre as quais se opera um imenso dissenso entre grupos componentes de uma mesma sociedade.

Segue viva, portanto, a questão problema aqui enfrentada: como definir o que venha a ser o bem comum, alvo idealmente perseguido quando o Estado determina, por meio de seus instrumentos de regulação, parâmetros de ação para agentes privados? Em um contexto no qual a sociedade se vê chamada a atuar com maior ênfase isso se torna um problema ainda mais imediato.

5 O contexto da sociedade contemporânea: fragmentação, participação e democracia habermasiana

O que se enxerga desde a crise do petróleo e, posteriormente, à crise de 2008, é um cenário conflituoso onde os modelos já experimentados não têm mais solo fértil para se sustentar. A sociedade, cada vez mais plural e complexa, não se coaduna com modelos de Estado estáticos e pouco flexíveis. Na realidade, nota-se que a sociedade não está mais suscetível a figurar apenas como sujeito passivo na relação com o Estado, visto que a mesma tomou um papel ativo e demonstrou exercer com eficiência determinados papéis que antes o ente político detinha de forma exclusiva³⁵.

Outras questões atinentes à sociedade contemporânea merecem destaque, pois as mudanças nos aspectos social, cultural, político e econômico refletem em questões fortemente relacionadas à democracia. Atualmente, o debate acerca da esfera pública tomou dimensão global, de modo que as nações não conseguem mais solucionar os problemas políticos e econômicos de maneira isolada:

De outro lado, as transformações por que passa o mundo, em razão do processo de conhecimento como de “globalização”, aliado à formação de “blocos”

³⁵ PARDO, José Esteve. *La Nueva Relación entre Estado y Sociedad*. Op. cit., p. 169-170.

regionais de ordem econômica e/ou política, está mudando substancialmente as noções de direitos fundamentais e de cidadania, especialmente no sentido de superar as fronteiras territoriais para alcançar povos de origens, culturas, línguas e legislações diversas, num processo de *interlacionalização*³⁶.

Como é cediço, as crises econômicas demonstraram, ao longo dos anos, exercer forte influência no desencadeamento de crises políticas, o que comprova a relevância da relação entre economia, Estado e sociedade. Portanto, a atuação do mercado financeiro – que se mostra tão segmentado e voltado aos seus próprios interesses – deve ser objeto de preocupação entre as nações, visto que fatores potencialmente desencadeadores de crises econômicas podem impactar negativamente na política e até mesmo na democracia.

Acuadas diante da fragilidade econômica dos Estados, as sociedades têm se mostrado cada vez mais fragmentadas e incapazes de agir coletivamente em busca de um bem comum. Grupamentos humanos pluricêntricos onde os dissensos se avolumam e originam intensos conflitos têm sido a regra em diferentes países ocidentais, inclusive alguns com forte tradição democrática e inclusiva. A polarização parece ser a regra, gerando uma dificuldade constante e persistente para que consensos mínimos se formem. Na síntese de Esteve Pardo:

(...) esa sociedad se muestra incapaz de articular una racionalidad alternativa a la del Estado, sobre todo en su valoración de conjunto para la definición del interés general y la atención al bien común. Las propias categorías sociales (...) parecen desvanecerse en una realidad social fragmentada y pluricéntrica, sin una perspectiva de conjunto, de lo común y, por supuesto, sin un programa solidario³⁷.

Neste contexto, urge reforçar o papel do Estado como agente neutro capaz de definir as prioridades e interesses comuns. Isso não deve signi-

³⁶ SIMM, Zeno. O Estado Social e o reconhecimento dos Direitos Sociais. Op. cit., p. 40.

³⁷ PARDO, José Esteve. *La Nueva Relación entre Estado y Sociedad*. Op. cit., p. 135.

ficar, contudo, que a este caiba apreender a capacidade decisória da sociedade, ao contrário.

Como destacado anteriormente, o cenário atual mostra que os países estão reféns do capital financeiro, que assumem a tarefa de definir muitas das prioridades políticas. A alternativa de reduzir o Estado ou até retirá-lo do processo decisório, contudo, não parece adequada, especialmente diante do quadro de fragmentação social descrito. Resta, então, fortalecê-lo para que desempenhe papel de articulador das vontades sociais, mediando os diferentes grupos em conflito a fim de permitir que se construa uma nova definição de bem comum.

Destaque-se que a fixação do que venha a ser bem comum mostra-se indispensável para compreender os anseios da sociedade contemporânea e, por consequência, aperfeiçoar a democracia. Para tanto, tem-se como pertinente a definição trazida por Tomás de Aquino, cuja análise parte do reconhecimento do pluralismo social, da diversidade que caracterizava a sociedade medieval. Daí defender que “(...) *individuos, grupos, organizaciones diversas, puedan aspirar legítimamente a sus bienes propios, individuales o particulares*”³⁸. O bem comum, na concepção Tomista, não é a simples soma dos interesses privados – embora estes não sejam sufocados – mas reflexo daquilo que beneficie a todo o grupo e, por extensão, a cada um de seus membros³⁹.

No mesmo sentido explica Azevedo⁴⁰:

Dessa forma, a vontade geral se transmite pela legitimação do poder e a garantia da transformação social iniciada pelo novo contrato. Ela não é o somatório das vontades de todos os indivíduos, sendo na verdade uma realidade oriunda da renúncia de cada cidadão em face de seus próprios interesses em detrimento da coletividade.

³⁸ PARDO, José Esteve. **La Nueva Relación entre Estado y Sociedad**. Op. cit., p. 172.

³⁹ PARDO, José Esteve. **La Nueva Relación entre Estado y Sociedad**. Op. cit., p. 174.

⁴⁰ AZEVEDO. Éder Marques. Do Bem Comum ao Interesse Público: as políticas públicas na República Brasileira. **Ensaios Científicos - Revista do Instituto Doctum de Educação e Tecnologia e das Faculdades Integradas de Caratinga** - v. 3, n. 1, jul./dez, 2008.

O desafio que emerge, a partir da adoção deste conceito, é o de identificar valores comuns em sociedades plurais, fragmentadas e conflituosas. E é aqui que a teoria democrática de Jürgen Habermas vem em socorro, oferecendo respostas para a questão central: como construir consensos em realidades imperam os desacordos?

A preocupação de Habermas com o processo de formação de consensos sociais data já de algumas décadas. Sua teoria defende a participação discursiva procedimentalizada como instrumento capaz de viabilizar manifestações de vontade individuais e mesmo desarticuladas entre si que, ao se somarem, indicarão os valores dominantes na sociedade. O autor entende que os consensos sociais não dependem de ações integradas ou previamente organizadas, o que se encaixa perfeitamente no contexto de realidades conflituosas, nas quais o diálogo social é raro ou mesmo inexistente. Ao contrário, ações individuais, canalizadas por meio de instâncias procedimentais que exerçam algum tipo de filtro, podem se somar dando origem a manifestações de vontade coletivas minimamente racionais e juridicamente sustentáveis.⁴¹

Para tanto, é necessário que a ideia de democracia esteja intrinsecamente ligada à participação popular, onde a sociedade defina e discuta sobre projetos coletivos e políticas públicas, medidas indispensáveis ao alcance do que se entende por bem comum. Daí a certeza de que a concepção de democracia vigente precisa ser ampliada, reforçando a lógica participativa. A relevância dessa modificação é comprovada, uma vez percebida a ineficácia dos modelos antes vivenciados, pela própria alteração da relação entre Estado e sociedade, bem como a fragmentação da sociedade atual.

A questão se agudiza diante da opção pelo modelo de Estado Regulador,⁴² onde há um protagonismo da iniciativa privada sob a regulação jurídica, à qual incumbe definir parâmetros de ação muito claros para os

⁴¹ SANTIAGO, Marcus Firmino. Jurisdição Constitucional e Teoria da Democracia de Jürgen Habermas. in REZENDE, Beatriz Vargas Ramos G. de; RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org). **Constituição e Democracia I. XXV Encontro Nacional do CONPEDI - Brasília/DF**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 305-306.

⁴² PARDO, José Esteve. **La Nueva Relación entre Estado y Sociedad**. Op. cit., p. 180.

agentes econômicos, em cujas mãos se concentram a implementação de diversos direitos sociais. Afinal, ainda que se tenha uma Constituição forte e que assegure direitos e deveres ao povo, faz-se necessário construir os caminhos por meio dos quais esses direitos irão ser efetivados a fim de alcançar-se o bem comum.

O referencial ora adotado se pauta na defesa de um *protagonismo social mediado pelo Estado* que permita resgatar uma noção coletiva de bem comum.

Um operador do Direito apressado poderia concluir que a tensão entre Estado e sociedade seria solucionada facilmente a partir da teoria contratualista proposta por Rousseau. Todavia, as diversas formas por meio das quais o contrato social pode se concretizar demonstram a sua fragilidade. Então, para que se consiga superar os problemas relativos às crises entre Estado e Sociedade faz-se necessário definir um regime geral de valores, o qual está intimamente ligado à ideia de bem comum⁴³.

O distanciamento entre Estado e sociedade também é causado pelo enfraquecimento da democracia, visto que, diante das recorrentes crises econômicas – próprias desse momento de instabilidade política – o Estado perde sua capacidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, como explica Sarlet⁴⁴:

Tal enfraquecimento do Estado e da Democracia reflete-se, entre outros aspectos, notadamente quando relacionado à crise econômica, na diminuição da capacidade do Estado em assegurar a fruição dos direitos fundamentais, com destaque, aqui, para os direitos sociais, reforçando, além disso, a dominação do poder econômico em detrimento do poder estatal e da ordem jurídica.

Ademais, a mencionada celeuma existente em buscar definir qual o *modus operandi* mais apropriado entre os modelos de Estado de Bem-Estar social e Estado liberal acabam por criar o que Habermas denomina

⁴³ SANTOS, Boaventura Sousa. **Reinventar a Democracia**. Lisboa: Gradiva, 1998, p. 8.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Revista Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, Editora Unoesc, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015, p.464.

de dilema estrutural da sociedade.⁴⁵ Segundo este pensamento, há em ambos os modelos propostos uma *colonização do mundo da vida* por parte dos interesses sociais e privados, os quais são intensamente difundidos pelo domínio do mercado.

Ainda segundo Habermas, a *colonização do mundo da vida* faz com que a capacidade de integração social seja comprometida, tendo como consequência a redução da cidadania e a transformação dos cidadãos em meros clientes dos serviços prestados pelo Bem-Estar social. Disto decorre o esvaziamento da participação ativa da sociedade, consubstanciando em um inegável déficit democrático⁴⁶.

Assim, propõe um conceito procedimental de soberania popular que, para o Estado de Direito, representa o princípio da democracia. Ou seja, o referido autor constrói uma alternativa para a atenuação do conflito há muito existente entre Estado e sociedade. Para implementar sua ideia, Habermas prima pela racionalidade, pois acredita que somente por meio dela é que sujeitos, dotados de liberdades subjetivas e com interesses muitas vezes conflitantes, poderão chegar ao entendimento. Desse modo, o grande trunfo do pensamento habermesiano pauta-se no instrumento utilizado, ao qual denomina por agir comunicativo.⁴⁷

A formação de opinião pública por parte dos cidadãos, o que em muito se assemelha com a criação do que a sociedade entende como o bem comum, faz com que, por meio da institucionalização da liberdade comunicativa, a opinião pública penetre tão profundamente as estruturas do Estado que seja capaz de orientar decisivamente suas ações. Desse modo, seria possível a construção de uma nova perspectiva de democracia que, a partir da participação popular, alcançaria a institucionalização

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. vol. 1, p 505-506.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Op. cit., p. 514.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Op. cit., p. 518.

do Estado Democrático de Direito pautado num consenso gerado pelo discurso racional⁴⁸.

Afastando-se do que considera desvios inerentes às teorias republicana e liberal da democracia, Habermas sustenta que a formação das vontades coletivas não depende de acordos espontâneos nem de instâncias representativas intermediárias. Espera, assim, que, em um regime de plena liberdade, os interesses individuais possam ser expressos e debatidos em instâncias públicas, valendo-se de canais comunicativos institucionalizados. A estes caberia filtrar os excessos, as paixões, permitindo que se chegue a opiniões consensuais como fruto do uso público da razão⁴⁹.

Como explica o autor, estes canais comunicativos institucionais consistem em procedimentos que regulam o uso público da razão, com o que opõem limites a paixões e egoísmos individuais. Busca-se, desta forma, identificar algo que melhor se assemelhe a uma vontade geral virtuosa, mas cuja formação não dependa de pessoas virtuosas. Tais canais voltados a viabilizar manifestações de vontade podem estar presentes tanto em espaços estatais (Parlamento, órgãos administrativos, processo judicial) quanto para-estatais (as arenas sociais de debates, presentes na sociedade civil organizada e em processo de formação nas ainda novas redes sociais virtuais). Seu fim, contudo, é o mesmo: permitir que a formação de opiniões aconteça de modo informal e desarticulado, porém, voltada a desembocar “(...) em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável”⁵⁰.

Em outras palavras:

Todo poder político tem de emanar do poder comunicativo que surge da liberdade comunicativa dos cidadãos, os quais são capazes de chegar ao

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in **A Inclusão do Outro. Estudos sobre teoria política**. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 286.

⁴⁹ SANTIAGO, Marcus Firmino. Jurisdição Constitucional e Teoria da Democracia de Jürgen Habermas. Op. cit., p. 308.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Op. cit., p. 288-289.

entendimento no mundo da vida por meio da reflexividade inerente à ação comunicativa ou dos discursos práticos de fundamentação de programas coletivos de ação, valores compartilhados e normas morais, além das negociações sob condições equitativas⁵¹.

Portanto, Habermas demonstra o papel do agir comunicativo na construção do poder administrativo, onde os indivíduos são capazes de escolher os próprios valores essenciais da sociedade, passando a ser sujeitos ativos na democracia. A definição da pauta de prioridades seria fruto de um agir coletivo, a quem caberia definir o papel a ser exercido pelo Estado e, por conseguinte, o que venha a ser compreendido como bem comum.

Como visto anteriormente, em um contexto de grandes necessidades sociais, recursos financeiros escassos, amplas dúvidas quanto à capacidade gerencial do Estado, interesses divergentes e conflituosos em permanente disputa, o protagonismo da sociedade precisa ser retomado. Uma ação social constante – ainda que não articulada – pode ser defendida como um caminho viável para atenuar tensões entre grupos que disputam a primazia na fruição de direitos e alternativa diante da escassez de recursos orçamentários e limitações administrativas. A aposta no modelo de Estado regulador tende a ter seu sucesso condicionado a uma intensa participação coletiva para definição de suas prioridades.

Daí que se defende que a ideia chave a guiar esta reorientação das relações Estado-sociedade é *participação*, pelo que se elege o princípio democrático como vetor da organização estatal. Há que se apostar, portanto, em um conceito diferenciado de democracia (tendo por referência a noção clássica de governo das maiorias): não mais a vontade esmagadora das maiorias, mas vontades consensualmente construídas mediante participação social ativa, com ampla possibilidade de manifestação de indivíduos e grupos politicamente minoritários.

⁵¹ DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, ano 32, n. 1, 2009, p. 119-137. Disponível em: <http://www.scielo.br/r/pdf/trans/v32n1/08.pdf>. Acesso em: 20 de jun. 2018, p 129.

Raymundo Faoro propõe, a este respeito, uma questão que pode ser reputada essencial: como será possível sujeitar-se a uma ordem social e permanecer livre? “A liberdade política não se reduz a outra realidade senão à voluntária participação no universo das relações sociais”⁵², responde. Gostando ou não, praticamente toda a humanidade é constituída por grupamentos humanos sujeitos ao controle estatal. Estados que foram concebidos – ao menos idealmente – para atender aos interesses dos indivíduos aos quais precipuamente cabe a tarefa de determinar para onde o ente político deve rumar. Diante das inúmeras pressões, especialmente de natureza financeira, sofridas pelos países, é hora de se radicalizar o cânone democrático e retomar o protagonismo social, o que pode acontecer mesmo de forma não articulada.

6 Conclusão

A transição entre modelos de Estado – Liberal, Bem-Estar Social, Regulador – foi acompanhada por redefinições acerca das prioridades a serem perseguidas pelo ente público. O bem comum, conjunto de valores consensuais e dominantes em uma sociedade, tem sido objeto de redeseñhos constantes, além de estar permanentemente sujeito à apreensão por parte de grupos hegemônicos.

Se na lógica de predomínio dos modelos liberais havia uma primazia das elites financeiras a impor sua pauta de prioridades, o Bem-Estar social parecia estar aparelhada para romper este sistema, finalmente olhando para todos. A realidade do intervencionismo estatal, contudo, apontou em outro sentido. O que deveria ser reflexo de uma coexistência harmônica entre diferentes segmentos humanos acabou por se deturpar, desaguando em crescentes disputas pela primazia no recebimento dos cuidados despendidos pelo Estado. Quando os recursos ficaram escassos, o curto cobertor passou a ser disputado com unhas e dentes, em uma

⁵² FAORO, Raymundo. Assembleia Constituinte. A legitimidade recuperada. *in* COMPARATO, Fábio Konder (org.). **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2007, p. 212.

lógica diametralmente oposta à da solidariedade social que um dia fora a origem deste modelo.

A demanda por redução dos custos administrativos e financeiros dos Estados levou ao modelo gerencial regulador, onde a ação privada assumiu papel complementar e substitutivo. Diante disso e, especialmente, da perda da hegemonia frente à moderna e complexa sociedade, o Estado tem se retirado da função de um ente prestador de serviços, colocando-se na posição de um Estado regulador da iniciativa privada no intuito de alcançar o bem comum. Isto se deu, contudo, em um contexto no qual a fragilidade financeira dos países os tinha feito reféns do capital privado, a quem com frequência passou a caber a primazia na definição das prioridades estatais.

Ocorre que, em virtude de uma diversidade de fatores, a sociedade contemporânea se mostra pouco sensível, solidária e participativa no que diz respeito à elaboração, implementação e execução de práticas necessárias a alcançar níveis adequados e abrangentes de proteção social. É sob essa perspectiva que se evidencia o déficit democrático na construção do bem comum e, por consequência, na efetivação dos direitos sociais, atualmente.

O desafio que se coloca é resgatar o protagonismo social, mesmo em um contexto de crescentes rivalidades entre os diferentes segmentos que se antagonizam. Trata-se, portanto, de um desafio árduo, uma vez que a afirmação do que se trata o bem comum não deve advir apenas do próprio Estado, mas, sim, de uma construção coletiva.

Parece, entretanto, haver uma alternativa encontrada nos estudos Habermas. Segundo o autor, a sociedade tem um importante papel de, a partir do *agir comunicativo*, definir os seus interesses e valores principais. Isso porque, em uma situação de escassez de recursos, torna-se necessária a eleição de prioridades de forma racional e participativa. Definidas as prioridades democraticamente, a perspectiva de efetividade dos direitos se torna mais plausível e, inclusive, menos contestada entre os diversos grupos componentes da sociedade.

Para tanto, contudo, há que se ampliar os espaços de participação democrática, oferecendo a todos condições para manifestar suas vontades, independentemente de qualquer forma de organização prévia ou a intermediação compulsória de instâncias representativas. As decisões estatais devem se pautar em consensos sociais livremente formados, mediados apenas por canais institucionais suficientes a filtrar paixões e egoísmos, de modo que a vontade coletiva seja, de fato, o norte a guiar o Estado.

Referências

- AZEVEDO, Éder Marques. Do Bem Comum ao Interesse Público: as políticas públicas na República Brasileira. **Ensaios Científicos – Revista do Instituto Doctum de Educação e Tecnologia e das Faculdades Integradas de Caratinga** – v. 3, n. 1, jul./dez, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 238.
- DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, ano 32, n. 1, 2009, p. 119-137. Disponível em: <http://www.scielo.br/r/pdf/trans/v32n1/o8.pdf> . Acesso em: 20 de jun. 2018.
- ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. O processo, os direitos fundamentais e a transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Contemporâneo. **Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho**. Rio de Janeiro: Editora Gama Filho, v.16, p. 45-63, 2010.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. As Três Economias Políticas do Welfare State. **Revista Lua Nova**. n. 24, Setembro 1991.

- FAORO, Raymundo. Assembleia Constituinte. A legitimidade recuperada. *in* COMPARATO, Fábio Konder (org.). **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.
- FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GASPAR, Vitor; JARAMILLO, Laura. Reduzir a Dívida Elevada. **IMF Blog. Insights and Analysis on Economics & Finance**. Disponível em blogs.imf.org Acesso em ago. 2018.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *in* **A Inclusão do Outro. Estudos sobre teoria política**. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, v. 1, v. 2, p 505-506, 2012
- HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.
- JACOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A análise econômica do Direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Atlas, 2014.
- KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**. Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.
- MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. **Liberdade versus Igualdade. O Mundo em Desordem**. 19141945. Vol. I. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- MELO, Thiago Dellazari. Do Estado Social ao Estado Regulador. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v.30, n.1, 2010, p.223-232. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12043>. Acesso em 26 de junho de 2018.

OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado Regulador e Garantidor em tempos de crise. *in* OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (org). **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros. Perspectivas atuais de Direito Público: O direito em tempos de crise**. Volume I. Faculdade Baiana de Direito: Salvador, 2015.

PARDO, José Esteve. **La Nueva Relación entre Estado y Sociedad**. Aproximación al trasfondo de la crisis. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Jurisdição Constitucional e Teoria da Democracia de Jürgen Habermas. *in* REZENDE, Beatriz Vargas Ramos G. de; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Constituição e Democracia I. XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília/DF**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Bem-Estar Social: uma análise sobre seus problemas e alternativas para sua sobrevivência. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**. v.2, n.2, p. 8-35, 2016.

Aplicação da Lei de Guarda Compartilhada em situação de violência doméstica: um óbice à efetividade da Lei Maria da Penha

*Clara Lima Gomes*¹

*Denisson Gonçalves Chaves*²

1 Introdução

A imposição da guarda compartilhada, prevista pela Lei nº 13.058/2014, possibilitou a criação de um cenário completamente desfavorável às vítimas de violência doméstica. O peso que a mulher violentada carregada quando finalmente decide denunciar os abusos sofridos dentro do lar, já é suficiente para obstar a iniciativa da denúncia. Nesse sentido, a obrigatoriedade da guarda compartilhada de filhos nos casos em que não há consenso entre os pais, funciona como mais um freio no combate aos casos de violência.

A violência doméstica é foco de ações jurídicas, sociais e políticas, cuja finalidade é coibir a sua ocorrência. Ocorre que, por vezes o legislador incorre em erros que fragilizam a pretensão de pôr fim aos casos de violência doméstica.

¹Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA.

²Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Coordenador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJJ). Professor Substituto na área de Direito Público na Universidade Federal do Maranhão - Campus Imperatriz (UFMA).

É o que evidencia a Lei nº 13.058/14, a Lei da guarda compartilhada, que pode se transformar em instrumento de opressão da vítima, utilizado pelo agressor como forma de obstar as denúncias e punir a mulher que denuncia a violência sofrida. A partir da aplicação da guarda compartilhada, a vítima e os filhos se veem obrigados a conviver com aquele que os violentou, agrediu e destruiu o ambiente familiar do qual fazia parte.

A obrigatoriedade da guarda compartilhada resulta em decisão que desampara a mulher vítima de agressão, obrigando-a a ter de conviver e contatar ordinariamente com seu agressor. Este, utiliza a situação para oprimi-la, além de instaurar um ambiente nada propício ao saudável crescimento da prole.

Nesse sentido, resta questionar: a aplicação da Lei de guarda compartilhada pode fragilizar a defesa do direito das mulheres ao tornar-se uma nova forma de poder do agressor sobre a vítima de violência doméstica?

Essa previsão legal, faz nascer nova forma de violência, a ser exercida pelo ex-companheiro abusivo. Agora ele pode intimidar e punir a mulher submetida as suas agressões. Tal realidade, constitui óbice à realização das denúncias e quando feitas, submete a vítima a intenso sofrimento. A mulher presencia a transformação daquilo que seria a manifestação de sua liberdade em verdadeira prisão psicológica e emocional.

Dessa forma, serão avaliadas a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) e a Lei nº 13.058/14, a Lei da guarda compartilhada, sob a ótica da Teoria Feminista do Direito, avaliando as deficiências (ou não) dos diplomas legais, em viabilizar a participação das mulheres na construção dos saberes jurídicos e como contribuem para o empoderamento feminino e a luta pela igualdade de gênero. Bem como as consequências da aplicação do instituto da guarda compartilhada no ambiente familiar da mulher e dos filhos, especialmente quando num contexto de violência doméstica. Por fim, cumpre analisar quais as medidas atualmente adota-

das pelos órgãos e atores do Poder Judiciário, para impedir a aplicação mecânica da lei em comento, e quais as possibilidades de seu enfrentamento.

A pesquisa classifica-se como qualitativa e será substancialmente bibliográfica, tendo em vista a utilização de publicações, tais como livros, artigos, dissertações, teses e análises de jurisprudências, como forma de fundamentar, embasar ou refutar as hipóteses sob análise. Utilizar-se-á como procedimento metodológico a análise de conteúdo.

2 Concepção da teoria feminista do direito

A violência doméstica contra mulheres é a mais triste expressão da histórica desigualdade existente nas relações de poder e tratamento entre homens e mulheres. A cultura do patriarcado e da diminuta participação da mulher nos centros de decisão, compelindo sua atuação a meras atividades domésticas, fez nascer as mais diversas formas de discriminação da figura feminina.

A violência que ocorre dentro dos muros da residência familiar se mostra um problema de proporções alarmantes, porquanto umas das formas primeiras de violência contra a mulher, acobertada sob o manto do sacramento simbolizado pelo matrimônio.

A violência doméstica contra a mulher é caracterizada por qualquer forma de opressão, violência, seja ela física, psicológica, patrimonial, sexual ou moral, praticada pelo companheiro da vítima. O agressor, para cometer e propagar os atos de violência, utiliza-se do ambiente familiar ou da coabitação, transformando o local que deveria representar um espaço de segurança, num verdadeiro tormento, fragilizando e oprimindo a vítima.

Ante o cenário de total desamparo às mulheres vítimas das diversas formas de violência doméstica, nasce a Lei nº 11.340/2016, conhecida como Lei Maria da Penha, o nome é homenagem à Maria da Penha, mu-

lher que durante anos sofreu humilhações, foi agredida e vítima de tentativa de homicídio praticado pelo então companheiro.

Desde meados da década de 70, despontou a Teoria Feminista do Direito, que questiona qual o espaço que a mulher ocupa nas discussões e construções teóricas dessa ciência, por meio do *the woman question*, cujo significado pode ser entendido como: onde estão as mulheres? (BARLETT, 1991).

A partir dessa pergunta, tenciona-se uma análise do direito em que a mulher possa ser protagonista das reflexões acerca do Direito, tanto quanto é o homem. Nesse sentido, mostra-se prejudicial um Direito que vise proteger e aspire construir um arcabouço jurídico de proteção aos direitos da mulher que não considere as implicações e a representação do gênero feminino e, principalmente, que não tenha a própria mulher como idealizadora do saber jurídico.

É saber, faz-se imprescindível compreender quais os prejuízos, o ponto de vista, e as implicações das experiências femininas na construção do direito e na elaboração das normas, especialmente quando urge um movimento de regularização normativa que tende a proteger e resguardar os direitos das mulheres. Sobre o tema analisa-se as contribuições de Natasha Maria (2016):

Tal produção de conhecimento busca compreender de que forma as experiências das mulheres foram e são marginalizadas, revelar os prejuízos dessa marginalização, da neutralidade da lei e da doutrina às mulheres. Supõe, ainda, evidenciar que a neutralidade é uma mera aspiração dogmática que na prática acaba por legitimar produções especificamente masculinas (VIANA, 2016, p.14).

A crítica, pois, reside na tentativa de produzir um direito neutro às experiências e contribuições femininas que tenderiam a fragilizá-lo e desacreditá-lo. Nessa concepção, o direito apenas conseguiria alcançar tal neutralidade com a menor interferências do gênero feminino, já que longe de qualquer vício.

A teoria feminista do Direito, não pretende ser uma teoria explicativa ou metanarrativa do direito (CAMPOS, 2012), mas pretende sim, produzir estudos sobre e para o Direito, a partir de uma análise e por meio de referenciais teóricos feministas. Mas isso não significa que seja suficiente falar sobre as mulheres, especialmente quanto feito por homens. Tal mecanismo não se mostra apto a considerar o que é ser mulher e quais as suas necessidades.

Dessa forma, desvirtua completamente as aspirações feministas, um pensar o Direito que não advenha de suas contribuições teóricas, mas que seja feito por homens, que ilegitimamente ocupam o espaço destinado à mulher. Sobre as produções teóricas feitas com a finalidade de usurpar a voz feminina, Carmen Hein de Campos (2012, p. 34), defende que: “(...) tais trabalhos não apoiam ou valorizam o projeto feminista em si dentro da academia, mas valorizam e legitimam certas posições dentro do feminismo acadêmico que acomodam os interesses pessoais do crítico ou suas preocupações teóricas androcêntricas”.

Retirar a parcela feminina das relações e discussões do direito é mutilar a concepção total do mesmo. Frances Olsen (1990) se debruça sobre o que seria a masculinidade do Direito. Segundo a estudiosa, os pensamentos humanos estão sempre estruturados em dualismos: ativo/passivo, razão/emoção, cultura/natureza, sendo, necessariamente sexualizados os dualismos: uma metade é masculina e a outra feminina. Ademais, para a autora existe uma relação de hierarquia entre os dualismos, de forma que a metade masculina é superior e privilegiada à feminina (OLSEN, 1990).

A racionalidade, o ativo e a objetivação estaria relacionada ao sexo masculino, cabendo à mulher a parcela referente à fragilidade, a subjetividade e a emoção. Tendeu-se a buscar um direito cada vez mais estático, e conseqüentemente, descartando quase que por completo as subjetividades das relações, as implicações exteriores aos muros criados para o Direito. Pretendia-se, portanto, uma ciência cada vez mais próxima das ciências exatas.

Nesse sentido, foi orgânica a aceitação do Direito como algo masculino e, portanto, tendo como protagonista o homem que historicamente comandava os centros de poder, a vida política, a economia e provisão da família, etc. Daí as considerações de Frances Olsen:

As práticas sociais, políticas e intelectuais que constituem o direito foram, durante muitos anos, levadas a cabo quase que exclusivamente por homens. Dado que as mulheres foram por longo tempo excluídas das práticas jurídicas, não surpreende que os traços associados às mulheres não sejam muito valorados no direito. Por outra parte – em uma espécie de círculo vicioso –, se considera que o direito é racional e objetivo, entre outras coisas, porque é valorado e, por sua vez, é valorado porque considerado racional e objetivo (OLSEN, 1990, p. 140).

Quando questiona-se em que medida o Direito se volta para o papel das mulheres na sociedade, basta retomar à questão inicial trazida por Barlett: “onde estão as mulheres?”. Ao propor tal questionamento, fica evidente que a percepção do espaço ocupado pela mulher na sociedade, não se reduz a conjecturas legais e teorias conceituais, mas se traduz na construção de um sistema complexo disposto a atingir as finalidades da Lei Maria da Penha e qualquer legislação disposta a defender os seus direitos.

Sobre outro viés, tratar o Direito sobre uma perspectiva feminista é trabalho que comporta a noção de profundidade dos questionamentos, conjecturas e pôr fim a construção do saber que contemple a efetiva participação da mulher, em um amplo contexto social, de forma que sua voz possa ser ouvida nos mais variados conflitos regulados pelo Direito. Nesse sentido, as contribuições de Isabel Jaramillo:

As críticas e os usos do Direito pelo feminismo, no entanto, não são apenas intensos, mas também imensamente variados, tanto em sua quantidade quanto em sua qualidade, em última análise, dependem da maneira pela qual cada mulher ou grupo de mulheres entendem sua opressão dentro das sociedades contemporâneas, bem como sua compreensão da lei e suas

relações com outras esferas da vida social (JARAMILLO, 2000, p. 27, tradução nossa).

Bem por isso, mostra-se imprescindível, analisar a Lei Maria da Penha e a Lei da Guarda Compartilhada sobre a perspectiva Feminina do Direito. Cumpre destacar que o texto legal por si só, não é suficiente para pôr fim às problemáticas sociais, aliada à elaboração da lei, resta incontestemente a importância dos meios que serão utilizados para o seu alcance. Nesse sentido, a Lei Maria da Penha é considerada um dos grandes marcos da luta contra a violência doméstica, inclusive com reconhecimento internacional, não só porque traz em seu bojo um aparato legal disposto a impedir e responsabilizar as mais diversas formas de expressão da violência, como também estabelece mecanismos, instituições, sistemas e especialização de órgãos no atendimento das mulheres vítimas e no processamento das demandas de forma particularizada.

2.1 Análise da construção legislativa da Lei Maria da Penha sob a perspectiva da Teoria Feminista do Direito

Nesta oportunidade, empenha-se esforços na análise de como se deu o projeto de aprovação da Lei Maria da Penha, de forma a demonstrar a importância e a influência da perspectiva feminista do Direito na promulgação do referido diploma legal.

Quando do projeto de elaboração da Lei Maria da Penha, foi crucial a efetiva participação das mulheres nos mais variados segmentos de forma a melhor retratar o cenário e anseios das mulheres no contexto posto.

As estratégias dos movimento feministas e de mulheres no âmbito do reconhecimento dos direitos se deram no sentido de visibilizar que o Estado e suas instituições estão permeadas por ideologias e práticas patriarcais, tão quanto estão as relações na sociedade (SAFFIOTI, 2015; PATEMAN, 1993; STEARNS, 2007; LERNER, 1990 *apud* OLIVEIRA, 2017, p. 620).

Um grupo de organizações e instituições, encabeçado por mulheres (Leila Linhares Barsted (Cepia), Carmen Hein de Campos (Themis), Silvia Pimentel (Cladem), Iáris Ramalho Cortês (Cfemea), Beatriz Galli (Advocaci) e Elizabeth Garcez (Agende), Rosana Alcântara, do Cedim, Rosane Reis Lavigne, defensora pública do Estado do Rio de Janeiro e Ela Wiecko de Castilho (sub-procuradora da República), resolveram unir forças e formar um consórcio para a elaboração de um anteprojeto de lei com vistas a criar uma política sistemática de enfrentamento da violência contra a mulher.

É possível observar a efetiva condução das mulheres na elaboração da principal lei com vistas a defender a integridade física, psicológica, emocional e patrimonial da mulher. O objetivo era afastar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais, a Lei nº 9.099/95, aplicada aos casos de violência doméstica, como à época acontecia (CALAZANS, CORTES, 2011).

Com a criação do consórcio, teve início a formulação de um verdadeiro estudo com levantamento de arcabouço jurídico sobre as leis de proteção à mulher, existentes em outros países, em especial países da América Latina, além de documentos oriundo das atividades desenvolvidas por Organizações Internacionais (CALAZANS, CORTES, 2011).

O anteprojeto foi apresentado pela ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – SPM, integrante do Poder Executivo Federal (CALAZANS, CORTES, 2011).

Posteriormente, foi instituído o Grupo de Trabalho Interministerial – GTI por meio do Decreto 5.030/2004, que teve a função de elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher. Contou com a participação de um grupo de Juízes integrantes do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), que por vezes entendiam diversamente das propostas do grupo (CALAZANS, CORTES, 2011).

Essa oposição aos ideais perquiridos pelo grupo de mulheres foi tal, que com o transcorrer dos dias as convicções construídas pelo consórcio, foram aos poucos perdendo força, em grande parte pela oposição dos

juízes integrantes do FONAGE que acabaram por “contagiar” inclusive, as integrantes do GTI. O resultado final, foi o envio de um anteprojeto descaracterizado da intenção inicial do Consórcio.

É preciso ressaltar, entretanto, que o projeto trouxe ainda algum espírito das propostas que entusiasmaram a criação do Consórcio, de tal sorte que continha em muito de seus capítulos o dever e os mecanismos a serem adotados pelo Poder Público no combate aos casos de violência, por meio de programas de assistência jurídica, medidas cautelares, além de mapear as mais diversas formas de expressão da violência doméstica, de forma a abarcar o maior número de situações de opressão vivenciada pelas vítimas (CALAZANS, CORTES, 2011).

O projeto seguiu para tramitação no Congresso, sob o número PL 4559/2004, onde passou por diversas Comissões, quais sejam, a Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) da Câmara dos Deputados – ocasião que contou com a participação da sociedade nas discussões sobre o projeto, por meio de audiências públicas em determinadas cidades, onde necessariamente deveriam contar com a participação de mulheres vítimas de violência doméstica, além da retirada dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher da abrangência da Lei 9.099/95; inclusão de dano moral e patrimonial, que passou a integrar o conceito do crime de violência doméstica e familiar contra a mulher; *assistência especial para crianças e adolescentes que convivam com tal violência e fixação de limite mínimo de distância entre a vítima, seus familiares e as testemunhas, e o acusado*; substituição do termo “medidas cautelares” por “medidas protetivas de urgência” em todo o projeto; e, a criação uma vara judiciária especial para tratar desse tipo de crime – Comissão de Finanças e Tributação (CFT) da Câmara dos Deputados e Comissão Constituição de Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados. Por fim, o projeto foi votado e encaminhado para o Senado Federal (CALAZANS, CORTES, 2011).

Sob o olhar atento da sociedade civil, que clamava pela definitiva aprovação da Lei, a relatora encaminhou seu parecer favorável ao projeto

para a Comissão de Constituição e Justiça em maio de 2006, que também emite parecer favorável à sua aprovação. A partir de então, o projeto apenas segue o rito de tramitação do Senado, quando é aprovado e encaminhado para a sanção do Chefe do Poder Executivo, em 07 de agosto de 2006.

O ano de promulgação da Lei Maria da Penha, 2006, seguiu com diversas manifestações de organizações de luta pelo direito das mulheres, com o intuito de ver nascer a primeira legislação que pretendia de uma vez por todas criar todos os mecanismos para dar efetividade ao direito fundamental das mulheres a viver uma vida sem violência.

Apenas a título de exemplo, cita-se o expressivo número de manifestações e passeatas como as ocorridas no país no dia 07 de março, além da utilização em massa dos meios de comunicação para fazer chegar ao maior número de pessoas, em que pé estavam as discussões no Poder Legislativo e à promulgação da Lei (CALAZANS, CORTES, 2011).

A partir da análise do processo de promulgação da Lei Maria da Penha é possível compreender de forma mais clara como o movimento feminista, mas principalmente como a Teoria Feminista do Direito possui um papel importante na luta, defesa e participação feminina na construção do Direito.

Os fatos demonstram que patrocinar a diferença entre os sexos, aliado à hierarquia de um sobre o outro (masculino sobre o feminino), importa num empobrecimento do Direito, não apenas em sua acepção teórica, como também no campo da prática, onde o Direito encontra sua finalidade.

De outro modo, mesmo quando considerada as contribuições femininas na propositura do projeto de lei, as medidas de participação social adotadas, fizeram possibilitar a contribuição de diversos segmentos sociais, bem como possibilitou a participação de mulheres nas mais distintas classes, raças e em diferentes localidades do país. Tal realidade fez com que não apenas fosse possível dar voz às mulheres, como proporcionou a criação de uma lei que retratasse as mais distintas situações. Nesse sentido, impediu-se que, sob o manto da necessária unidade feminina, a lei

acabasse por retratar uma realidade distorcida e aplicada a apenas um segmento social, em detrimento de outras vítimas que por diversas situações, dentre elas a falta de conhecimento, poderiam ter sido desatendidas pela lei (JARAMILLO, 2000, p. 34).

Do que fora demonstrado, é lógico compreender que o seu trâmite envolveu um sério e comprometido processo de estudos, discussões e contribuições acadêmicas que resultaram em uma elaborada lei, cujo conteúdo tem positivo reconhecimento internacional. Cai por terra, pois, a teoria de que as contribuições femininas seriam inerentemente acobertadas pelo subjetivismo, fragilidade e irracionalidade. Ora, a sensibilidade que o ato normativo possui, especialmente quando versa sobre direitos fundamentais, em nada está relacionado com uma suposta fragilidade feminina, mas deveria ser uma condição própria da construção do Direito, visto que regula situações sociais.

Tal perspectiva proporcionou a elaboração de lei profundamente comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres e em sintonia com a realidade por elas vivenciada.

2.2 A lei de Guarda Compartilhada sob a perspectiva da Teoria Feminista do Direito

As disposições pertinentes à guarda está inserido no Capítulo do Código Civil que trata da proteção da pessoa dos filhos, portanto, quis o legislador tratar o tema sob o ponto de vista do melhor interesse do menor. Dispõe o art. 1.583, §§ 1º e 5º, do Código Civil:

Art. 1.583, § 1º - Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, a guarda compartilhada impõe o dever de cuidado conjunto de ambos os pais. Subsumindo tal disposição legal a um conflito

familiar em que se esteja diante do cometimento de violência doméstica, é perceptível, o quanto tal previsão é prejudicial à vítima violentada, seja porque a intimida de denunciar, seja porque, em sendo realizada a denúncia, é obrigada a conviver com o agressor.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, partindo da perspectiva de que o menor é sujeito de direito, a ele importa estabelecer da melhor forma possível o convívio e bom relacionamento com ambos os pais. Por isso, o art. 33 do ECA (2018), dispõe que: “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”

O arcabouço jurídico mencionado guarda razão quanto a sua finalidade, sempre buscando impedir que os filhos, quando no contexto de separação conjugal dos pais, venham a ser desconsiderado das decisões e tido como mero coadjuvante da relação jurídica. Entretanto, a Lei nº Lei nº 13.058/14, não pôde contar com a justificativa da busca pelo interesse dos filhos para legitimar os prejuízos que viriam a acometer às mães, quando vítimas de violência doméstica, chegando a casos em que, inclusive, os prejuízos dela oriundos alcançariam a pessoa dos filhos.

Exemplificando, a Lei nº 13.058/14, alterou o Código Civil, de forma a dispor como regra a guarda compartilhada nos casos em que não há consenso entre os genitores, *in verbis*:

Art. 1.584, § 2º - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (BRASIL, 2018).

É possível compreender os motivos que levaram o legislador pátrio a pretender obrigação da concessão da guarda compartilhada, devido à cultura patriarcal em que estamos inseridos, que têm por natural atribuir à mulher a responsabilidade pela guarda e cuidado dos filhos. Tanto é assim, que segundo dados do IBGE, no ano de 2002, a guarda compartilhada correspondeu a apenas 2,6% das separações e 2,7% dos divórcios

(IBGE, 2003). Já no ano de 2006 e 2011 a responsabilidade de cuidado dos filhos atribuída a ambos os pais era de apenas 3,0% e 5,4% dos casos de dissolução judicial sem recursos (IBGE, 2012).

Diante desse cenário, que a lei intitulada Lei da guarda compartilhada foi promulgada. Tinha o intuito possibilitar uma maior participação dos pais na guarda e criação dos filhos, através do compartilhamento dos cuidados com o menor.

Os resultados foram significativos, de acordo com dados do IBGE, o número de registros de guarda compartilhada quase triplicou entre 2014 e 2017, passando de 7,5% dos casos de divórcio de casais com filhos menores para 20,9% (IBGE, apud TALLMANN, ZASSO, MARTINS, 2018).

O propósito a que se destinava a Lei, foi inclusive vista com certo entusiasmo entre os estudiosos e doutrinadores da área. Segundo defende Maria Berenice Dias:

O homem acabava absolutamente refém do poder materno, que só lhe permitia ter acesso aos filhos, quando ela deixava. E isso sem qualquer justificativa. Muitas vezes, era ameaçado de não mais vê-los, caso não majorasse os alimentos ou partilhasse os bens de forma que a mãe queira. Até o fato de constituir novo vínculo afetivo servia de motivo para impedir que os filhos convivessem com o pai e a “madrasta”. Na busca de mais direitos e mais espaços de convívio, os pais se uniram em um número significativo de associações e organizações não governamentais. Destes movimentos participam algumas mulheres – poucas, é verdade - afastadas, dos filhos, sofrem iguais dificuldades (DIAS, 2015, p. 519 -520).

Em que pese à boa intenção da Lei nº 13.058/14, a obrigatoriedade da guarda compartilhada nos casos de separação em que não há consenso entre os cônjuges, pode financiar a ocorrência de mais conflitos e desgaste à relação familiar.

É o que se observa quando a guarda advém de um processo que versa sobre violência doméstica. O grande problema reside na aplicação estritamente mecânica da guarda compartilhada, sem considerar as questões psicológicas, emocionais, que o caso requer. A imposição dessa forma de guarda acaba por desamparar a mulher vítima de agressão,

obrigando-a a se submeter a um regime contínuo de contato com seu agressor, que não poucas vezes transforma tal imposição num mecanismo para oprimi-la, além de criar uma realidade completamente hostil e prejudicial à prole.

Como bem delinea a Lei Maria da Penha, as formas de violência contra a mulher, são variadas. Nesse sentido, o agressor ainda que de forma inconsciente acentua a forma de agressão contra a mulher quando possuem filhos. Esse fator tem a capacidade de vulnerabilizar ainda mais a vítima, conforme conclui a pesquisa realizada pelo Senado Federal no ano de 2017, que fez elaborar um relatório onde é possível atestar que:

A presente edição verificou que a mulher que tem filhos está mais propensa a sofrer violência. Enquanto o percentual de mulheres sem filhos que declararam ter sofrido violência provocada por um homem foi de 15%, o percentual de mulheres com filhos que o declararam foi de 34%. As mulheres com filhos também estão mais sujeitas a sofrer violência física. Entre as mulheres que têm filhos e declararam ter sofrido violência, 70% foram vítimas de violência física. Já entre as mulheres que não têm filhos, esse percentual foi de 38% (SENADO FEDERAL, 2017).

O problema pode ser entendido pela sua tentativa de resolução apenas sob o viés da criança e da família, o que de forma alguma é uma estratégia errônea. Entretanto, ao afastar o olhar da perspectiva feminista, abre-se uma brecha para propiciar a ocorrência desses abusos e configurar uma nova forma de violência contra as mulheres.

Marília Lobão (2017), durante pesquisa, constatou que o instituto da guarda compartilhada carece em grande medida de literatura que se apoie nas teses feministas:

Ao iniciar a revisão de literatura sobre guarda compartilhada a partir de uma lente feminista, a percepção empírica tornou-se fato: pouquíssimas/os pesquisadoras/es estudaram o tema a partir da ótica das mulheres-mães, porém centenas analisaram-no com foco nas crianças, na família e, um número significativo, nos pais. Apenas pesquisadoras feministas se interessaram por estudar as vivências de mulheres-mães que compartilhavam a guarda de su-

as/eus filhas/os e que eram provenientes de um casamento marcado pela presença de assimetria de gênero e da não divisão igualitária dos cuidados dedicados as/os filhas/os com o pai de sua prole (RIBEIRO, 2017, p. 15).

Segundo contribuições de Ribeiro (2017), mesmo quando considerada o melhor interesse da criança, não havia garantia de maior interação com o genitor, e na realidade a guarda compartilhada não estabelecia uma igual forma de cuidados entre os pais.

O que os fatos demonstram é que a Lei de guarda compartilhada, em que pese tenha objetivos muito caros à defesa dos direitos dos menores, perde muito de sua praticidade quando nasce sem um estudo aprimorado que considere todos os fatores que envolvem uma relação de separação. Dessa forma, cabe considerar a idade da criança, a qualidade da relação entre os familiares, o vínculo da criança com a mãe e o pai, e se existe alguma situação de conflito entre os cônjuges (RIBEIRO, 2017, p. 26).

Desconsiderar esses fatores aliado à imposição da guarda compartilhada nos casos em que não há consenso entre os pais, portanto, é uma falha extremamente perigosa que pode trazer consequências negativas tanto para a proteção dos filhos, quanto para a efetivação dos direitos das mulheres, fazendo dificultar a punição e, por fim, impedir a erradicação dos casos de violência doméstica.

Nesse sentido, analisar-se-á, nos capítulos seguintes casos específicos, em que a guarda compartilhada ensejou uma piora das situações de violência doméstica contra as mulheres, por vezes dificultando a apuração dos casos.

3 A realidade em foco: a guarda compartilhada em situações de violência doméstica

O presente capítulo trata de abordar quais os efeitos da aplicação da Lei de guarda compartilhada na vida das mães, especialmente quando num contexto de violência doméstica.

Diante da quase inexistência de estudo estruturado que retrate de forma próxima da realidade quais os impactos dessa lei, despender-se-á esforço em somar materiais de estudo consistente em análise jurisprudencial, literaturas sobre o tema e pesquisas situacionais, que apesar de não retratarem a realidade geral do país, podem nortear qual a influência da Lei de guarda compartilhada no núcleo familiar.

A falta de cuidado em elaborar um estudo científico que previsse quais os resultados da aplicação da guarda compartilhada, fez com que se tornasse verdadeiro “tiro ao escuro”. Apenas as experiências práticas, bem como a elaboração de estudos comprometidos com a realidade, podem demonstrar quais as consequências de sua aplicação.

Ressalta-se, a falta de inquietação do Poder Público em mapear o cenário criado pela aplicação da Lei de guarda compartilhada, tendo em vista que regula uma situação jurídica de considerável importância para a sociedade. Pelo comando legal, a guarda compartilhada passa a ser regra, e não adotada em casos específicos, o que gera mais estranheza na aparente indiferença em elaborar um plano de estudo que pudesse prever os impactos de sua aplicação.

3.1 O impacto da Lei de Guarda Compartilhada no núcleo familiar.

A guarda compartilhada, conforme dispõe o art. 1.583 do Código Civil é aquela que compreende a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (Código Civil, 2018).

Dessa forma, diferente da guarda alternada e da unilateral, na guarda compartilhada os filhos do casal passam a morar na residência de um dos pais, mas os cuidados e a decisão sobre situações que envolvam o filho, cabe a ambos os genitores. É fácil perceber, pois, que a referida forma de guarda impõe o contato direto e frequente entre os ex-cônjuges.

O objetivo da guarda compartilhada é louvável, na medida em que busca estabelecer uma igual cooperação entre os pais, compelindo-os a participarem de forma ativa, direta e igualitária da vida dos filhos, um dos principais afetados pelo processo de separação. Segundo ensina Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 188): “a ideia é fazer com que pais separados compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos (...) reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões”.

A finalidade da guarda compartilhada, pois, é proporcionar a manutenção dos vínculos familiares, algo essencial para a adequada formação pessoal, social e psicológica dos filhos. Entretanto, faz-se imperiosa a boa vontade dos cônjuges em estabelecer um cenário com o mínimo de estabilidade e boa convivência, de forma que seja benéfica a escolha dessa espécie de guarda.

Em que pese a evidente boa intenção que teve o legislador pátrio, impor a convergência de opiniões para casais em evidente situação de conflito, pode, por si só, implicar na configuração de um cenário hostil, que acarreta num desgaste à sadia qualidade de vida de todas as partes envolvidas, em especial dos filhos. É lógico que, o desajuste do relacionamento entre o ex-casal não pode se sobrepor ao bem comum e ao melhor interesse dos filhos, de tal forma que, também há de se ponderar a possibilidade da determinação da guarda compartilhada, quando os conflitos parecem significar mero capricho das partes, com a finalidade de atingir o ex-companheiro, como entende Grisard Filho (1999, p. 443): “(...) é também bem-sucedida mesmo quando o diálogo não seja bom entre as partes, desde que essas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade”.

Outra situação completamente diferente, resta evidenciada, quando numa situação de violência doméstica. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

Essa modalidade de guarda dita compartilhada não se torna possível quando os pais se apresentam em estado de beligerância, ou quando residem distan-

tes um do outro. Essa solução dependerá da perspicácia do magistrado e em especial do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do exame do grau de fricção que reina entre eles após a separação (VENOSA, 2013, p. 187).

Observa-se, que no campo da psicologia não há dúvidas de que o processo de escolha pela guarda compartilhada implica numa “convergência de fatores, tais como o histórico do casal, aqui compreendido as disputas pré e pós-divórcio, a idade dos filhos, o temperamento dos envolvidos, a qualidade do relacionamento pais-filhos, as habilidades de *coping* e o exercício da coparentalidade” (LAGO, BANDEIRA, 2009, p. 293). A consideração desses fatores influirá no sucesso ou não da guarda compartilhada.

Inclusive é consenso, dentre os profissionais da psicologia, que a guarda compartilhada pode ter resultados satisfatórios, quando os pais reúnem atributos, como “baixos níveis de conflitos anteriores à separação; um exercício da paternidade/maternidade centrado na criança; concordância em relação à decisão do término da relação conjugal e à decisão da guarda compartilhada (...)” (LAGO, BANDEIRA, 2009, p. 293).

Todas as considerações alhures mencionadas demonstram que não é verdadeira a afirmação de que a guarda compartilhada se configura como uma situação prejudicial ou ineficiente em todos os casos. Mas, parece ser preferível que a sua escolha seja resultado de uma ponderação de fatores, a ser examinada caso a caso, sob o respaldo de laudos de profissionais da área da saúde. Por lógico, essa análise deve ser preliminar e não quando já instalada a guarda.

Dessa forma, em que pese a intenção do legislador de redistribuir os cuidados entre pai e mãe, inclusive fazendo diminuir a crença de que os cuidados do filho cabem apenas à figura materna, transformando o pai de mero visitante e provedor dos filhos para um fiel colaborador e supervisor, objetivando assegurar a prevalência dos interesses da prole, faz-se imprescindível um mínimo de diálogo e respeito entre os pais, sob pena de se ver esvaír os objetivos do instituto em análise (SOUSA; SOUZA, 2016, p. 799).

Todas as considerações parecem convergir para uma conclusão lógica, por mais que o Direito tencione resolver todos os problemas humanos postos sob sua análise, ainda o é essencialmente uma ciência humana, fundada no campo do “dever ser”, prevendo situações e possibilidades que melhor se adequariam a uma realidade ideal, mas que, ao fim ao cabo, ainda é protagonizada por atores sociais, humanos, que não raras vezes colocam suas necessidades, sentimentos e egoísmos a frente daquilo é o bem comum.

Ora, quis o legislador resolver o problema por meio da imposição legal, mesmo diante de um problema social complexo, em que diversos fatores e situações podem se caracterizar, tornando particular cada caso sob análise do julgador. Tal atitude apenas comporta na ineficácia dos propósitos da guarda compartilhada, já que ausente requisito indispensável para seu sucesso, o comprometimento dos genitores. Pela precisão da contribuição de Rolf Madaleno, transcreve-se:

Se a guarda compartilhada pressupõe o consenso e o diálogo, não podem exercê-la casais separados e sem nenhuma relação de comunicação e de entendimento, em famílias disfuncionais; antes precisam atender à solução de suas diferenças pessoais e das mágoas porventura remanescentes, desfazendo ressentimento a tempo de permitir adotarem um modelo de guarda conjunta pelo consciente consenso de estarem adotando o melhor para seus filhos (MADALENO, 2013, p.442).

É nesse cenário, marcado pelo conflito entre os ex-cônjuges, que está inserido o menor, obrigado e submetido a uma situação que em nada beneficia ou enriquece o seu ambiente familiar. Para Sousa e Souza (2016, p. 801): “nesse meio, parece não haver espaço para a aplicação da guarda compartilhada, eis que os pais estão imbuídos de sentimentos mesquinhos que inviabilizam a medida”.

Portanto, seja sob o ponto de vista do melhor interesse da criança, seja do ponto de vista do relacionamento entre os pais (aqui podendo perfeitamente considerar as vítimas de violência doméstica), a aplicação da guarda compartilhada, importa numa convergência de fatores que

garantam a eficácia dos seus propósitos e não numa piora da situação familiar já fragilizada. É aqui que ganha importância o papel do magistrado a quem compete, dentro da situação posta, analisar qual a forma adequada de cuidado dos filhos.

Faz-se necessária também a participação das ciências psicossociais no momento da discussão, construção e elaboração de dispositivo legal. Possivelmente foi a desatenção ou mesmo desconsideração das contribuições das referidas ciências que fez surgir situações desastrosas a membros direta e indiretamente afetados pela aplicação obrigatória da guarda compartilhada, inclusive nos casos onde existem conflitos familiares.

3.2 A Lei de Guarda compartilhada na vida das mulheres: análise de casos específicos da imposição da Lei de Guarda Compartilhada em mulheres vítimas de violência domésticas.

Como mencionado no início do capítulo é escasso o estudo do impacto da imposição da guarda compartilhada, inclusive nos casos de violência doméstica. Em que pese tal omissão, é possível fazer uma avaliação da situação, ainda que não seja capaz de retratar a totalidade da realidade do Brasil, a partir de poucos estudos realizados por pesquisadores de forma acadêmica e análise da jurisprudência pátria.

Durante pesquisa Marília Lobão (2017), entrevistou três mulheres do Estado do Distrito Federal, duas submetidas junto aos filhos e ex-companheiros ao regime da guarda compartilhada e uma terceira enfrentando o processo de alteração da guarda de unilateral para compartilhada. As participantes fazem parte das classes econômicas A, B e C.

Quando questionadas sobre as violências vivenciadas, seja na constância do casamento, seja atualmente com a manutenção da guarda compartilhada, foi possível evidenciar a sua configuração, apesar de ape-

nas uma das entrevistadas demonstrar ter ciência das violências sofridas, em parte porque se caracterizaram como violência física, *in verbis*:

(Naila): aconteceram coisas durante o nosso relacionamento que me feriu muito, coisas que eu nunca imaginei que fosse passar e eu passei. E violência mesmo, todos os tipos de violência. Não consigo vê-lo como um amigo para eu compartilhar as coisas do meu filho... Violência física, violência psicológica, violência sexual, todas as violências eu sofri com ele (RIBEIRO, 2017, p. 133).

Na realidade, pelos relatos das mulheres, todas sofrem pelo menos a violência psicológica, conquanto as atuais atitudes dos ex-companheiros, no que concerne aos atos e decisões sobre a vida dos filhos, importaram no dano emocional das entrevistadas. Segundo “Tânia” (nome fictício): “e tudo [as negociações sobre as férias do filho] muito na ironia, no deboche”; “ela [amiga psicóloga] me disse assim: você precisa ler sobre a Lei Maria da Penha, porque Lei Maria da Penha não é só tapa na cara não; ela é muito mais ampla do que você pode imaginar; (...) você não pode viver desse jeito, isso não é qualidade vida” (RIBEIRO, 2017, p. 133).

Já quanto aos relatos de “Gisa”: “Meu coração morre porque eu estou em casa cuidando da minha pequena, sendo mãe... podia estar sendo mãe dos meus filhos. E ele quer a guarda para os meus filhos ficarem com a madrasta... E eu aqui, em casa... É uma maldade...” “eu entrei na Justiça para a guarda não ser assim... mas ele é advogado, ele ganha tudo. E qualquer coisa que eu faça, ele entra na Justiça... Ele sabe que para mim é caro e para ele, é só mais um processo no escritório dele. Então, desisti...” (RIBEIRO, 2017, p. 133-134).

Dos primeiros relatos, parece cristalino o quanto as questões sobre a escolha da guarda merecem ser pautada sob o ponto de vista da análise feminista do Direito. As disposições legais, em especial sobre a guarda compartilhada, parecem em dissonância com a realidade enfrentada pela mulher no cenário cotidiano. A concepção feminista do Direito, compreende todas as formas de expressão assumidas pela mulher na sociedade, inclusive a materna. Não é segredo que historicamente se atribuiu à mu-

lher o dever de cuidado com os filhos. Além da interferência social, há de se reconhecer, biologicamente, o reflexo da maternidade na vida das mulheres. Portanto, a lei de guarda compartilhada deve se ater a todos os liames que envolvem as relações psicológicas, emocionais, sociais de ambos os pais.

A pretensão da referida lei, parece se aproximar muito mais de uma ideia romântica e idealizada das famílias, que representar sua real forma. Ninguém discute os benefícios do ideal perquirido pela lei, onde os ex-cônjuges convergiriam suas ações para propiciar um cenário emocional e psicologicamente saudável aos filhos. O que a realidade demonstra, entretanto, é um total desinteresse dos pais em se responsabilizar pelos cuidados do filho, e na realidade, apenas buscam atingir a ex-companheira configurando uma das formas da expressão da violência doméstica, a violência psicológica, emocional (embora não seja uma realidade em todos os casos, daí a necessidade de análise individualizada).

Não se pode aceitar, entretanto, que o papel de cuidados dos filhos caiba sempre à mulher, restando aos pais a função de mantenedor, porém, é precipitado impor o exercício igualitário dos cuidados, quando não se faz indiscutível a vontade das partes em “fazer dar certo” os termos da guarda compartilhada, como está fazendo a Lei nº 13.058/2014.

Prova disso, é como as próprias entrevistadas na pesquisa parecem avessas ao compartilhamento dos cuidados dos filhos, ainda que a divisão de responsabilidade possa significar uma “retomada de seus corpos”, permitindo a realização de atividades outras, que lhes proporcionem novas experiências e enriqueçam a vida (LAGARDE, apud RIBEIRO, 2017). Isso se deve em grande parte, porque as experiências demonstram que a adoção da guarda compartilhada em nada trouxe independência para as mulheres, apenas as submetem ao controle e total submissão às intempéries corriqueiras do ex-companheiro. Nessa medida, sempre que surgem contratemplos e indisposições que impossibilita o pai de cuidar dos filhos, cabe à mãe buscar uma alternativa para realizá-los, ainda que isso importe na interferência de seus afazeres pessoais.

É o que se depreende-se dos relatos. Segundo “Tânia”: “Tanto que eu perguntava coisas para ele [o pai, sobre os colégios], que ele disse que tinha visitado os colégios, e eu via que ele não tinha visitado colégio nenhum”. Já “Gisa”: “mas quando é médico eu que tenho que levar ainda, se eu não bato o pé para ele levar, ele me ajudar, eu que tenho que fazer tudo, tanto que fono e psicólogo eu que levo” (RIBEIRO, 2017, p. 134).

O que os fatos demonstram, é que a realidade demanda muito mais que as boas intenções do legislador. Não há como injetar no comportamento dos pais, atitudes que nunca foram ensinadas e aprendidas. O que se necessita, na realidade é de uma reeducação, que precisa ser ensinada nas presentes e futuras gerações. Quanto à geração atual, não é ideal impor uma situação que apenas acarretará em desgaste emocional a um dos atores da relação (as mulheres). É preciso, pois, criar mecanismos que possibilitem uma mudança orgânica de atitudes, quando o caso mostrar possível.

Infere-se que a adoção da guarda compartilhada não retrata necessariamente a ideia trazida pela “coparentalidade”, que preconiza a unidade de propósitos dos pais, congregando esforços afetivos, patrimoniais e morais direcionadas para a construção de família minimante estruturada que possa ser o centro de apoio dos filhos (AMARAL, 2018).

A consciência da inexistência da coparentalidade, infelizmente, não parece ser algo usual no cotidiano forense, mesmo em países em que a guarda compartilhada é adotada a mais tempo, o que pressupõe a existência de estudos e considerações mais maduras sobre o assunto. É o caso do Quebec, onde reina nos círculos profissionais e sistema de justiça a crença de que a custódia compartilhada é suficiente para resolver os conflitos entre ex-cônjuges, embora tal cenário não seja evidenciado por meio de pesquisa ou práticas de internação (COTÉ, 2013, p. 48).

O problema se faz sentir também no resultado pouco expressivo do dever de responsabilidade dos pais para com os seus filhos. Na mesma pesquisa, Marília Lobão (2017), verificou a ocorrência do fenômeno da “terceirização dos cuidados com a prole” em que as participantes “Tânia”

e “Gisa” informaram que os cuidados com os filhos foram atribuídos, respectivamente, para a mãe de um amigo do ex-companheiro e para a atual esposa do ex-companheiro (RIBEIRO, 2017, p. 135).

Não é de se pensar, entretanto, que a guarda compartilhada seja algo desconsiderado pelas mães, pelo contrário, todas as entrevistadas falaram que essa forma de guarda seria plenamente possível e funcionaria, caso a guarda compartilhada idealizada pelo legislador, efetivamente se concretizasse. Porém, a guarda vivenciada no cotidiano das mães, apenas demonstra que não existe nenhum compartilhamento de responsabilidades, para “Tânia”: “que compartilhamento é esse? (...) Ele [pai] ‘não, o que você achar melhor, porque você sempre sabe o que é melhor, porque você sempre fez o que é o melhor’, a decisão continua sempre na minha mão” (RIBEIRO, 2017, p. 135).

Sob o ponto de vista dos filhos, o descompromisso dos pais com a coparentalidade também se mostrou prejudicial. “Tânia” relata: “e ele diz com todas as frases ‘meu pai me troca por qualquer coisa’”; já “Gina”: “quando está lá, não leva (nas atividades extraescolares) porque não tem como levar, porque está com a madrasta e a madrasta já tem dois filhos e é muito no prato dela. Então quando eles estão lá, eles não fazem nenhuma atividade” (RIBEIRO, 2017, p. 135).

Antes das conclusões, cita-se ainda a pesquisa feita por André Oliveira (2015) realizada também no Distrito Federal, mas na cidade de Ceilândia. Foram entrevistados, além das mulheres vítimas de violência doméstica a enfrentar um processo de guarda compartilhada, os juízes e promotores dos processos

Durante a pesquisa e por meio da análise dos relatos das mulheres entrevistadas, foi possível perceber que o processo de guarda na verdade acaba por acentuar o cenário de violência doméstica preexistente (OLIVEIRA, 2015, p. 94).

Na realidade, o histórico de violência segue uma linha ascendente, os primeiros episódios surgem após o casamento, acentuam-se com o nascimento dos filhos, algumas mulheres tomaram coragem de romper os laços

conjugais e posteriormente, no processo de guarda, surgem novos episódios de violência, geralmente psicológico. Em grande medida, isso ocorre porque a mulher se vê, na maioria das vezes, dependente do marido, perdendo seu espaço e conseqüentemente, o seu empoderamento.

Quando perguntadas se a disputa pela guarda poderia levar a um contexto de violência doméstica, as entrevistadas responderam assertivamente, e relataram que a situação de guarda fazia nascer uma nova forma de violência contra elas. Destaco os trechos das entrevistadas 1, 2 e 3:

(...) eles ficam com essa questão da guarda, batalhando pela guarda contra a mulher, como uma forma de competição. Eu já percebi isso. Eles querem competir. E às vezes quando eles ganham a guarda é uma forma de atingir a gente. Eu acho. Dessa forma eu acredito nisso. Muitas já contaram isso. E eu também tô passando pela mesma situação (Entrevistada 1 – OLIVEIRA 2015, p. 97).

Ele até entrou primeiro do que eu porque eu não tinha... eu ainda estava mal psicologicamente. Eu também estou com um problema de saúde. E aí ele foi mais rápido e ele fez isso exatamente para mostrar que era um bom pai, ele ofertou alimentos. Mas na verdade ele fez isso já para me prejudicar. E eu senti muita fragilidade de estar ali com ele num processo porque ele estava melhor preparado do que eu. Eu digo assim psicologicamente. Ele falou mentiras e eu não conseguia me defender, porque estava abalada (Entrevistada 2 – OLIVEIRA 2015, p. 97).

No meu caso, claramente. No meu caso é visível. Com a separação meus filhos ficaram comigo. Mas ficou visível “eu não deixo os meus filhos com você”, “eu vou te matar de alguma forma”. O objetivo, o foco dele, era tirar os meninos de mim, para me atingir (Entrevistada 3 – OLIVEIRA 2015, p. 98).

Pelos relatos das entrevistadas, foi possível constatar que os episódios de violência doméstica, especialmente quando não caracterizada a agressão física, são desconsiderados quando da apreciação judicial, isso porque: “os episódios de violência psicológica são vistos como formas de desavenças, comuns à própria dinâmica do relacionamento” (OLIVEIRA, 2015, p. 94).

Foi possível constatar ainda, que as entrevistadas adquiriram especial receio com o inevitável contato com o agressor quando no exercício do dever de cuidado dos filhos. Longe de ser uma situação restrita aos casos de guarda compartilhada, já que se trata de um direito do pai, porém, quando nesse contexto, as situações de contato se fazem mais acentuadas, tendo em vista que o dever de responsabilidade dos dois genitores, importa na necessidade de constante tomada de decisões conjuntas.

Acrescido a este fator, pela interpretação e aplicação seca da Lei Maria da Penha e do ECA, pode-se inferir que a constatação de situação de violência doméstica não é suficiente para convencer da necessidade de afastamento do pai companheiro agressor, nesse sentido explica André Oliveira:

A análise das decisões judiciais revelou que, para o sistema de justiça, a violência doméstica contra a mulher não é pretexto para a suspensão das visitas dos pais aos/às filhos/as, tendo em vista que não se encaixa nos requisitos exigidos pelo ECA (ameaça a integridade física e mental dos menores), (OLIVEIRA, 2015, p. 99-100).

Isso se deve à interpretação condicionada a averiguar apenas o interesse do menor, fazendo esquecer que a criança está inserida num contexto familiar, e importa que todo o cenário a sua volta seja saudável para o seu crescimento com qualidade, além de vulnerabilizar ainda mais as mulheres vítimas das violências.

Inclusive foram essas as percepções de um promotor entrevistado, conforme demonstra-se no trecho:

Eu me manifestei contrariamente porque o histórico de violência que existia, e que realmente existia, era entre eles e não em relação a criança. E aí a gente entende que isso não é motivo para afastar, apesar de ser algo muito prejudicial ao crescimento saudável da criança, mas isso não é o fator determinante para afastar o pai do convívio com o filho. (Promotor(a) 1, OLIVEIRA, 2015, p. 101).

No mesmo sentido, um juiz pareceu preocupado em conceder as visitas quando num contexto de violência doméstica:

Tem que ser levada em conjunto porque se você defere uma guarda sem analisar essa questão [visita], eles podem utilizar esse contato com os filhos para acirrar o ânimo ou o clima entre eles, que já não é razoável. Então acho que a aproximação do filho em relação à guarda pode ter outras roupagens, inclusive em relação à mãe. Então isso é analisado. Eu particularmente analiso sempre com muita acuidade para evitar problemas futuros (Juiz 3, OLIVEIRA, 2015, p. 101).

Logo, há sim uma preocupação com o deferimento da guarda compartilhada, ao se analisar a inevitável necessidade da existência das visitas e o contato com o agressor, entretanto, essa análise pode passar muitas vezes despercebida, ou desconsiderada quando da ponderação entre os direitos e segurança da vítima violentada e o princípio do melhor interesse da criança, interesse esse que por vezes pode ser também afetado de forma negativa quando toda a situação importa em cenário prejudicial ao ambiente familiar.

Muitas das vezes, a constatação do prejuízo à mulher e aos filhos, proveniente da manutenção do convívio com o agressor, mesmo quando deferida alguma medida protetiva em favor da mulher, dá-se em momento posterior, quando já existe uma decisão judicial permitindo o convívio como agressor e o perigo já restou configurado. É o que demonstra jurisprudência do Tribunal de Justiça do Maranhão, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL ATACADO. TERATOLOGIA EVIDENTE. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS DE FILHOS MENORES AO PAI, AFASTADO POR MEDIDA PROTETIVA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONFIRMAÇÃO DE DECISÃO LIMINAR. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Cabível o Mandado de Segurança contra ato judicial, na medida em que há teratologia. **Decisão que regulamentou o direito de visitas dos filhos menores ao pai que se encontra afastado do convívio familiar por força de medida protetiva deferida pela Vara da Infância e Juventude. Violência doméstica apurada.** 2. **Decisão que não observou a cautela necessária em verificar o risco que as crianças suportam diante do grave indício de**

terem sofrido abuso sexual por parte do pai e do comando de sentença transitada em julgado, proferida pelo juízo da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital em que determinou o afastamento definitivo do genitor. 3. O direito de visitas do pai, após o divórcio, deve ser mitigado, na média em que sua real finalidade de manter o convívio saudável das crianças com seus pais encontra-se em risco de se perder a salubridade dessa convivência diante de fatos reais e graves. 4. Segurança concedida. (MS 0483392014, Rel. Desembargador (a) LOURIVAL DE JESUS SEREJO SOUSA, SEGUNDAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, julgado em 04/12/2015, DJe 16/12/2015) (grifo nosso).

A jurisprudência demonstra que a decisão em favor da mãe é tardia, já que versa sobre uma outra decisão que possibilitou ao agressor o contato com a mulher vítima de violência. Foi também a conclusão de André Oliveira (2015), tendo em vista que a maioria dos juízes e promotores entrevistados, a exceção de apenas um, consideraram que “as medidas domiciliares, seria espécie de exceção à medida de proteção deferida à mulher e, portanto, plenamente possível” (OLIVEIRA, 2015, p. 102).

Da pesquisa, André Oliveira pôde constatar, por meio da contribuição de alguns juízes, que a violência doméstica é um fator que frequentemente está presente nas demandas de guarda, o que impõe o dever de investigar como era o relacionamento dos ex-cônjuges. “A violência, inclusive, acaba por atingir a pessoa dos filhos, que presenciam os episódios” (OLIVEIRA, 2015 p. 108-109). “As decisões, entretanto, sempre reverberavam na busca do melhor interesse do menor, de forma que, foi comum a resposta dos entrevistados, que disseram não trabalhar diretamente com a Lei Maria da Penha” (OLIVEIRA, 2015 p. 110).

O pesquisador conclui que nas varas de família da cidade de Ceilândia há uma resistência da aplicação da Lei Maria da Penha, ficando a cargo dos Juizados de Violência Doméstica cuidar em específico das demandas que versem sobre violência contra a mulher. Inclusive, “este mecanismo foi interpretado pela maioria dos atores do judiciário, como espécie de “burlar” as regras de código civil e do processo civil na adoção de processo mais célere previsto da LMP” (OLIVEIRA, 2015, p. 113).

Por fim, parece haver uma discordância entre as entrevistadas (vítimas de violência doméstica) e os atores do Poder Judiciário, quanto a consideração ou não da palavra das vítimas durante a audiência de guarda.

Para as mulheres, há total desconsideração de sua situação, inclusive relataram que não houve nenhuma pergunta sobre os episódios de violência e a postura dos magistrados (em sua maioria homens) e dos promotores de justiça, revelaram um singelo benefício aos ex-companheiros. Estes, inclusive, riam e ridicularizam as mulheres durante a audiência. As entrevistadas também sentiram que “é cobrado com mais insistência a necessidade de provar as alegações trazidas pelas mães, ao passo que as alegações trazidas no bojo das petições dos pais em sua maioria, imperitas) não existia a mesma preocupação em comprovar os fatos alegados”. (OLIVEIRA, 2015, p. 115).

Quanto aos juízes e promotores entrevistados, embora tenham afirmado que consideram e relevam o contexto de desentendimento do pai e mãe, foi perceptível que “suas manifestações e decisões sempre pendem e dão enfoque no princípio do melhor interesse da criança e não das mulheres” (OLIVEIRA, 2015, p. 115-116).

Dos estudos trazidos à baila, é possível aferir uma série de conclusões que corroboram a total incompatibilidade da manutenção da obrigatoriedade da modalidade de guarda, dita compartilhada, nos casos de violência doméstica com a defesa dos direitos da mulher em se ver independente e livre das agressões dos ex-companheiros.

De forma geral, é indiscutível que as mulheres vítimas de violência se sentem mais temerosas em dar início a um processo de emancipação e denúncia do ex-companheiro agressor. Sob um primeiro ponto de vista, o dever de cuidados atribuídos também ao pai, acaba por vulnerabilizar a mulher que necessita não apenas estar em contato com o ex-cônjuge, como inevitavelmente acaba sendo por ele, controlada. É dizer, caso o agressor, queira utilizar a guarda compartilhada como forma de oprimir a vítima, ele a utilizará, realizando e exigindo comportamentos da mu-

lher que estabeleça uma relação de dependência que extrapola o mero cuidado com os filhos, mas alcança atos da vida social, profissional e pessoal da mãe.

Essa situação foi prontamente visualizada pelos relatos alhures mencionados. O grande problema dessa primeira inferência, é que, por ser uma forma de violência discreta, ela é despercebida ou desconsiderada pelo Poder Judiciário, já que, tida como mero desconforto e desajuste entre as partes.

Sob outro ponto de vista, a concessão da guarda compartilhada nessa situação pode implicar na manutenção da violência mais “evidente”, a física, seja ela contra a mulher ou contra os filhos. Qualquer que seja o cenário, é perceptível uma resistência do Poder Judiciário em transmutar o incidente de violência doméstica também às discussões de guarda compartilhada.

O que pôde-se inferir, é que existe um indevido rombo (embora não seja uma realidade em todos os casos) entre os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e as Varas da Família, de tal forma que poucas vezes é perguntado à vítima, quando da audiência de guarda, se ocorreram episódios de violência. De igual forma, caso as mulheres não relatem a ocorrência de violência física, mas episódios de controle exercidos pelo ex-companheiro, geralmente, são entendidos como um mero aborrecimento do casal, a ser desconsiderado em vista do melhor interesse da criança.

A conclusão é alarmante, caso o ex-cônjuge queira atingir a mulher, basta que controle muitos dos atos de sua vida, sob a justificativa do dever de cuidados com os filhos. Surge, portanto, uma nova forma de violência contra as mulheres a ser utilizada pelos ex-companheiros opressores! Para André Oliveira:

O ponto principal de muitas disputas de guarda não é estritamente o cuidado com os/as filhos/as, mas sim ser mais uma forma de violência contra a mulher, agora tendo como alvo o seu papel social de mãe. Essa forma é perversa

porque é justamente o papel social de ser mãe pode ocupar um papel central na estruturação da personalidade das mulheres (2015, p. 133).

As contribuições da teoria feminista do Direito são completamente rechaçadas nos centros de decisão e de poder, a exemplo das audiências nas varas de família. É por isso que, incongruentemente ao conceito de justiça, o Direito acaba por sedimentar o processo de fixação de gênero, estabelecendo a separação cada vez maior entre masculino e feminino (SMART *apud* CAMPOS, 2011).

Retorna-se à questão proposta por Barlett: “onde estão as mulheres?” No contexto analisado do presente estudo, as mulheres parecem omitidas das discussões. Isso porque, a questão é mais profunda que sua mera presença ou possibilidade de interferir nas decisões judiciais, essa possibilidade precisa ser real e mensurável, a sua presença precisa se fazer sentir, de tal forma que suas preocupações e questionamentos tenham força para interferir no resultado final de uma demanda judicial.

Dessa forma, será dada voz às mulheres e se alcançará um novo patamar na busca pelo direito a viver uma vida sem violência, pois, em que pese a grandiosa contribuição das legislações voltadas à proteção da mulher, em especial da Lei Maria da Penha, estas não podem ser entendidas de forma isolada:

Não há dúvidas de que a Lei Maria da Penha está provocando deslocamentos discursivos que afirmam cada vez mais os direitos das mulheres relacionados a uma vida livre de violência, rompendo com a ordem de gênero do direito penal. No entanto, as resistências à aplicação da Lei, embora cada vez mais reduzidas, buscam frear esse novo posicionamento. As tensões entre o conservadorismo legal (doutrinário e jurisprudencial) e as propostas feministas devem ser resolvidas na superação do primeiro e na inscrição de um novo lugar para as mulheres, a partir do segundo (CAMPOS, 2011, p. 9).

É crucial, pois, atribuir caráter de transcendência ao espírito que a Lei Maria da Penha possui, influenciada pelas teorias feministas. A doutrina e a atividade jurisdicional possuem um papel fundamental e se fazem imprescindíveis na concretização e do aperfeiçoamento dos meca-

nismos e da atividade judicante disposta a efetivar o direito fundamental da mulher de viver uma vida sem violência.

4 A aplicação do instituto da guarda compartilhada e a práxis do direito

No presente capítulo, o enfoque será a práxis do Direito, em especial na tentativa de estabelecer qual parâmetro existente entre a aplicação da Lei Maria da Penha, as disposições da Lei nº 13.058/2014 e as decisões do Judiciário quando pleiteada a guarda compartilhada por pais que cometeram violência doméstica contra as ex-companheiras.

Dessa forma, será analisado como a atividade judicante atua para evitar os abusos praticados pelo ex-companheiro agressor, consistente no uso da guarda compartilhada para violentar, fragilizar e controlar as mulheres-mães.

4.1 A intervenção jurisdicional: Varas de Família x Varas Especializadas da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

Em grande medida, a inefetividade da Lei Mari da Penha nos casos em que o agressor intenta a guarda compartilhada dos filhos, se faz sentir, por conta da diferente natureza das ações (cível e criminal), o que comumente faz com que o trâmite processual se dê em Justiças diferenciadas.

Aliada à separação processual, a inefetividade da LMP se configura pela quase existe comunicação entre esses processos, o que poderia fazer com que as ponderações constantes em um processo, interferissem nas conclusões do outro.

O art. 13 da Lei Maria da Penha, pretendeu criar um mecanismo que pudesse comportar as ações de forma uma:

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher

aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei (BRASIL, 2018).

A intenção do legislador não foi detalhada, deixando margem para dúvidas: quais ações seriam alcançadas pela LMP? Essa imprecisão fez nascer pelo menos duas formas de tratar o dispositivo. No primeiro caso, sempre que as ações da esfera cível pudessem tramitar sem a necessária interferência das decisões na esfera criminal, deveriam ser apartadas. Essa é a prática comum do Judiciário brasileiro. A segunda interpretação, mais conciliada com os propósitos da LMP e da efetivação de direitos das mulheres, entende que é sempre necessária a comunicação de processos, visto que, em última análise, trata-se de caso de violência doméstica, devendo a LMP prevalecer.

A segunda interpretação ganha força, especialmente quando dispõe a Lei Maria da Penha:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2018).

Da análise da art. 14 da LMP, fica clara que a intenção do legislador pátrio foi englobar, no âmbito dos dispositivos da lei, também o processamento das causas decorrentes da prática de violência doméstica.

Esse cenário ideal caracterizaria a competência híbrida da Lei Maria da Penha, especialmente no que concerne ao funcionamento do Juizado de violência familiar e doméstica contra a mulher. Sobre o tema, Myllena Calazans, Coordenadora do Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, durante o Seminário sobre Guarda Compartilhada, evento promovido pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados, defendeu a instituição do

juízo híbrido e dispôs que a sua não ocorrência resulta em situações des-cabidas e por vezes contrárias aos direitos das mulheres e das crianças:

Mas infelizmente o juízo híbrido não tem sido aplicado. Pelo contrário, há até resoluções de tribunais que se colocam contra o juízo híbrido. Aí acontecem decisões contraditórias na esfera do juizado de violência. Por exemplo, concedem uma medida protetiva para a mulher, mas a questão sobre a guarda, com alegação de alienação parental, vai parar na Vara de Família ou na Vara da Criança e do Adolescente, onde não se concede ou não se reconhece a medida protetiva da Vara de Violência Doméstica (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 73).

A união dos processos demandaria que os operadores do direito conduzissem a demanda de forma mais ampla, seja no aspecto cível, seja no criminal. Os ganhos seriam sobremaneira significativos, o que justificaria um esforço do Poder Judiciário em tornar efetivo os imperativos da LMP. Sobre os benefícios da implantação de um juízo híbrido e os efeitos negativos de sua separação, explica Myllena Calazans:

Eles [operadores do direito] consideram o direito da criança e o direito da mulher, realizam o juízo de ponderação, o que requer muito mais tempo e uma equipe multidisciplinar atenta. Enquanto isso, poderiam estar promovendo o acesso à Justiça tanto das crianças quanto das mulheres em situação de violência. O que seria um processo transforma-se em quatro processos, passando por três ou quatro equipes multidisciplinares, tendo que arguir a mesma narrativa para três ou quatro promotores. O pior é que pode haver decisões conflitantes (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 73).

Portanto, a implantação de um Juízo híbrido, especialmente quando a rede de proteção à mulher não seja uma realidade perfeitamente estruturada em muitas localidades do Brasil, mostra-se ser uma solução que poderia ao menos propiciar uma mudança na perspectiva de analisar os processos de guarda compartilhada, agora considerando os impactos negativos que uma situação de violência doméstica pode ocasionar ao deferimento da guarda.

A mesma perspectiva é trazida pela promotora de Justiça de Santa Maria/RS, para quem “a criação de um juizado especializado para tratar, tanto na esfera criminal quanto na esfera civil, dos casos de violência doméstica e familiar é muito importante para atender de forma eficiente, eficaz e efetiva as mulheres em situação de violência” (Data Senado, 2018, p. 25).

Essa realidade se faz sentir porque não é comum que se entenda a criança como vítima de violência doméstica, quando o pai comete agressões físicas contra a mãe. Geralmente, os filhos apenas são tidos como vítimas quando diretamente agredidos. Entretanto, é indiscutível os danos psicológicos que acometem uma criança que convive com um pai agressor, mesmo que a violência seja cometida contra a mãe. Nesse caso seriam vítimas diretas e não incidentais, o que comportaria perfeitamente possível a aplicação dos dispositivos e diretrizes constantes da Lei Maria da Penha.

Está-se diante de claro caso de violência doméstica contra a criança, caracterizando caso de negligência. Segundo dispõe Chioquetta (2014, p. 171), a negligência: “ocorre quando os pais e/ou responsáveis falham em termos de oferecer cuidados físicos, emocionais e sociais e quando tal falha não é o resultado das condições de vida além do seu controle”. Sobre as consequências cometidas às crianças vítimas de violência doméstica, o autor aponta, ainda: “as marcas deixadas permanecem pelo resto da vida de uma criança. Essas marcas podem ser reprimidas e esquecidas ou podem tornar-se um fator decisivo na formação do caráter e da personalidade da vítima” (CHIOQUETTA, 2014, p. 172).

De igual maneira, é possível perceber na jurisprudência pátria, exemplos em que o magistrado, sob o manto do melhor interesse da mulher e dos filhos, entende por bem reconhecer a competência híbrida das Varas Especializadas da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nos casos em que ambas tenham relação com as agressões sofridas no ambiente doméstico:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO DE DIVÓRCIO ADVINDA DE VIOLÊNCIA SUPOSTADA POR MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR E DOMÉSTICO. A extinção de medida protetiva de urgência diante da homologação de acordo entre as partes não afasta a competência da Vara Especializada de Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher para julgar ação de divórcio fundada na mesma situação de agressividade vivenciada pela vítima e que fora distribuída por dependência à medida extinta. De fato, o art. 14 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria Da Penha) preconiza a competência híbrida e cumulativa (criminal e civil) das Varas Especializadas da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o julgamento e execução das causas advindas do constrangimento físico ou moral suportado pela mulher no âmbito doméstico e familiar. Nesse sentido, afirma o art. 14 que os "Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher". Constata-se, a partir da literalidade do artigo acima transcrito, que o legislador, ao estabelecer a competência cível da Vara Especializada de Violência Doméstica contra a Mulher, não especificou quais seriam as ações que deveriam ali tramitar. De modo bem abrangente, preconizou a competência desse "Juizado" para as ações de natureza civil que tenham por causa de pedir, necessariamente, a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. [...] De modo diverso, cita-se corrente doutrinária que, em atenção à estrita disposição legal, reconhece a competência cível da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para todas as ações de cunho civil que ostente como causa de pedir a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, conferindo-se ao magistrado melhores subsídios para julgar a questão e, por conseguinte, à mulher, vítima de violência doméstica, maior proteção. [...] a amplitude da competência conferida pela Lei 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Trata-se de providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário e lhe confere real proteção. Assim, para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica ou Familiar contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a

correlata ação decorra (tenha por fundamento) da prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não se limitando, por conseguinte, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, II, IV e V; 23, III e IV; e 24 (que assumem natureza civil). [...] (STJ. [REsp 1.496.030-MT](#), Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 6/10/2015, DJe 19/10/2015, grifo nosso).

Essa guinada na mudança de pensar o direito da Mulher, ainda encontra muitas dificuldades. Além da cultura patriarcal enraizada na sociedade brasileira, há ainda obstáculos físicos e estruturais, que impedem a efetivação dos direitos fundamentais da mulher.

Foi tentando superar esses problemas estruturais que o CNJ emitiu no ano de 2017 a Portaria nº 15/2017, com o intuito de estabelecer uma Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres no Poder Judiciário. O documento visa estimular a criação e estruturação de unidades judiciárias nas capitais e no interior, para melhor julgar e processar as demandas relativas à prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (CNJ, 2017).

Entretanto, segundo relatório divulgado pelo CNJ no ano de 2017, que demonstra o quantitativo de Varas e Juizados Especiais para o enfrentamento da violência contra a mulher, no Brasil, ficou evidenciado que o Poder Judiciário ainda carece de meios estruturais mínimos que possibilitem efetivar a proteção e o combate à violência doméstica, em diversas regiões do país.

O documento aponta que no ano de 2012 existiam 66 Varas exclusivas de Violência Doméstica em todo território brasileiro, chegando a 111 no ano de 2016 e 134 no ano de 2017. Atualmente o Tribunal de Sergipe é o que possui menos Varas especializadas em violência doméstica, apenas uma. O Distrito Federal é o ente federativo com o maior número de Varas, são 19 no total (CNJ, 2017, p. 17).

Curiosamente, as duas pesquisas trabalhadas no capítulo anterior tiveram como cenário cidades do Distrito Federal, cujo pequeno território aliado ao grande número de Varas exclusivas de Violência Doméstica, não foi suficiente para evitar resultados insatisfatórios na prestação ju-

risdicional dada às mulheres entrevistadas e vítimas de violência doméstica. Nesse sentido, foram as conclusões de Marília Lobão (2018) durante exposição no Seminário sobre Guarda Compartilhada, evento promovido pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados:

Brasília, onde fiz a pesquisa, é um paraíso, porque minha equipe tinha 102 profissionais, entre psicólogos, assistentes sociais e quatro psiquiatras. Mesmo assim, não conseguíamos fazer estudo psicossocial em todos os casos, porque essa equipe se dividia para tratar de violência doméstica, de abuso de drogas e de abuso sexual de crianças. Imaginem como é nos rincões do Brasil, que não têm nem agente social, quanto mais assistente social formado! (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 63).

Inclusive, quanto às equipes psicossociais, o levantamento realizado pelo CNJ no ano de 2017 demonstrou que os setores especializados totalizavam 49 em todo o país e estados como Acre, Amazonas, Bahia, Ceará, Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Roraima, Sergipe, São Paulo e Tocantins não possuíam nenhuma equipe em sua rede. De igual forma, existia um déficit em algumas áreas das equipes disciplinares nas Varas Especializadas por todo o país, especialmente nas áreas de pedagogia e ciências sociais. Destaca-se que nenhuma unidade federativa do país contava com servidores da medicina e clínica geral (CNJ, 2017, p. 19 e 23).

O quadro de disposição e quantitativo de Varas especializadas e competentes para o processamento e judicialização das causas referentes à violência doméstica retratado demonstra que a estrutura disponível para amparar a pretensão da vítima, ainda se mostra insatisfatório. Entretanto, é perceptível o esforço dos tribunais pátrios em ver aumentado o número de unidades aptas a julgar essas demandas.

Nesse diapasão, é inevitável acreditar que caminha-se para um momento em que tanto será possível vislumbrar espaços físicos e corpo de servidores dispostos a fazer valer os imperativos e diretrizes da Lei Maria da Penha.

4.3 Alteração legislativa a partir da perspectiva feminista do Direito: uma solução?

Do exposto, parece evidente a necessidade de analisar a viabilidade de alteração pontual de dispositivos da Lei de guarda compartilhada, ante sua total incongruência com o cenário brasileiro atual, em que ainda afigura-se uma sociedade fortemente influenciada e com traços vivos do patriarcado que subjagam e põem as mulheres em situação inferior ao sexo masculino.

Sob um primeiro ponto de vista, é perceptível que está-se diante de uma sobreposição da lei de guarda compartilhada sobre a LMP. Os fatos e uma rasa leitura da lei que trata da guarda compartilhada e da alienação parental, demonstram que são dispositivos que de forma esdrachada se referem aos pais, enquanto a única lei que visa amparar as vítimas mulheres é a LMP. Diante de evidente situação de sujeição e subjugo a que a mulher é submetida na sociedade, seria bem-vinda a valorização da LMP sobre os demais diplomas legais, quando a situação demonstrar presente cenário de violência doméstica, sob pena de quedar sem força a Lei Maria da Penha. Larissa Peixoto Vale Gomes (2018), ao argumentar pela sobreposição da LMP, dispõe:

Então, a questão não é de demonizar nenhuma figura masculina ou a figura do pai. Temos que entender a realidade em que vivemos no Brasil, que é uma realidade em que as mulheres se sentem ameaçadas dentro de casa. Quem mata mulher adulta no Brasil é o marido. Quem mata mulher menina é o pai. Então, temos que entender essa realidade em que vivemos. É isso que está acontecendo. Nós precisamos proteger as mães para proteger as crianças. Abuso de mãe com o filho é extremamente raro. Acontece? Sim, é óbvio, mas é raro. Abuso de marido contra a mulher é extremamente comum no Brasil, é a coisa mais comum que vemos. Uma em quatro sofre isso. Todas nós ou já sofremos ou sabemos de casos de tias, mães, amigas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 32).

Inevitável perceber como a Lei de guarda compartilhada, em que pese a gritante interdisciplinariedade e capacidade de interferir na vida dos diversos atores da relação jurídica (pai, mãe, filhos, e familiares próximos), careceu de estudos preliminares que subsidiassem sua criação e tramitação. De igual forma, carece ainda hoje, de estudos que demonstrem o impacto do referido dispositivo depois de quase 05 anos de promulgação.

Larissa Peixoto também demonstra preocupação com a criação de leis baseadas em meros achismos do legislador, eivadas de base científica e pesquisa que demonstre não apenas a sua necessidade, como a sua capacidade de proporcionar os resultados pretendidos, quando os problemas são submetidos à apreciação do judiciário:

Então, eu fico apavorada quando profissionais dizem que a guarda compartilhada é bom para as crianças e não me apresentam dados científicos. Eu queria que começássemos a nos questionar isso, que parássemos de dizer coisas generalizadas, quando não existe pesquisa científica (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 27).

Ratificando as considerações mencionadas, Marília Lobão (2017) aponta que em outros países em que também existe lei regulando a guarda compartilhada, há um justificado dispêndio científico e financeiro na promoção de pesquisas que as subsidiem: “O Ministério da Família australiano destinou mais de 6,3 milhões de dólares australianos (Maurice Berger, 2013) para pesquisas sobre a questão da residência alternada após a criação deste instituto jurídico em 2006” (LOBÃO, 2017, p. 30).

Letícia Peixoto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018), também dispõe que em países como Bélgica, Estados Unidos e Suécia, há investimentos em pesquisas com grupos de famílias e crianças, onde conclui que em casos onde há violência, se os pais não entram em um acordo, a guarda compartilhada não é a melhor alternativa. Expõe ainda que, segundo os pesquisadores das nacionalidades mencionadas, a guarda compartilhada é prejudicial às crianças cuja separação dos pais se deu em tenra idade, isso porque, o instituto apenas busca beneficiar os pais, em prejuízo do saudável crescimento dos filhos, que são as pessoas que tem que se des-

dobrar entre os afazeres e assumir os prejuízos e limitações de serem submetidos há uma rotina com dupla responsabilidade.

Em que pese não seja possível aferir com certeza, sobre os danos da aplicabilidade da guarda compartilhada – nos casos em que não há consenso entre os ex-companheiros – também não é possível aferir sobre seus benefícios, justamente porque, há uma carência de dados fáticos, quantitativos e qualitativos, bem como pesquisas que apontem indicadores de satisfação ou não do instituto. Entretanto, seguimos aplicando a guarda compartilhada, mesmo em casos extremos como quando presente situações de violência doméstica contra a mãe.

Nesse sentido, parece ser urgente uma aferição do quadro nacional de aplicação do referido instituto, analisado sobre os mais diversificados fatores, a saber, a volatilidade dos pais, a idade das crianças, a capacidade de cuidados e tempos dispendidos pelos responsáveis, etc.

Portanto, a Lei da guarda compartilhada não é um desserviço para a coletividade, pelo contrário, há casos em que o instituto pode ser aplicado de forma ideal e surtir os efeitos que pretende. Entretanto, uma alteração em seu dispositivo, especialmente no dispositivo que altera o art. 1.584, § 2º do Código Civil, parece ser bem-vindo, na medida em que a referida lei ignora a assimetria de gênero.

Por outro lado, enquanto não alterado o dispositivo, é imprescindível um esforço interpretativo do magistrado, bem como dos demais operadores do direito, especialmente no trecho em que dispôs o legislador no art. 1.584, §2º: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, *encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar*, será aplicada a guarda compartilhada, (...)”. A interpretação deve ser no sentido de apreciar, no caso concreto, qual foi a participação do pai – e também da mãe – na criação da prole. Nesse sentido, os seguintes questionamentos são essenciais na definição da guarda compartilhada: o pai costuma exercer atividades típicas de cuidados com os filhos? Dá banho? Veste? É preocupado com a alimentação? Leva e busca da escola?

Essa análise se mostra necessária, por dois motivos. O primeiro é que apenas a partir da análise desses fatores será possível aferir qual a melhor forma de guarda em benefício da criança, que não estará privada dos cuidados do genitor que verdadeiramente é preparado para suprir suas necessidades, sendo submetido aos cuidados de terceiros, por meio de sua terceirização para uma madrasta/padrasto.

Em segundo lugar, quando da constatação de como era os cuidados do genitor com os filhos antes da separação, será mais fácil perceber quando a intenção de guarda está consubstanciada no interesse de participar e colaborar nos cuidados da prole e quando caracteriza apenas nova forma de poder do ex-genitor sobre a mulher-mãe.

Pelos estudos colacionados na pesquisa, parece fácil perceber como em muitos casos a imposição da guarda compartilhada caracteriza-se como forma de subjugar a mulher, controlando-a e condicionando os atos particulares de sua vida às intempéries do cotidiano do ex-companheiro. É claro, pois, que está-se diante de forma de violência contra a mulher, já que a imposição da guarda compartilhada em casos de violência doméstica, ocasiona sofrimento à mulher, que fica obrigada a manter contato com seu agressor, configurando clara hipótese de violência psicológica e emocional.

Logo, parece urgente uma alteração legislativa quanto ao dispositivo mencionado, ou pelo menos, uma interpretação que resulte numa maior simetria entre os gêneros, de forma que apenas quando evidente a intenção de cuidados com os filhos – e quando não houver situação de violência doméstica – seja deferida a guarda compartilhada.

5 Conclusão

O Direito, nas últimas décadas, mostrou-se sensível às dificuldades encontradas pelas mulheres, nos mais diversos cenários sociais. Seja em sua relação familiar ou nos espaços de trabalho, são várias as maneiras como que o Estado intenta estabelecer uma relação de simetria entre os

gêneros, a exemplo da implantação de programas e metodologias educativas, políticas públicas, leis, dentre outros.

O grande marco legislativo de proteção à mulher foi a Lei Maria da Penha, não apenas pelo seu notável objetivo (pôr fim à prática de violência cometidas contra a mulher, na seara doméstica), como também pelo aparato institucional disposto a garantir sua finalidade última. Ocorre que, alguns dispositivos legais, aliada a atividade judicante, vêm obstando o sucesso da Lei Maria da Penha.

Foi o que ocorreu com a lei nº 13.058/14, que dispôs ser obrigatória a guarda compartilhada sempre que não houvesse consenso entre os pais. A reflexão que se pretendeu na presente pesquisa, foi constatar qual o poder de interferência do referido diploma legal no cumprimento e alcance das diretrizes da LMP. Como resultado, foi evidenciado que a aplicação impositiva da guarda compartilhada, nos casos em que ocorrem violência doméstica, é extremamente prejudicial à mulher vítima.

A imposição da guarda compartilhada funciona como freio que barra qualquer ato primeiro de denúncia. Isso porque, a consequência desse dispositivo é colocar na mão dos agressores a possibilidade de escolha sobre a guarda dos filhos, dessa forma, basta que ele discorde de uma muito provável guarda unilateral pretendida pela mãe, que deverão juntos exercer responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres sobre os filhos.

Na grande maioria dos casos de violência doméstica, a intenção do genitor não é, pois, exercer seus direitos para benefício dos filhos, mas sim exercer poder sobre a ex-companheira, conforme demonstrado pelos relatos de mães que se sentiram sujeitas às vontades dos ex-companheiros, que utilizavam da guarda para influenciar seu cotidiano e com elas manter contato, restringindo sua autonomia.

Dessa forma, superado o temor de dar início a uma denúncia, a mulher está obrigada a se submeter a uma série de situações que a colocam frente a frente com seu algoz, sendo exigida a manutenção dessa relação da forma mais natural possível, sob pena de ser contra si intentada ação

que descredibiliza a violência enfrentada, a exemplo da ação de alienação parental.

Pelo demonstrado, a obrigatoriedade da guarda compartilhada, pode se configurar em uma retomada de espaço do patriarcado, quando não aferida qual a intenção do genitor, e sempre que houver uma situação de violência doméstica.

A aplicação crua da lei nº 13.058/14 caracteriza uma ruptura na emergente adoção de uma sistemática disposta a construir um Direito mais igualitário, preocupado com a participação efetiva das mulheres nos espaços de poder. Principalmente influenciado pela teoria feminista do direito, que se preocupa com a participação da mulher não apenas como sujeito de direitos, mas como construtora do pensar o Direito, fazendo influente suas percepções e necessidades.

Nesse cenário problemático, faz-se apagada a intenção do Direito de se identificar com o indivíduo objeto do ordenamento. Dessa forma, enquanto outrora temos uma lei que intimamente se preocupa em exteriorizar as necessidades femininas (a Lei Maria da Penha), visto que foi construída, com a participação efetiva de seu público-alvo, atualmente temos de lidar com a Lei da guarda compartilhada que não traz em seu bojo qualquer resquício de intenções feministas, fato que se demonstra pela forma apática com que foi criada, sem a efetiva participação social.

O fruto disso, foi a promulgação de lei que peca demasiado em fazer efetiva sua intenção. Isto porque, em que pese tenha uma finalidade louvável (estimular a participação masculina nos cuidados e responsabilidades com filhos), nenhuma lei tem a capacidade de reestruturar todo um sistema familiar e educacional que enraíza uma predeterminação de superposição de gêneros, o masculino sobre o feminino.

Logo, não será uma lei que ensinará ao pai o dever de responsabilidade com os filhos, os cuidados necessários do cotidiano, resolver problemas escolares, etc. Essa prática deve anteceder qualquer legislação, sob pena de importar em seu fracasso.

Não é à toa que evidencia-se o fenômeno da terceirização de cuidados, em que o genitor continua a exercer o seu papel de mero provedor, e recai sobre terceiros (madrasta, avó, tia) os cuidados que caberiam ao genitor. Além disso, resta à mãe resolver todos os imprevistos decorrentes da vida atarefada de um pai descompromissado com os cuidados da prole. Continua cabendo à mãe a organização da rotina dos filhos, o planejamento e logística para atender a nova realidade das crianças.

Ressalta-se, entretanto, que o instituto da guarda compartilhada pode ser uma possibilidade em determinados contextos e é aí que reside a importância da atividade judicante, aferindo em qual realidade, a guarda pode ser benéfica, mas nunca impondo-a de forma primeira, especialmente quando não há consenso entre os genitores. A falta de consenso, na realidade, é o indício primeiro, do insucesso da guarda compartilhada, quando atesta-se que é indispensável o acordo dos genitores em diversos setores da vida dos filhos.

Não se pretende, por óbvio, privar o convívio do menor com qualquer dos pais, mas apenas perceber qual a guarda melhor se adequaria a todos os interessados.

Situação delicada, é quando fala-se de casos de violência doméstica, especialmente aquelas que tendem a ser toleradas pela sociedade, sob o falho argumento de mínimo potencial ofensivo, como o crime de ameaça e violências psicológicas. Na realidade, configurada a violência contra a mulher, caso o casal possua filhos, a guarda compartilhada deveria ser apenas uma possibilidade quando constatado não haver nenhum risco de ameaça a mãe e aos filhos. Ao contrário, o instituto vem sendo regra.

Portanto, a realidade de deferimentos de guarda compartilhada quando constata a situação de violência doméstica, deve ser rechaçada pelo judiciário, fato que parece tencionado pelos atores judiciais, mas ainda não incorporado na prática jurídica.

Essa realidade poderia ser facilmente percebida caso fosse instaurado pelo Poder Judiciário em todo o território brasileiro o juízo híbrido pretendido pela Lei Maria da Penha, em que as causas cíveis decorrentes

da prática de violência doméstica, fossem tramitadas na mesma Justiça. Dessa forma, seria mais fácil para o julgador, entender a demanda em sua totalidade, podendo convergir todos os prismas dela decorrentes. Assim, poderia aferir quais as consequências de sua decisão, quando presente uma situação de violência, a exemplo da escolha de guarda dos filhos, evitando situações contraditórias, como por exemplo, a concessão de uma medida protetiva para a mulher, mas na esfera cível a imposição da guarda compartilhada num mesmo contexto.

Por fim, como a coexistência de diplomas legais tão contraditórios é uma realidade, conclui-se que o ideal seria uma superposição das disposições da Lei Maria da Penha sobre a lei de guarda compartilhada, sob a justificativa de que, é a única que pretende um equilíbrio na relação desigual evidenciada na sociedade brasileira, ainda com traços expressivos do patriarcado e do machismo.

O quadro ideal, entretanto, é a proposta de reformulação desses dispositivos, dessa vez alicerçados em princípios e diretrizes voltadas para a proteção das mulheres e tendentes a superar as distorções trazidas pela redação atual dos dispositivos legais, que acabam por subjugar e enfraquecer a participação ativa e a autonomia das mulheres na atualidade.

Referências

AMARAL, Beatriz Gurgel do. **Coparentalidade: O Que Isso Significa E Quais São Suas Premissas Básicas?**2018. Disponível em: <https://paisamigos.com/coparentalidade-o-que-isso-significa-e-quais-sao-suas-premissas-basicas/>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BARLETT, Katherine T. **Feminism Legal Methods**. In: BARLETT, Katherine T.

KENNEDY, Rosanne. *Feminism Legal Theory*. Colorado: Westview Press, 1991, p. 370-40.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de Agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 08/08/2006.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Diário Oficial da União, Brasília, 23/12/2014.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Íáris. **O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha.** In: CAMPOS, Carmem Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Seminário Internacional Guarda Compartilhada: Leis, Justiça, Violências e Conflitos.** Distrito Federal: Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados, 2018.

CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. In: _____. (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-12.

CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria Feminista Do Direito e Violência Íntima Contra as Mulheres. In: R. EMERJ. v. 15, n. 57 (Edição Especial), Rio de Janeiro. 2012, p. 33-42.

CHIOQUETTA, Rafaela Dotti. **Violência Doméstica contra crianças e adolescentes: o berço do crime.** São Paulo: Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília, ed. 13, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O poder judiciário na aplicação da lei maria da penha** (ano-base 2017). Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

CÔTÉ, Denyse. Mais je voulais que ça cesse!: récits de mères sur la garde partagée et la violence post-séparation. In: . Nouvelles pratiques sociales. Éridit: Québec, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada**. In: WAMBIER, T. A. A.; LEITE, E. de O. (Coord.). Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.

IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2011**. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2001/2011, 2022. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/pppts/00000011355812102012584717441044.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2002**. Comunicação Social 17 de dezembro de 2003, 2003. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/pdf/17122003registrocivil.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

JARAMILLO, I.C. **La crítica feminista al derecho**. In.: WEST, R. Género y teoría del derecho. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

LAGO, V. M., BANDEIRA, D. (2009). **A Psicologia e as demandas atuais do Direito de Família**. Psicologia, Ciência e Profissão, p. 290-305.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. **“Se você ficar com nossos filhos, eu te mato!”** Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. Dissertação (mestrado) – Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito, 2015.

OLSEN, Frances. **El sexo del Derecho**. In: DAVID KAIRYS (ed.), The Politics of Law. Nueva York: Pantheon, 1990, p. 452-467.

PASINATO, Wânia. **Lei Maria da Penha: Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos?** Civitas: Revista de Direitos Sociais, Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6484/5603>. Acesso em: 13 ago. 2018.

RIBEIRO, Marília Lobão. **Guarda Compartilhada Vivência de Mulheres**. Dissertação de mestrado, Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/31416>. Acesso em: 20 jun. 2018.

SENADO FEDERAL. **Aprofundando o Olhar sobre o Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Pesquisa OMV/DataSenado. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, 2018.

SENADO FEDERAL. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Pesquisa DataSenado. Instituto de Pesquisa DataSenado. Distrito Federal: Brasília, 2017.

SOUSA, Otávia Dos Santos. SOUZA, Marcelo Batista de. **A Inaplicabilidade da Guarda Compartilhada Compulsória em Face do Melhor Interesse do Menor**. In: Simpósio de TCC e Seminário de Iniciação Científica, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.496.030-MT**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 6/10/2015, DJe 19/10/2015.

TALLMANN Helena, ZASSO, José, MARTINS, Rita. **Pais dividem responsabilidades na guarda compartilhada dos filhos**. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23931-pais-dividem-responsabilidades-na-guarda-compartilhada-dos-filhos>. Acesso em: 20 jun. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, v. 06, ed. 13, 2013.

VIANA, Natasha Maria Soares. **Aplicabilidade Da Lei De Guarda Compartilhada Em Casos De Violência Doméstica, Segundo A Lei Maria Da Penha**. Brasília: Distrito Federal, 2016. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14781/1/2016_NatashaMariaSoaresViana_tcc.pdf. Acesso em: 27 jun. 2018.

Mulheres e política: uma análise sobre a evolução de direitos e a participação feminina no cenário eleitoral

*Eduarda Viana Sousa*¹

*Francine Adilia Rodante Ferrari Nabhan*²

1 Introdução

As relações de gênero, ao longo da história foram marcadas por fatores determinantes no contexto de igualdades sociais, sendo responsável por inúmeras limitações ao gênero feminino. Até hoje se observa que mulheres e homens não tomam posições iguais na sociedade brasileira e em todo mundo. Essa situação é herança de uma cultura de classificação de sujeitos e lugares que estes pertencem, sob o pretexto de uma condição natural.

Com base no gênero e num sistema patriarcal, foi potencializado as analogias de subjugação e poder desenvolvidas pelo homem sob à figura feminina, onde estereótipos são reforçados, estereótipos estes que constantemente duvidam da capacidade da mulher em determinados meios, onde julga a mulher como ser frágil que cuida da família e tem apatia ao espaço público. Sendo imprescindível nesse estudo, a análise de gênero e principalmente da construção do mesmo. O estudo de gênero reflete que

¹ Acadêmica do 10 período de Direito da UNISULMA/ IESMA. Email: eduardavsousa@hotmail.com

² Advogada, Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional - Universidade de Taubaté - UNITAU (2016), Especialista em Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL (2007), Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNITEC (2014). Docente do curso de Direito nas instituições UNISULMA-IESMA e FACIMP/WYDEN (Faculdade de Imperatriz). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz (NUPEJI). Email: francinenabhan@hotmail.com.

desde a infância, é construída uma identidade, e com base nela, é determinado os lugares socialmente aceitos para os homens e para mulheres.

Dentro dessa desigualdade de sexos em todo os âmbitos, incluindo nas relações de poder, surge o movimento feminista, que nasce com o intuito de garantir a equidade entre os homens e as mulheres, quebrando paradigmas sociais e conquistando direitos femininos em tantas esferas. No capítulo 2 deste estudo, será explanado toda a trajetória da construção do gênero feminino, o surgimento do movimento feminista como um instrumento para atingir a equidade em sociedade, como o sufrágio foi um fator determinante nesse processo, as conquistas de direitos e garantias que foram conquistadas. Passaremos pela esfera cível, onde por exemplo as mulheres conquistaram o direito de ter a guarda dos filhos, o direito de estudar em uma instituição de ensino superior, pelos direitos trabalhistas da mulher e pelas garantias constitucionais de igualdade entre os sexos.

Dentro desse processo arrastado e gradual de conquistas jurídicas, econômicas e sociais, se confrontados a milênios de subordinação, inferioridade, e dificuldades, esses avanços adquiridos nas últimas décadas, de maneira árdua, ainda soam pequenos. Porém de extrema importância para concretização do processo cultural e histórico das mulheres.

A partir do capítulo 3 é feito um gancho normativo aos direitos políticos das mulheres, sendo necessário o estudo do direito eleitoral e destacado sua importância dentro de uma sociedade organizada, como um sistema para escolhas de líderes e representantes, e como destaque desse estudo, a trajetória da conquista do direito ao voto feminino, onde em 1928, Celina Guimarães Viana, com advento da Lei nº 660 no estado do Rio Grande do Norte, foi a primeira eleitora do Brasil e que o sufrágio apenas foi conquistado efetivamente sem restrições no Brasil com a Constituição de 1946, passando por um processo dificultoso e discriminatório. Destacando também as primeiras mulheres a conquistarem cargos políticos no Brasil, como a primeira prefeita eleita até a primeira mulher no mais alto cargo que é a presidência da república.

Como o objeto de estudo deste trabalho é a participação de mulheres no cenário político, é feita uma análise de dados atuais dessa participação e medidas que visem o aumento e incentivo de mulheres em eleições, no capítulo 3 é explicado a Lei de Cotas de Gênero de 1997, sendo esta uma ação afirmativa e o principal mecanismo para esse incentivo, onde tipifica legalmente que haja um mínimo de 30% e um máximo de 70% de candidaturas proporcionais para cada sexo, o que traz uma maior visibilidade por parte dos partidos políticos para a inserção de mulheres no campo eleitoral. Contudo, de acordo com estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral das eleições de 2018, a bancada feminina compõe apenas a porcentagem de 15% do cargos políticos do país, o que gera a problematização deste trabalho, em torno da efetividade da Lei 9.504/97 e quais são as barreiras que ainda distanciam as mulheres da política.

A metodologia proposta neste estudo consistirá em pesquisa qualitativa com análise exploratória e delineamento bibliográfico e documental. Concentra-se em dados estatísticos nacionais e internacionais obtidos através do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral, assim como estudo de legislações como a Constituição Federal, incluindo do obras de Direito, Sociologia e Política, analisando aquelas que tratam do Princípio da Igualdade, bem como artigos científicos relacionados ao tema.

2 Gênero feminino

2.1 A construção do gênero

O conceito de gênero compreendido na forma que é usado hoje surgiu em meados de 1970, foi a partir do diálogo entre o movimento feminista no começo do século XIX e suas teóricas, que as definições e concepções sobre o conceito foram se alterando. Nesse sentido, a filósofa francesa Simone de Beauvoir, foi uma grande representante motivadora da discussão. “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher” (BEAUVOIR,

1970, p.13). Famosa frase e grande reflexão diante das desigualdades entre homens e mulheres, questionando os motivos pelos quais nos sistemas de relação de poder das sociedades ocidentais modernas, as mulheres continuavam sempre em posições de inferioridades.

(...) O núcleo essencial da definição baseia-se na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder (Scott, 1989, p. 21).

Joan Scott (1989) compreende gênero como uma categoria que media diferença biológica e as relações sociais historicamente construídas, afirma que o uso do “gênero” coloca a ênfase sobre todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas que não é diretamente determinado pelo sexo nem determina diretamente a sexualidade.

Logo no nascimento, a partir do sexo biológico, homens e mulheres são projetadas a masculinidade e feminilidade em que cada um, particularmente, tem sua contribuição nas relações sociais, determinando as condições de vida, comportamentos e o limite da liberdade dos sujeitos e conseqüentemente sua representação.

É no processo de socialização, desde a infância e por toda a adolescência que construímos nossa identidade de gênero, a coerção social começa ainda na infância e ensina estes corpos a ocupar um determinado lugar no mundo, dessa forma desde cedo, são marcados os lugares socialmente aceitos para os homens e para mulheres.

2.2 Desigualdade entre sexos e relação de poder

Ao partir do pressuposto que há uma divisão de papéis específicos baseada no gênero, esta, sendo fruto de um modelo social que ainda em tempos atuais, não reconhece a igualdade entre os sujeitos, é necessária a investigação sobre essa construção do gênero que estabelece funções e responsabilidades à figura do homem e da mulher em sociedade.

Dentro de uma organização patriarcal temos uma estrutura social em que os homens implementam regras de poder e de controle social, regras estas que são diariamente confirmadas por uma concepção cultural e política de naturalização de quem possui cada papel em sociedade, historicamente falando, a mulher recebeu as funções de cuidar do lar, educar os filhos e ser uma boa esposa na condição de submissão ao marido.

Nesse contexto, dentro da educação, aprendemos o que é ser mulher, o que é ser homem, como mulheres e homens devem se relacionar entre si, quais os diferentes lugares em que estes ocupam na sociedade e o que eles significam também no meio social, uma vez que o processo de aprendizado e formação dos sujeitos está ligado aos valores vigentes da nossa sociedade.

A violência de gênero acontece de forma silenciosa e em determinados momentos até imperceptível, consequentemente essa ideia machista e misógina ao longo do tempo é usada para exercer um controle, que fortalece vários mecanismos de exclusão das mulheres.

Esse processo de formação também traz consigo algo de extrema relevância que é o sexo como instrumento de poder, segundo o pensamento do filósofo Michel Foucault, as relações de poder estão presentes na sociedade através de diferentes ramificações e entrelaçamentos. Os resultados desse poder implicam na fabricação das subjetividades humanas por meio dos engenhos de controle do Estado e das relações sociais. Os artifícios de poder estão ao mesmo tempo atuais nas relações entre os sujeitos, em suas condutas, ainda que reguladas por uma estratégia do Estado.

Fazendo a conexão entre a desigualdade entre sexos e relação de poder, Foucault constatou que a sexualidade foi sendo utilizada como estratégia a fim de domesticação dos indivíduos, constituindo as noções de verdade entre os sujeitos, projetando-as em seus comportamentos e adequando-os a eles.

2.3 O movimento feminista como instrumento de equidade

Visto todas as diferenças de gênero e suas conseqüências, almejando uma posição de igualdade na sociedade, as mulheres buscaram maneiras para assegurar essa direito, uma dessas maneiras é o movimento feminista.

Nessa busca pela independência e igualdade em relação aos homens até então utópica, o movimento feminista é um instrumento para essa luta. Diversos são os momentos históricos que deram forma ao movimento feminista, podemos destacar para início, a Revolução Francesa (1789 - 1799) que foi um marco na narrativa da humanidade, já que introduziu um processo que torceu à universalização dos direitos sociais e das liberdades individuais. E nesse momento na França, as mulheres eram a maioria, sendo necessário para os burgueses que estavam fazendo a revolução, que as mulheres participassem, então sendo encorajadas a manifestarem-se contra a sujeição política, econômica, social, familiar, etc. Porém, todo esse encorajamento por parte dos burgueses se deu apenas para benefício próprio, visto que a Revolução acarretou na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, documento que era aplicado somente aos homens.

A Declaração da Revolução foi contradita em 1791 pela “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”, escrito pela feminista francesa Olympe de Gouges (1748-1793), além da crítica à declaração inicial, Gourges trazia em seu documento a importância das mulheres, da igualdade de direitos e um alerta sobre a autoridade masculina, a ativista postulava o direito de participar da política e da elaboração das leis, retratando também que “além do combate aos privilégios de classes e ao ordenamento jurídico vigente, é necessário que se rejeite também a relação de poder desigual no âmbito privado dos lares, onde a hierarquia entre os sexos se encontra” (SIQUEIRA, 2015, p.115).

Depois disso, temos outro momento interessante na história do feminismo, que foi a Revolução Industrial no século XIX, período agora, em que as mulheres são operárias e já possuem uma força na economia, elas

passam a perceber as injustiças maiores, dentro do mercado de trabalho, que até então não existia.

Após essa Revolução Industrial na Inglaterra, a mulher conquistou lugares mais importantes em campos essenciais da sociedade. Adquirindo cargos antes nunca imaginados como gestoras de importantes instituições de educação e gerentes de grandes empresas.

Adquiridas essas conquistas, é o momento de ir mais além e essas perceberam que o primeiro passo era garantir o direito ao voto, nos levando ao movimento sufragista, que é considerado o estopim da primeira onda feminista.

As Sufragistas, primeiras ativistas do feminismo no século XIX, passaram a ser conhecidas pela sociedade da época devido as suas fortes manifestações públicas em prol dos direitos políticos, com ênfase no direito ao voto (MONTEIRO-GRUBBA, 2017).

Até o momento, o sufrágio (direito de participação do processo eleitoral através do voto) era direcionado exclusivamente aos homens, a mulher nesse contexto era vista como inábil para exercer esse direito. A Nova Zelândia foi o primeiro país a garantir o direito do voto feminino no mundo. Seguindo a linha temporal do movimento, temos a segunda onda feminista em 1960, onda essa que trouxe mais visibilidade do que a primeira, é nesse momento que as reivindicações se expandiram a outras áreas sociais.

Um segundo momento surgiu com a Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), pois em função dos homens estarem indo para a guerra, as mulheres são convocadas a trabalhar nas indústrias, tornando-se operárias, que nos leva ao pensamento de Beauvoir (1970, p.503) que é pelo trabalho que a mulher vem diminuindo a distância que a separava do homem, somente o trabalho poderá garantir-lhe uma independência concreta.

Na década de 1990 é iniciada a terceira onda do movimento feminista, voltando sua luta para a violência contra a mulher, no sentido físico e psicológico. São incorporadas nesse momento as demandas trazidas pelas mulheres negras, trazendo ao centro do debate os gêneros associados as categorias de raça e classe, fragmentando o discurso universal. O

resultado é um movimento em constante florescimento, marcado por diferentes grupos, práticas e ações.

2.4 Conquistas de direitos e garantias

Como observado no tópico anterior, à luta feminina pela igualdade entre os gêneros, arrasta-se por séculos como uma forma de resistência à ideologia patriarcal e ferramenta de transformação social. Para visualizarmos a grandiosidade das conquistas femininas ao longo da história, é necessário que façamos uma divisão temporal e por setores da vida social e privada, como ponto de partida, teremos os as conquistas das mulheres relacionadas a educação.

As desigualdades de gênero tem raízes extensas, não sendo diferente na área da educação, segundo os dados do Plano Nacional de Qualificação, do Ministério do Trabalho e Previdência Social – MTPS, hoje as mulheres são lideranças presenciais em escolas, universidades e cursos de qualificação, porém nem sempre foi assim, apenas em 1837, com a criação da *Women's College*, uma universidade exclusiva para mulheres nos Estados Unidos, que se teve o início do ingresso feminino ao ensino superior.

No Brasil, em 1821, o Decreto Imperial foi assinado, facultando às mulheres o acesso em cursos de ensino superior, devido às restrições aos exames serem apenas para o sexo masculino, apenas no ano de 1887 esse direito foi efetivado. Rita Lobato Velho Lopes segundo Beltrão e Alves (2009) é a primeira mulher no Brasil que ingressa em universidade como aluna do curso de medicina, na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, tornando-se a primeira médica do país.

Atualmente, segundo o relatório de pesquisa realizado pelo INEP-Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, as mulheres ocupam 53,9% dos calouros ingressantes em universidades e 59,9% entre o total de alunos que se formam.

A luta por direitos e garantias das mulheres, atinge inúmeras áreas da vida social e privada, dentro desse contexto o controle do corpo feminino sempre foi uma realidade, somente em 1960, tivemos um marco para a liberação sexual das mulheres, quando a primeira pílula anticoncepcional passou a ser comercializada no Estados Unidos, esse fato revolucionou costumes da época, com essa novidade para o maior controle sobre a gravidez, consequentemente proporcionou liberdade sexual para as mulheres (ALVES, 2018).

Em esfera das liberdades civis, no Brasil, em 1962, o direito da mulher obteve grandes avanços com o advento da Lei n 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) que alterou muitos artigos do Código Civil de 1916, que até então mantinham bases conservadoras, colocando o homem como chefe da relação conjugal, restringindo a capacidade da mulher, exigindo atos como, a autorização obrigatória do marido para trabalhar.

Em 1977, a Lei do Divórcio, deu aos cônjuges o opção de com o fim do casamento, constituir nova família, e também retirou a imposição para a mulher de abrir mão do seu nome de nascimento para adotar o do marido, ficando facultativo o uso do patronímico do mesmo.

No Brasil, essa luta engloba também temas relacionados a garantir a segurança das mulheres contra a violência, ganhou força em 2006 com a criação da Lei Maria da Penha e, em 2015, com a Lei do Feminicídio que coloca a condição de ser do sexo feminino como circunstância determinante para assassinato de mulheres, sendo esse homicídio enquadrado no rol de crimes hediondos na legislação brasileira.

Partindo para o meio profissional, está na origem da luta feminista, a reivindicação por direitos trabalhistas e condições dignas de trabalho. Nos séculos XVIII e XIX, a partir da Revolução industrial, as mulheres começaram a trabalhar fora de casa, tornando-se operárias em fábricas, com jornadas de trabalho exaustiva de até 15 horas por dia, péssimas condições de trabalho, além de salários baixos e inferiores ao dos homens.

Jorge Neto e Cavalcante (2010) listam as áreas acentuadas relacionadas ao aparelho de proteção ao trabalho da mulher, sendo elas: na

duração da jornada de trabalho; dos trabalhos noturnos; dos trabalhos perigosos e insalubres; da gravidez; da maternidade; da moralidade.

A equidade salarial, apenas se tornou uma preocupação mundial em 1919, quando a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou a resolução que determina salários iguais para mulheres e homens na mesma função. No Brasil, com o decreto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, as mulheres foram garantidas de alguns direitos femininos como a licença-maternidade de 120 dias, salário-maternidade, equiparação salarial, etc.

Direitos também são garantidos as mulheres devido a maternidade, como por exemplo, o salário maternidade, a dispensa em horário de trabalho para realizar até seis consultas médicas e exames de saúde, direito a ter duas pausas de 30 minutos na jornada de trabalho, para a amamentação, etc. É notório que há uma preocupação da legislação brasileira com a condição de trabalho da mulher, porém ainda há um longo caminho de conquistas no universo trabalhista, sendo que a principal dificuldade a ser superada é a igualdade de salário entre homens e mulheres.

2.5 Igualdade entre homens e mulheres perante a Constituição de 1988

A Constituição de 1988 em seu caput do artigo 5º traz a máxima do princípio da igualdade, ao afirmar que, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Esse princípio é aplicado, por meio de outras normas, onde se observa a busca por equidade no que tange os direitos sociais fundamentais.

(...) Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fa-

tores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (SILVA, 1995, p. 207).

Assuntos de extrema importância receberam maior atenção pela atual Constituição, como o relacionado ao tratamento desigual com base no gênero. Verifica-se isto quando em termos constitucionais, homens e mulheres tornaram-se iguais em direitos e obrigações. Pospichil afirma a importância dessa igualdade de gênero ser determinada em texto constitucional:

A Constituição Federal é a norma superior de um Estado Democrático de Direito e, como tal, deve prevalecer sobre todos os outros documentos normativos que esse Estado possua. Trata-se de um documento jurídico-político que define as normas, regras e princípios que regem as relações públicas e privadas em seu âmbito. A Constituição Federal de 1988, título II, dispõe sobre questões essenciais como a afirmação dos direitos fundamentais. Ela é responsável pela guarnição dos direitos fundamentais e, conforme artigo 5º, § 1º, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O artigo 5º, inciso I, da nossa Constituição afirma que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Esse tem sido um dos direitos fundamentais mais debatidos nos últimos tempos uma vez que a luta pela igualdade entre homens e mulheres é antiga e os avanços foram a passos lentos (POSPICHIL, 2016).

3 Gancho normativo aos direitos políticos

Vimos até aqui a luta das mulheres ao longo da história, desde a construção do gênero feminino, as desigualdades entre os sexos em todos os âmbitos possíveis de uma sociedade, a não aceitação das mulheres dessas desigualdades e sua batalha constante para conseguir todos os seus direitos. Para adentrarmos de fato aos direitos políticos e participação das mulheres no cenário eleitoral, é necessário entendermos o que é o direito eleitoral e sua importância.

3.1 Histórico do Direito Eleitoral

Dentro de uma sociedade organizada, sempre se observou a adoção de um sistema para escolhas de líderes e seus representantes.

Segundo Melo (2013) o Direito Eleitoral consiste numa especialização do Direito Constitucional, cujo conjunto sistematizado de normas destina-se a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, principalmente os que envolvem votar e ser votado, de modo a estabelecer a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental.

Nesse sentido podemos observar que instituições políticas bem cultivadas e eleitores responsáveis resultam na boa formatação do Estado Democrático.

A legislação eleitoral deve sempre procurar formas de aproximação do eleitor com os partidos políticos e os representantes do mandado partidário, inclusive na votação sobre a tramitação dos projetos de lei e de temas relevantes. O eleitor não é apenas um expectador do exercício enigmático do mandato eletivo, mas agente participante da fidedigna representação popular e partidária (RAMAYANA, 2009, p.25).

Sobre o Direito Eleitoral no Brasil, Ramayana (2009, p.28) explica que a história é estudada direta e gradualmente em razão das mudanças constitucionais que já alcançamos em 164 anos, oito Constituições e diversas emendas, dando a exata dimensão das sensíveis transformações políticas, sociais, econômicas e jurídicas institucionais ao longo de pouco tempo de história em atendimento a casuística do clamor e opiniões públicas, reservando a holística do direito a árdua tarefa de definir a exata efetividade da norma ao caso concreto.

Historicamente, as eleições no Brasil, no período colonial exibiam características em âmbito municipal, quando os temas eram discutidos nos conselhos, sendo registrado nesse período as eleições para a Câmara Municipal de São Vicente, em 1532, sendo esse o início do processo eleitoral no Brasil. Em seguida, a capacidade de votar era restrita a “homens

bons”, proprietários, homens do serviço público e os militares, nobres e descendentes de colonizadores.

Com a Constituição de 1824, o sufrágio ainda era restrito, excluindo menores de 21 anos, os criados, os religiosos e principalmente aqueles que não tinham anualmente uma renda de cem mil réis.

O aprimoramento da Justiça Eleitoral passou por vários momentos ao longo da nossa história, a Constituição vigente tratou da organização do Poder Judiciário, juízes eleitorais e tribunais, destacando ao Ministério Público Eleitoral, a defesa do regime democrático.

(...) podemos afirmar que o aprimoramento das eleições no Brasil, ou seja, do processo eleitoral, englobando as fases do alistamento, votação, apuração e diplomação dos eleitos só poderá atingir um nível elevado, com a educação do homem político e a ampla fiscalização das eleições pelo órgão do Ministério Público que juntamente com os advogados, Partidos Políticos e candidatos, formam, notavelmente um mecanismo legal e eficaz na prevenção e repressão das fraudes e corrupção eleitoral, possuindo a Justiça Eleitoral a imparcialidade necessária ao deslinde das questões eleitorais (RAMAYANA, 2009, p.14).

Conclusivamente, é notória a importância do Direito Eleitoral como complexo do pleno exercício da cidadania.

3.2 A trajetória do direito ao voto feminino no Brasil

Segundo a Constituição Federal de 1998, em seu artigo 14, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, isso implica dizer que o direito ao sufrágio é redondamente isento de qualquer feito de discriminação. Ao conceituar a palavra sufrágio, verifica-se que a mesma consiste no direito público de votar e também ser votado, representando um caminho para o cidadão manifestar-se diante das decisões da sociedade política e da vida pública.

O movimento sufragista foi um momento chave na luta feminista pelo mundo, provar que as mulheres são dignas e aptas não só para

votar mas também para ser votada foi um grande avanço da nossa sociedade.

O movimento sufragista ganhou força na Europa e Estados Unidos e consequentemente influenciou outros países, nesse caso, o Brasil que no século XX estava num período de grandes mudanças políticas, sociais e econômicas, como a implantação do Regime Republicano e o fim do sistema monárquico. Nesse contexto, em 1910, com uma campanha pela participação da mulher na política do país, a educadora baiana Leolinda de Figueiredo Daltro, unindo-se com outras mulheres, fundou o Partido Republicano Feminino, e promoveu em 1917 uma passeata pelo direito ao voto, com quase 100 mulheres.

Em 1922, a cientista brasileira Bertha Lutz, que anteriormente estava na França acompanhando de perto o movimento feminista, chega ao Brasil e funda a Federação Brasileira para o Progresso Feminino – FBPF, junto da feminista norte-americana Carrie Chapman Catt, essa federação passou a lutar de maneira mais decisiva a favor do exercício da igualdade de gênero, do acesso feminino à educação, da conquista de espaços públicos e direitos políticos.

A federação fundada por Bertha, teve como uma de suas ações principais, em 12 de dezembro de 1927, a apresentação do Requerimento nº47 ao Senado Federal, pleiteando a aprovação do projeto que estabelecia à mulher o direito do voto feminino e direitos políticos, o requerimento contou com duas mil assinaturas. (BRASIL. Senado Federal, 2004)

O senador à época, Juvenal Lamartine, se mostrou simpático a causas das mulheres e fez incluir uma emenda à Constituição de 1926, que conferia o direito de votar e ser votado sem diferença do sexo, porém esse direito foi concedido com restrições, como exemplo, a necessidade da mulher apresentar uma autorização do marido para votar e no caso de mulheres viúvas ou solteiras a comprovação de independência financeira, que na época era uma situação bastante incomum.

Em 1928, Celina Guimarães Viana, com advento da Lei nº 660 no estado do Rio Grande do Norte, foi a primeira eleitora do Brasil e tam-

bém da América Latina. A professora e mais 20 mulheres tiveram seus nomes incluídos a lista de eleitores, contudo os votos foram considerados nulos pela Comissão de Poderes do Senado, com o argumento que o sufrágio feminino não estava tipificado na Constituição vigente da época.

Em 1932, no contexto da Revolução de 1930 e diversos movimentos sociais em prol da emancipação feminina, que foi cedido o direito de voto às mulheres onde o Presidente Getúlio Vargas, no decreto 21.076 que normatizou o processo eleitoral no país, através do Código Eleitoral, em seu artigo 2º, apresentou os eleitores sem distinção de sexo.

Na Carta Magna de 1934, cujo projeto contou com a colaboração da Dra. Carlota Pereira de Queiroz (primeira mulher eleita como deputada federal) e da Dra. Bertha Lutz, que o voto foi determinado como obrigatório, assegurando a participação feminina, entretanto ainda havia uma restrição, de que esse voto somente seria obrigatório para as mulheres que exercessem alguma função pública remunerada.

Foi apenas em 1946, que a mulher obteve não só o direito de votar, como também um dever, o voto passou a ser obrigatório e nesse momento sem restrições quanto a sua relação de trabalho ou estado civil. Outra barreira foi vencida em 1985, foi permitido o voto do analfabeto, visto que nesta década, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), na década de 1980, 27,1% das mulheres adultas eram analfabetas.

Sendo assim, podemos compreender que a conquista do voto feminino foi um despertar para a consciência política, onde a luta pelos seus direitos para a mulher está conectada com sua luta por reger seu destino e sua vida, de acordo com suas próprias vontades e escolhas.

3.3 Primeiras mulheres ocupando cargos políticos

Como observado até aqui, a luta feminina para participar da política no Brasil e no mundo, é um processo lento e gradativo, o direito ao voto feminino no nosso país foi garantido somente em 1946. Para entendermos

todo o movimento das mulheres dentro do cenário eleitoral, também é necessário um contexto histórico de quando essas mulheres passaram a lutar por cargos dentro da política, se havia alguma lei que as impedia de votar, não havia nenhuma lei que as impedisse de candidatar-se.

A primeira prefeita da América Latina foi Alzira Soriano, eleita em 1928 na cidade de Lages no estado do Rio Grande do Norte, pioneira, Alzira aproximou-se das ideias de emancipação feminina, por influência do seu pai, que liderava movimentos políticos na região, a candidata conseguiu ser eleita aos 32 anos de idade, com 60% dos votos válidos.

Carlota Pereira de Queiróz, a única mulher eleita para compor a Assembleia Nacional Constituinte de 1934, trabalhou em prol de melhores condições trabalhistas das mulheres, abordando assuntos como licença maternidade e salários iguais. No mesmo ano, Carlota, se tornou a primeira deputada federal do Brasil, pelo Partido Constitucionalista de São Paulo, defendeu os interesses das mulheres pela regulamentação da legislação de acordo com as obrigações e direitos das cidadãs.

Seguindo a linha do tempo, em 1979, tivemos a primeira mulher eleita no Senado da República, Eunice Mafalda Berger Michiles representou o estado do Amazonas nesse cargo do alto governo, a professora nascida em São Paulo, filha de alemães, é notada por seu amparo aos direitos da mulher, ao planejamento familiar, e a liberdade religiosa. No governo estadual, Roseana Sarney, em 1994 foi a primeira governadora eleita por voto popular do país, assumindo o cargo no estado do Maranhão. Socióloga, filha do ex-presidente da República, José Sarney, em 1998 pela segunda vez conquistou o cargo, tornando-se também a primeira mulher a ser reeleita governadora no Brasil.

Ao chegar no mais alto cargo do país, temos Dilma Rousseff em 2010, que foi a primeira mulher a assumir a presidência da república do Brasil. Dilma nunca havia disputado um cargo político antes, porém já tinha um currículo na política, como ministra de Minas e Energia e da Casa Civil. Em 2014, ela venceu sua segunda eleição presidencial sendo eleita com 55,7 milhões de votos.

A conquista feminina mais recente quando se trata de cargos públicos aconteceu em 2011, quando a ministra Carmen Lucia, se tornou a primeira mulher a presidir a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

3.4 Dados atuais de participação feminina

Nesse contexto é necessário que avaliemos dados que representam a realidade desse cenário, de acordo com levantamento do IPU (Inter-Parliamentary Union), a média global de presença feminina nas câmaras baixas ou parlamentos unicamerais é de apenas 24,3%, a organização, com sede na Suíça, tem o desígnio de mediar os contatos multilaterais dos parlamentares dos países. Em uma pesquisa realizada pela mesma organização com 194 países, o Brasil ocupa a 134ª posição no percentual sobre parlamentares homens e mulheres na Câmara dos Deputados, mesmo sendo um país com a maioria da população feminina.

Tabela 1 - mulheres nos parlamentos nacionais

CLASSIFICAÇÃO MUNDIAL									
Classificação	País	Casa inferior ou única				Câmara Alta ou Senado			
		Eleições	Assentos	Mulheres	% W	Eleições	Assentos	Mulheres	% W
1	Ruanda	03.09.2016	80	49	61.3%	26.09.2011	26	10	38.5%
2	Cuba	11.03.2018	605	322	53.2%	---	---	---	---
3	Bolívia	12.10.2014	130	69	53.1%	12.10.2014	36	17	47.2%
4	México	01.07.2018	500	241	48.2%	01.07.2018	128	63	49.2%
5	Suécia	09.09.2018	349	165	47.3%	---	---	---	---
6	Granada	13.03.2018	15	7	46.7%	27.04.2018	13	4	30.8%
7	Namíbia	29.11.2014	104	48	46.2%	08.12.2015	42	10	23.8%
8	Costa Rica	04.02.2018	57	26	45.6%	---	---	---	---
9	Nicarágua	06.11.2016	92	41	44.6%	---	---	---	---
10	África do Sul ¹	07.05.2014	393	168	42.7%	21.05.2014	54	19	35.2%
11	Senegal	30.07.2017	165	69	41.8%	---	---	---	---
12	Finlândia	19.04.2015	200	83	41.5%	---	---	---	---
13	Espanha	26.06.2016	350	144	41.1%	26.06.2016	266	98	36.8%
14	Noruega	11.09.2017	169	69	40.8%	---	---	---	---
15	Nova Zelândia	23.09.2017	120	48	40.0%	---	---	---	---
16	França	11.06.2017	577	229	39.7%	24.09.2017	348	112	32.2%
17	Moçambique	15.10.2014	250	99	39.6%	---	---	---	---
128	República Popular Democrática da Coreia	09.03.2014	687	112	16.3%	---	---	---	---
129	Libia	25.06.2014	188	30	16.0%	---	---	---	---
"	Uzbequistão	21.12.2014	150	24	16.0%	13.01.2015	100	17	17.0%
131	Federação Russa	18.09.2016	450	71	15.8%	N.A.	170	31	18.2%
132	Jordânia	20.09.2016	130	20	15.4%	27.09.2016	65	10	15.4%
133	Barém	01.12.2018	40	6	15.0%	09.12.2018	40	9	22.5%
"	Brazil	07.10.2018	513	77	15.0%	07.10.2018	81	12	14.8%
"	Paraguai	22.04.2018	80	12	15.0%	22.04.2018	45	9	20.0%
136	Butão	18.10.2018	47	7	14.9%	20.04.2018	25	4	16.0%
"	Chade	13.02.2011	168	25	14.9%	---	---	---	---

Fonte: IPU (2019) - <http://archive.ipu.org/wmm-e/classif.htm>

Como observado, a média de participação feminina na política mundial, ainda é número muito pequeno, e dentro desse contexto o Bra-

sil se encontra abaixo da média, inclusive com a menor participação entre toda a América Latina. Com esses números, é evidente a dominação masculina no cenário político.

As mulheres além de serem maioria em população no país, também compõem a maior parte do eleitorado brasileiro.

Segundo dados do Cadastro Eleitoral, são mais de 77 milhões de eleitoras em todo o Brasil, o que representa 52,5% do total de 147,5 milhões de eleitores. Desse número, apenas 9.204 (31,6%) mulheres concorreram a um cargo eletivo nas Eleições Gerais de 2018. Destas, 290 foram eleitas, um aumento de 52,6% em relação a 2014. Apesar da desproporção, houve um avanço rumo à igualdade de gênero. Em 2014, foram escolhidas 190 mulheres para assumir os cargos em disputa, o que equivalia a 11,10% do total de 1.711 candidatos eleitos. Já no último pleito, as 290 eleitas correspondiam a 16,20% do universo de 1.790 escolhidos, um crescimento de 5,10% com relação à eleição anterior (TSE, 2019).

Ainda com números abaixo do ideal, as eleições de 2018 representaram um discreto avanço na participação de mulheres dentro da política brasileira, na Câmara dos Deputados, segundo dados do TSE (2019), com o total de 513 parlamentares federais, 77 mulheres assumiram cadeiras comparado com 51 cadeiras das eleições passadas, representando um aumento de 10% para 15%; Dentro da Assembleia Legislativa, houve um crescimento de 35%, totalizando 161 deputadas em todo o Brasil, dentre o total de 1059 parlamentares eleitos.

No Senado, em 2018, as mulheres eleitas representam 12 das 81 cadeiras, porém o número de candidatas foi o maior da história, marcando 61 candidaturas femininas. Já as vereadoras representam 13,50% das vagas, 7.803 eleitas do sexo feminino dentro de um quadro de aproximadamente 57.814 vereadores eleitos.

O poder executivo apresenta números com um progresso bem menor que o poder legislativo, das 27 unidades federativas do Brasil, apenas 1 mulher ocupa o cargo de governo, no estado do Rio Grande do Norte. Nos municípios, apenas 662 mulheres são prefeitas, representando

11,9% do total de 4.908 homens que assumem o cargo da prefeitura das cidades brasileiras.

Ao observar todos os dados citados, é notório a discrepância da participação das mulheres dentro dos cargos políticos no Brasil e no mundo.

4 As cotas de gênero como ação afirmativa

Diante dos números de desigualdade e do quadro do cenário brasileiro, foi necessário a implementação de mecanismos institucionais que incentivem a participação de mulheres na política a fim de atingir uma realidade de igualdade entre homens e mulheres.

O destaque para as ações afirmativas brasileiras afim de garantir essa igualdade são atinentes as cotas de gênero na política, em setembro de 1995 o Brasil assinou em Pequim, à Plataforma de Ação Mundial da IV Conferência Mundial da Mulher, onde foi instituído o primeiro mecanismo de cotas através da Lei nº 9.100 de 29 de setembro de 1995, que trouxe em seu art. 11 que “vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidos por candidaturas de mulheres”. Porém, contradizendo, de certo modo, o incentivo da participação feminina que estavam dispostos alcançar, limitou a medida apenas ao âmbito municipal.

Em 1997, há a admissão de uma nova lei eleitoral, de nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, onde a medida anteriormente limitada expandiu também as cotas para eleições federais e estaduais, ou seja, para câmara dos deputados, assembleias legislativas, câmara legislativa e câmeras municipais. Com essa determinação, deveria ser reservado no mínimo 30% e máximo de 70% de candidatos de cada sexo, pelas coligações ou partidos políticos.

Mesmo com essa determinação, ainda ficou lacunas nessa lei, visto que veio seguida da não obrigatoriedade desse preenchimento do percentual constituído, onde o texto da lei determinava reserva e não preenchimento das vagas, o que deixava espaço para os partidos políticos

apenas comprimir o mínimo “indicado” pela tipificação, acarretada no fato importante que não havia nenhuma sanção para aqueles partidos políticos que não cumprissem com as cotas.

Em 2009, a fim de garantir mais mulheres eleitas e também efetivar a lei de cotas, houve uma mini reforma eleitoral, através da Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, onde a expressão “deverá reservar” tipificada na lei anterior, foi substituída por “preencherá”, que acarretou no entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, a validação da obrigatoriedade para os partidos políticos dessa reserva de vagas.

Visando melhorar essa política de cotas para que seja mais efetiva, em 2018, o Supremo Tribunal Federal garantiu o mínimo de 30% do fundo partidário destinados a campanhas para candidatas mulheres.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria de votos, que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres previsto no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições) (...). O ministro Edson Fachin, relator, frisou inicialmente em seu voto que é próprio do direito à igualdade a possibilidade de uma desequiparação, desde que seja pontual e tenha por objetivo superar uma desigualdade histórica. Nesse sentido, lembrou que, apesar de atualmente as mulheres serem mais da metade da população e do eleitorado brasileiro, apenas 9,9% do Congresso Nacional é formado por mulheres e apenas 11% das prefeituras é comandada por elas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

No mesmo sentido, os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, entenderam que além dos 30% destinados a campanhas das candidatas mulheres, o mesmo percentual deve ser aplicado em relação ao tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e TV. A ministra Rosa Weber, relatora da consulta do TSE (2019) entende que a mudança do cenário de sub-representação feminina na política não se restringe apenas em observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero

previstos em lei, mas sobretudo pela imposição de mecanismos que garantam efetividade a essa norma.

Na Lei dos Partidos Políticos, de N^o 9.096, de 19 de setembro 1995, há uma ressalva a respeito do incentivo a participação feminina no cenário político, em seu artigo 44, inciso V, o dispositivo afirma que os recursos do Fundo Partidário devem ser aplicados na,

(...) criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total; (BRASIL, 1995).

Assim podemos concluir que a busca pela igualdade dos direitos das mulheres na política, não está de todo modo estagnada, a lei tem tentado equiparar essa participação feminina no cenário político, através de dispositivos legais.

4.1A efetividade da Lei 9.504/97

Como observado até aqui, o Estado tem buscado, ainda que em passos lentos e gradativos, inserir determinações legais afim de garantir a participação de mulheres no cenário político do país, como observado a Lei 9.504/97 estabelece uma porcentagem de 30% a 70% das candidaturas para cada sexo. Nesse contexto, surge uma questão problema que é necessário que analisemos nesse ensaio, sendo esta: ter constitucionalmente uma lei que garante a participação de mulheres no cenário político nacional é uma medida suficiente para a efetivação desse direito?

Ao analisar alguns dados sobre a porcentagem de participação feminina antes e depois da implementação da lei de cotas, é notório que a mesma ainda não obteve de fato eficácia no país, visto que:

Em 1994, havia 6,2% de parlamentares mulheres na Câmara dos Deputados, e em 1998, quando ocorreram as primeiras eleições a esta Casa com vigência da Lei n. 9.504/97, a porcentagem de mulheres eleitas foi de 5,6%, ou seja, sofreu, inclusive, uma leve baixa. Nas eleições posteriores, tampouco houve um crescimento significativo, já que em 2002 foi de 8,2%, e em 2006, de 8,8%. Alguns estudos estimavam que, nas eleições de outubro de 2010, a porcentagem de mulheres eleitas para a Câmara dos Deputados iria aumentar entre 30 e 40% (JORNAL PEQUENO, 2010) já que o número de candidatas cresceu de 128, nas eleições de 2006, a 1.345, no pleito de 2010, ou seja, de 12,7% do total de candidatas a 21%. O número de mulheres eleitas, entretanto, não aumentou; ao contrário, diminuiu de 45 (8,7%) a 44 (8,5%) (SOUZA, 2014, p. 11).

Com a análise de dados do Tribunal Superior eleitoral, as eleições de 2014, em comparação com as eleições de 2010, houve uma ampliação no percentual de candidaturas femininas, esse percentual sendo de 46,5%, contudo mesmo com esse aumento, as candidaturas aptas em 2014 ainda ficaram abaixo da cota de 30%, totalizando 28,62% de mulheres como candidatas, importando destacar que esse número é relacionado a quantidade de candidatas e não de mulheres eleitas, como se pode observar na tabela de candidatas eleitas em 2014.

Tabela 2 - Mulheres eleitas em 2014

Deputadas Estaduais (2014)		115 de 1.035 (11%)
Deputadas Distritais (2014)		5 de 24 (21%)
Deputadas Federais (2014)		51 de 513 (9,9%)
Senadoras (2014)*		14 de 81 (17%)
Governadoras (2014)		1 de 27 (3,7%)

*5 eleitas, somadas às outras nove que já estavam em exercício e excluindo a Senadora Kátia Abreu, que se afastou para assumir o Ministério da Agricultura, totalizam 13

Fonte: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014>

Desse modo, é relevante debater alguns motivos que implicam para que a lei de cotas não tenha conquistado o avanço de participação feminina política, visto que as porcentagens apresentadas são demasiadamente baixas. De início, a própria letra da Lei 9.504/97, poderia ser destacada como um desses motivos, ao interpretar a norma em seu parágrafo 3º do artigo 10º onde estabelece que, cada partido deverá

reservar um mínimo de 30% e um máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, o partido não obrigatoriamente teria que apresentar essa proporção de candidaturas de mulheres, apenas reservar essa porcentagem, assim o partido poderia ter o critério de deixar impreciso esta reserva de candidaturas, além de que, o não cumprimento não acarretaria em alguma sanção ou prejuízo.

Afim de reparar essa lacuna na redação, foi modificado em 2009, através da Lei n. 12.034, onde estabeleceu que, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo, o que solucionou o problema apenas de forma parcial.

O fato da lei autorizar que os partidos podem aumentar o número de candidatos, é também um problema, visto que o número de candidatos cresceu, e anulou o efeito de teoricamente diminuir as candidaturas masculinas para aumentar as femininas, tornando esses 30% obrigatórios apenas um número a mais de candidatas e não de fato uma igualdade de gênero em números de candidaturas.

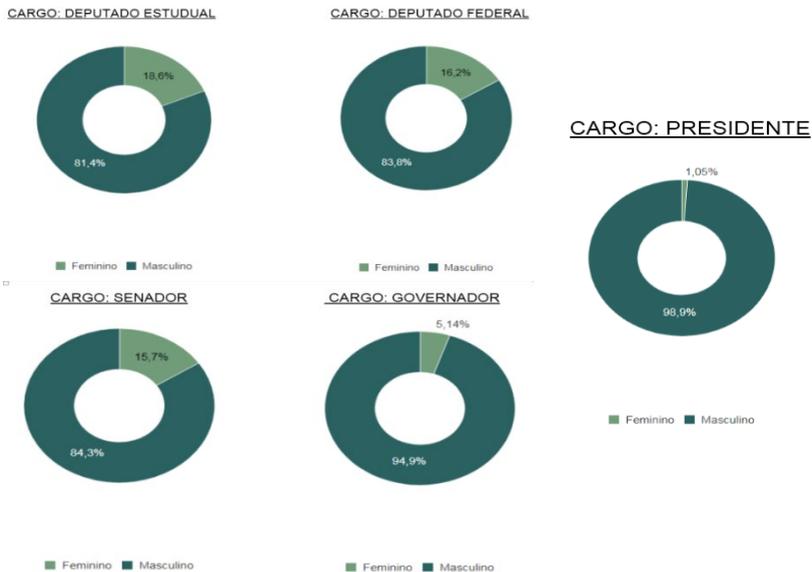
Visto que o custo de uma campanha eleitoral é altíssimo e as mulheres candidatas não recebem esse apoio do partido, é necessário que tenham seus próprios recursos, o que não cabe na realidade da maioria dessas mulheres, que acabam por desistir de suas candidaturas por não terem condições reais de competir nas eleições.

Somente em 2018, afim de solucionar esse problema no financiamento das campanhas, e proporcionar condições adequadas para essas candidaturas, que muitas vezes eram fantasmas apenas para que os partidos conseguissem registrar os 30% de participação feminina, que o STF tomou uma decisão que aumentou a possibilidade da efetivação dessa cota, quando determinou que os 30% de nomeações de mulheres, também iriam ser acompanhado de 30% do fundo partidário para investimento nessas campanhas, até então, a legislação exigia apenas 5% do fundo partidário. Além disso, também determinou que a mesma porcentagem deveria ser direcional ao tempo de propaganda eleitoral paras

mulheres na rádio e TV, o que traz chances reais de que essas mulheres sejam eleitas.

Como observado, houve medidas de melhoria e ampliação da legislação, deste modo é necessário analisar se houve uma efetividade nas eleições de 2018, onde essas novas regras já estavam em uso. De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral mais mulheres foram votadas nessas eleições, porém como podemos observar nos gráficos abaixo, ainda há uma grande desigualdade nesses votos.

Gráfico 1 - Comparação de votos de acordo com o gênero – Eleições 20



Fonte: Estatísticas Eleições 2018 – TSE

Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>

Ainda de acordo com essas estatísticas das eleições de 2018, o percentual de mulheres eleitas cresceu de 10% para 15% em 2018. Para o cargo de deputada estadual, em 2018, houve 5.744 candidaturas femininas que representa 18,59% do total, sendo destas, 161 eleitas; para o cargo de deputada federal, houve 2.767 candidatas para 77 eleitas; no Senado, apenas 63 candidaturas femininas e 7 eleitas, contra 245 candidaturas masculinas e 47 eleitos; os números não melhoram para o cargo

de governador, visto que de 202 candidaturas no total, apenas 30 representa o sexo feminino e dessas apenas 1 foi eleita. Para o mais alto cargo do país, em 2018, tivemos 14 candidatos à presidência, sendo destes, apenas 2 mulheres (BRASIL, 2019).

Com todos esses dados, é possível concluir, que a Lei de Cotas de 1997, até hoje, só conseguiu aumentar o número de candidaturas femininas dentro das eleições, porém ainda não atingiu a real meta da lei, que é mulheres eleitas dentro do parlamento, assumindo cadeiras e cargos públicos.

É importante destacar, que os dispositivos legais não são a única razão para a tímida participação de mulheres no âmbito político, esse é um problema que vem carregado de uma grande questão cultural, que é necessário o reconhecimento para que se vise um futuro com mudanças e soluções, a máxima de que não há interesse por parte das mulheres à participarem da esfera política não cabe mais na nossa realidade, visto que, segundo dados do TSE (2016) as mulheres representam 44,6% do total de filiações nos partidos políticos brasileiros, totalizando 7.157.552 mulheres filiadas, ou seja, nítido que há sim um interesse das mulheres e uma vontade de estar envolvida com política.

Excluindo a falta de interesse e elencando motivos que ainda distanciam as mulheres dos cargos públicos, podemos destacar de início a sub-representação feminina, visto que a exclusão da mulher da vida pública está enraizada em questões sociais, onde um estereótipo sexista vem ditando ao longo da história que a vida política pertenceria aos homens, de modo que ainda temos poucas mulheres na representação do poder, e conseqüentemente o afastamento de outras, visto que uma mulher comum ao olhar para cargos de poder não se sentem representadas.

Ainda como herança social de uma cultura machista e sexista, outro motivo que pode ser apontado, é a falta de confiança das mulheres para concorrerem a cargos públicos, muitas vezes por falta de apoio e incentivo, tanto dentro de casa, como no espaço público, visto que uma mulher ao se candidatar irá ser questionada de diversas maneiras a mais que um homem candidato, será questionada sobre seu corpo, sua família, sexua-

lidade, maneira de se vestir, e inúmeros outros pontos além da capacidade para governar, o que gera um receio por parte das mulheres para concorrer a esses cargos.

Outro fator responsável pelo afastamento da mulher dos espaços de poder, podemos relacionar a falta de tempo, atualmente as mulheres possuem duplas e até triplas jornadas, a mulher contemporânea estuda, trabalha e cuida do lar, do marido e filhos, e é sabido que o exercício de um cargo como representante política exige uma disponibilidade de tempo que não cabe a realidade da maioria das mulheres atualmente, que são trabalhadoras, mães, esposas e donas de casa.

O fato do sistema partidário ser predominantemente masculino também pode ser considerado um fator determinante, visto que ser uma das poucas mulheres ou até a única mulher dentro de um espaço composto por homens pode ser intimidador, e por fim, quando uma mulher consegue superar todos esses obstáculos, ao alcançar cargos públicos, ainda sofrem com represálias pelo seu gênero.

Falta de apoio dos partidos é o principal motivo para poucas mulheres na política, a pesquisa Data Senado leva a crer que há uma demanda reprimida de mulheres que seriam possíveis candidatas: 12% das entrevistadas afirmam que já pensaram seriamente em se candidatar, mas nunca levaram esse projeto adiante. O principal motivo alegado pelas próprias mulheres para não se candidatarem é a falta de apoio dos partidos políticos (com 41% das respostas). A falta de interesse por política aparece em segundo lugar (23%), e a dificuldade de concorrer com homens em terceiro (19%). A falta de apoio da família e as tarefas domésticas são pouco citadas, ficando apenas com 6 e 5% das respostas, respectivamente.

5 Considerações finais

Como observado até aqui, muitos são os obstáculos e barreiras que separam as mulheres do cenário político, e que longo é o caminho para

alcançar a tão almejada igualdade entre os gêneros em todos os âmbitos, a construção do gênero feminino está enraizada em nossa sociedade, resultando em uma sociedade patriarcal, sexista e machista, que determina lugares e espaços a serem ocupados por mulheres e homens.

O movimento feminista que se iniciou na Europa foi um divisor de águas para o avanço da vida da mulher, o feminismo e sua luta vêm até hoje desmistificando questões e conquistando espaços a serem preenchidos por mulheres. O feminismo é essencial dentro de casa, quando dá autonomia para essa mulher ter voz, na rua para que haja medidas e discursões a respeito da segurança da mulher, discursões essas que geram leis, como por exemplo, a Lei Maria da Penha e da Lei do Femicídio, que não são soluções isoladas, mas que já são um grande avanço pra garantir o combate a violência contra a mulher.

O feminismo brilha nas conquistas trabalhistas das mulheres, visto que as mulheres contemporâneas não estão mais somente no espaço doméstico, a mulher contemporânea trabalha diariamente, cada vez mais ocupando cargos de destaque e mostrando sua competência que por tanto tempo foi questão para dúvidas, e trazendo a luta por igualdade salarial, que mesmo tipificada em lei ainda não é uma realidade.

É nítida a vontade da mulher em conquistar espaços nunca almejados, atualmente as mulheres são maioria em praticamente todos os campos de estudo, seja universidades, pós-graduações, mestrados, o que prova que as mulheres tem se preparado cada vez para atingir lugares de destaque e se tornarem donas de seu próprio corpo e destino.

O sufrágio pode ser considerado como um fator que trouxe a mulher para os espaços públicos foi onde se percebeu que política é sim um espaço que cabem as mulheres, que mulheres podem e devem ocupar cargos governamentais e que são capazes de fazer um bom trabalho.

Muitas são as barreiras, que vão desde a falta de apoio por parte dos partidos políticos, como a falta de tempo devido a dupla e tripla jornada que as mulheres enfrentam.

De início, é necessário que haja o reconhecimento do preconceito relacionado a mulher quando se fala em política, que é uma discriminação educacional e não apenas legislativa, que está enraizada em uma sociedade ainda machista e misógina, a partir disso, investir em mais ações afirmativas na figura da mulher em cargos de poderes públicos, a mídia neste ponto teria bastante importância, visto que estamos em uma época de mídias digitais e avanço da tecnologia, propagar a imagem e a ideia de que política também é um espaço feminino, influenciaria meninas e mulheres a também participarem ativamente desse mundo.

No quesito da legislação, já obtivemos alguns avanços em relação a lei de cotas de gênero, a conquista dessa política de cotas em processos eleitorais faz parte de um processo mundial, como foi a conquista pelo sufrágio feminino. Estas políticas interferem nas hierarquias de poder e alteram as relações desiguais entre homens e mulheres. Estas políticas modificam e trazem a mulher para a cena política.

Contudo, todas essas melhorias se fazem presente apenas se houver uma real fiscalização e efetividade, diminuindo as fragilidades da lei como a falta de sanções para aqueles partidos que não cumprirem a determinação legal de 30% de candidaturas reais de mulheres; e a participação de mulheres que realmente tenham a chance de serem votadas, pois quando estas receberem apoio e investimento dos partidos políticos, mostrando ao eleitorado a plena capacidade que essa candidata tem para governar as chances de efetividade da lei aumenta.

No mesmo sentido, uma possível medida seria a alteração da lei, onde ao invés de determinar candidaturas, passasse a determinar cadeiras efetivas, assim aumentaria de fato o número de mulheres dentro do parlamento.

Sendo assim, é notório que, a política de cotas não pode ser considerada o único instrumento para a efetiva participação das mulheres no campo político institucionalizado. Outros caminhos devem ser utilizados, através de ações afirmativas voltadas para a educação de gênero. Somente uma ação conjunta de diversas organizações de mulheres e a partir de

um projeto de educação política de gênero, será possível diminuir essas desigualdades. É preciso mudar a cultura e o preconceito que afastam as mulheres do poder.

Referências

ALVES, José Eustáquio Diniz. Eco Debate: **O nascimento da pílula anticoncepcional e a revolução sexual e reprodutiva**. 26 de nov. de 2018. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2018/11/26/0-nascimento-da-pilula-anticoncepcional-e-a-revolucao-sexual-e-reprodutiva-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 02 abr. 2019.

ARAÚJO, Clara. **Partidos políticos e gênero: mediações nas rotas de ingresso das mulheres na representação política**. Rev. Sociol. Polit. no.24 Curitiba. Jan. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=So10444782005000100013&script=sci_arttext. Acesso em: 13 abr. 2019.

BEAUVOIR, Simone de. **Segundo Sexo**, Vol.2: A Experiência Vivida, Difusão Editorial do Livro, S.A.,1970.

BELTRÃO, KaizôIwakami; ALVES, José Eustáquio Diniz. **A reversão do hiato de gênero na educação brasileira no século XX**. Cadernos de Pesquisa, v. 39, n. 136, p. 125-156, jan. de 2009. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/277>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto nº 8.025 de 16 de março de 1881**. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1881. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-8025-16-marco-1881-546192-publicacaooriginal-60106-pe.html>. Acesso em: 03 Abr. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Dados sobre filiados a partidos políticos no Brasil**. 25 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Maio/tse-disponibiliza-dados-sobre-filiados-a-partidos-politicos-no-brasil>. Acesso em: 10 mai. 2019.

- _____. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas Eleitorais Eleições 2018** Atualizado em 10 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 10 mai. 2019.
- _____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Nacionais Anísio Teixeira – INEP. **Sinopse Estatística da Educação Superior 2017**. Brasília: Inep, 2018. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior>. Acesso em: 03 abr.2019.
- _____. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.
- _____. **Lei. nº 4.121, de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 3/9/1962, Página 9125. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 abr. 2019.
- _____. Portal. **Mulheres são maioria em universidades e cursos de qualificação, 2016**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/03/mulheres-saomaioria-em-universidades-e-cursos-de-qualificacao>. Acesso em: 03 Abr. 2019.
- _____. Senado Federal. **Proposições legislativas sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro**. 1826-2004. Brasília: Senado Federal, Comissão Temporária do Ano da Mulher, 2004. p. 729. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/192425>. Acesso: 10 mai. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **STF garante mínimo de 30% do fundo partidário destinados a campanhas para candidaturas de mulheres**. 15 de março de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=372485>. Acesso em: 10 mai. 2019.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. **Número de mulheres eleitas em 2018 cresce 52,6% em relação a 2014**. 08 de mar de 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014>. Acesso em: 16 abr.2019.

- CAETANO, Ivone Ferreira. Rio de Janeiro. **O Feminismo brasileiro: uma análise a partir das três ondas do movimento feminista e a perspectiva da interseccionalidade**. 2017. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/genero_e_direito/edicoes/1_2017/pdf/DesIvoneFerreiraCaetano.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. **Princípio Constitucional da Igualdade e Ações Afirmativas**. Disponível em: http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2011.pdf. Acesso em: 05 mai. 2019.
- FERREIRA, Aurélio B. de H. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- IPU: **Mulheres no Parlamento: Classificação Mundial**. 01 de Janeiro de 2019. Disponível em: <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho –Tomo II**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. **A Igualdade Entre os Sexos na Constituição de 1988**. Brasília, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/159/10.pdf?sequence=4>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- MELO FILHO, Luiz Gonzaga Pereira de. **O Direito Eleitoral e sua Evolução Histórica**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45516&seo=1>. Acesso em: 10 mai. 2019.
- MONTEIRO, Kimberly Farias, GRUBBA, Leilane Serratine. **A Luta das mulheres pelo espaço público na primeira onda do feminismo: Des sufragettes às sugragistas**. 21 de mai. 2017. Disponível em: https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoe_desenvolvimento/article/view/563. Acesso em: 11 abr. 2019.
- POSPICHIL, Josiani da Silva. **Igualdade de gênero: Direito fundamental garantido pela Constituição Federal**. 01 de jan. de 2016. Disponível em: <https://emporio.dodireito.com.br/leitura/igualdade-de-genero-direito-fundamental-garantido-pela-constituicao-federal-por-josiani-da-silva-pospichil>. Acesso em: 12 abr. 2019.

RAMAYANA, Marcos. **DIREITO ELEITORAL**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. 896p.

SCOTT, Joan. 1989. **Gênero: Uma categoria útil para análise histórica** - Texto original: Joan Scott – Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf. Acesso em: 12 abr. de 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10a. edição revista, Malheiros Editores, São Paulo, 1995.

SIQUEIRA, Camilla Karla Barbosa. **As três ondas do movimento feminista e suas repercussões no direito brasileiro**. CONPEDI. Florianópolis, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/w8299187/ARu8H4M8AmpZnw1Z.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

SOUZA, Cristiane. **A eficácia das cotas eleitorais na Argentina e no Brasil**. Trabalho desenvolvido no projeto "Democracia e Paridade de Gênero" financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Fortaleza. Jan. de 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d4d0144bbd63942f>. Acesso em: 03 mai. 2019.

A contemplação da violência Kafkiana: da linguagem à realidade jurídica

Ycaro da Silva Sousa ¹

Fernanda Arruda Leda Leite Zenkner ²

1 Introdução

O homem é um ser inteligível, de vez que por meio da linguagem, é capaz de adentrar nas bases da realidade. Assim como o homem necessita de água para a sua sobrevivência, o jurista necessita da linguagem para compreender a realidade jurídica. Realidade jurídica que não se encontra em um sistema fechado, mas aberto, que possibilita uma interseção de outras áreas do conhecimento para sua compreensão. Na contemporaneidade, há uma ruptura na análise jurídica dos fatos, não possibilitando tal interação, permitindo a perpetuação da violência que desintegra o cidadão. Por isso é importante, reconhecer a dependência da literatura, da poesia, por exemplo, para poder adentrar nas nuances do Direito e identificar seus fundamentos para obter uma genuína interpretação da realidade para reverter à situação.

O principal objetivo do artigo é contemplar a violência por meio da literatura kafkiana, e correlacionar à violência impregnada em sua obra

¹ Graduando em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (Unisulma). Pesquisador pelo Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz. Contato: ycaro-sousa@live.com

² Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA). Professora Substituta na Universidade Federal do Maranhão. Professora na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (Unisulma). Pesquisadora pelo Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz, orientadora da linha Criminologia e Controle Social. Contato: fernandaarrudaledal@gmail.com.

poética ao mundo do Direito. A partir disso, o estudante da justiça aprimorará o senso crítico, observando o Direito de forma mais aguçada e mais próxima da realidade.

A violência na modernidade é evidente e a linguagem possibilita adentrar na realidade jurídica para perceber a sua violência intrínseca. Essa capacidade da linguagem adentrar no mundo do Direito parte de uma visão aristotélica. O filósofo de Estagira possibilita tal compreensão a partir da identificação da linguagem narrada pelo poeta, como a busca pela imitação da realidade. Essa realidade não trata de afirmações particulares, mas busca revelar o universal para o leitor, chamando-o a contemplar a realidade como um todo, libertando-o de visão fechada, e permitindo a consciência daquilo que está em sua volta. Essa atitude contemplativa é um alto grau de percepção que amplia o horizonte de consciência do estudante da justiça possibilitando a sua humanização, tendo em vista que passa conhecer realidades diversas da sua.

Franz Kafka, escritor que irá erguer o leitor a contemplação, revelará a fatalidade do Direito e a violência dos entes superiores que subjagam o homem. A partir de suas obras, descortinará a roupagem jurídica com uma linguagem aguda e chamará o leitor a presenciar aquilo que esteve obscuro. Uma violência que corrói a alma e corpo do homem. Os personagens de Kafka são os bodes expiatórios que o Direito descarrega a sua violência na tentativa de manter-se. Consumindo-os, escrevem a sentença em sua alma ao ponto de admitirem sua culpa, assim como em seu corpo para afincar o seu controle exacerbado. O estudante da justiça de Praga não desvelou o Tribunal de Kafka, mas o Tribunal do absurdo, o do Direito em sua essência.

Obter a consciência da realidade jurídica pela linguagem possibilita a formação de uma consciência literária jurídica, que é o instante em que o Direito se revela pela linguagem seja por meio de um romance ou poesia, capacitando o estudante da justiça a identificar as mazelas na contemporaneidade.

2 Interseção entre linguagem, realidade e direito

O ser humano por meio dos sentidos é capaz de captar aspectos da realidade e atribuir-lhes significados. Essa capacidade do homem de conferir significados às coisas é a linguagem, uma estrutura pela qual o homem conhece o mundo. À medida que o homem amplia esse horizonte por meio da linguagem, adquire noções sobre o que é a realidade e o que são as coisas (SÖHNGEN et al., 2017). Ampliar o horizonte pela linguagem releva que a realidade não é um sistema fechado, mas é composto por diversos sistemas que se relacionam.

Nesse sentido, o Direito, por exemplo, é uma realidade sobre a qual não se pode debruçar sem adentrar em outras esferas do conhecimento. É preciso resgatá-lo e interpretá-lo frente aos fenômenos sociais e suas diversas interpretações. Tendo em vista que o Direito é linguagem, pois há condutas que estão previstas em normas positivadas (escritas), as quais necessitam de um exercício contínuo de interpretação para ganhar sentido, vida e aplicabilidade na sociedade, revelando uma adequação entre a linguagem e realidade, o que dá margem para interseção com outras formas de linguagem, como a literatura. Portanto, deve-se interpretá-lo interagindo com outras áreas do conhecimento para uma genuína e correta apreensão de seu conteúdo.

Ronald Dworkin (2001, p.217), nesse sentido, assevera: “Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura”. O Direito, portanto não é uma realidade acabada, fadada a uma interpretação limitada e errônea, mas está em constante movimento e sua integridade é apreendida em uma relação interdisciplinar. Para conhecer o Direito é preciso transcendê-lo, buscar na realidade, processos e ferramentas que exercem essa função. O seu conteúdo interno não é “independente das transformações operadas em outras formas de manifestações sócias” (ALVES, 2010, p.7), mas é dependente dela para sua compreensão, por exemplo, a linguagem (lite-

ratura) que permite a apreensão de seu núcleo, uma vez que ela é uma forma de manifestação social.

Para compreender o Direito em uma visão interdisciplinar, é necessário recorrer à filosofia poética de Aristóteles. O filósofo define a função do poeta como aquele que por meio da palavra, imita a realidade, transcrevendo-a de modo a revelar dilemas que afligem o ser humano e as suas instituições (ARISTÓTELES, 2015). Portanto, o “poeta”, apontado na presente pesquisa como aquele que usufrui da linguagem e não necessariamente aquele que escreve poemas, busca expressar a realidade pelo romance, por exemplo, analisando os dramas humanos e ampliando o horizonte de consciência do leitor para não só compreender o Direito, mas toda a sociedade.

O crítico literário Northrop Frye (1965, p.55) comentando a filosofia poética de Aristóteles assevera:

O poeta, diz Aristóteles, nunca faz afirmações factuais, muito menos particulares ou específicas. Não é função informar-nos o que aconteceu, mas o que acontece. Ele não nos conta aquilo que se deu, mas aquilo que se dá sempre – o evento típico, recorrente ou como chama Aristóteles, universal.

Portanto, não se lê Kafka, autor que será utilizado posteriormente na presente pesquisa, para conhecer a história do Tribunal de Praga, mas para conhecer o drama do homem frente às instituições de poder que esfaca substancialmente a sua alma.

2.1 A contemplação da realidade

A tragédia, gênero teatral e literário, põe em cena personagens a executar determinadas ações com objetivo de provocar piedade ou terror, revelando paixões humanas e a inevitável catástrofe. Tal modalidade ganhou força na Grécia Antiga, entre os séculos VI e V A.C, e transferiu-se na modernidade para outros gêneros como o romance. A inevitável “catástrofe humana” não aparece somente na ficção, mas na vida real.

Portanto, o poeta busca imitar a realidade revelando o drama humano e a catástrofe das instituições. Aristóteles (2015) define esse ato como mimese. A mimese, segundo Kenneth Mc Leish (2000, p.13), discorrendo sobre a filosofia poética de Aristóteles, é “o processo principal das artes, era uma questão de imitação da realidade”. Logo, a imitação da realidade por meio da palavra pelo escritor, chama o “telespectador” a se envolver com a própria realidade, convidando-o a contemplá-la.

A partir do momento que o trágico se revela, ocorreu a Catarses, uma forma de libertação do indivíduo. Esse termo era utilizado no pensamento órfico-platônico para significar a libertação da alma, uma forma de libertação por meio da linguagem.

Em relação a linguagem dos homens Walter Benjamin (2011, p.49), afirma que “Toda manifestação da vida espiritual humana pode ser concebida como uma espécie de linguagem, e essa concepção leva em toda a parte, à maneira de verdadeiro método, a novos questionamentos”. Portanto, a expressão humana se dá por meio da linguagem permitindo a novos questionamentos, possibilitando que o horizonte de consciência humana se alargue.

O poeta busca imitar a realidade por meio da linguagem, e chama o leitor a contemplar aquilo que foi vivenciado por ele pelo ato imaginativo que não se afasta do real, mas o potencializa, tendo como consequência pedagógica a expansão do horizonte de consciência do leitor ao observar outras realidades e conseqüentemente se depara com a tragédia, o drama humano. Goethe comentando sobre a Poética de Aristóteles revela: “Quem agora avança no caminho de um aperfeiçoamento verdadeiramente íntimo e moral, irá sentir e confessar que tragédias e romances trágicos não apaziguam o espírito, mas antes agitam a alma” (GOETHE apud BENJAMIM, p.109).

Dessa forma, o “caminho de um aperfeiçoamento verdadeiramente moral” vai em direção à aquilo que Walter Benjamin (2011) definiu como o sublime. Esse sublime é um estado de transcendência, é a contemplação. A partir disso, o homem se liberta, a catarse triunfou. Isso é o que a

linguagem promove, ela busca libertar o indivíduo, mas essa “libertação” não é o rompimento com a prisão que se encontrara, mas sim a consciência de sua prisão e a luta constante para se adaptar à ela. A tragédia é inevitável. E Kafka chama o leitor a ter consciência de sua prisão. Por essa razão, assevera: “Um primeiro sinal do início do conhecimento é o desejo de morrer, a pessoa já não se envergonha mais de querer morrer; pede para ser levada da velha cela que ela odeia para uma nova, que só então aprenderá a odiar” (2012, p.16). O início do conhecimento, da libertação é a consciência da tragédia humana, a fatalidade da realidade jurídica.

Desse modo, há uma contemplação da violência. Essa contemplação é a ampliação do horizonte de consciência por meio da literatura, onde o escritor, segundo Walter Benjamin (2012, p.34), “se encontra determinado pelo contato com os vivos, porém são os vivos que são determinados em sua existência concreta no contato com a essência do poeta”. Assim, Franz Kafka, o gigante que irá erguer o leitor, descortinará a violência, usufruindo da linguagem, entrará nas nuances da realidade jurídica revelando o drama humano, a tragédia, a violência humana.

Apesar disso, é importante ressaltar uma segunda revelação que se dá ao expandir a consciência do indivíduo pela literatura, é aquilo que Northrop Frye definiu como distanciamento imaginativo, que é quando o indivíduo se depara com outras realidades diferentes da sua, produzindo a tolerância. Portanto ampliar o horizonte de consciência e contemplar a realidade em esferas diversas tem como consequência a humanização do indivíduo, tendo em vista que se depara com crenças alheias, retornando a máxima de Goethe como “um caminho de aperfeiçoamento verdadeiramente íntimo e moral”. Por isso é importante o estudo do Direito e Literatura nas universidades brasileiras, pois possibilita uma maior integração dos futuros operadores às realidades sociais diversas e consequentemente à sua humanização.

3 A violência em Franz Kafka

Franz Kafka nasceu em 1883, em Praga. Filho de uma família judia formou-se em Direito, uma carreira na qual para a qual não tinha vocação. Apenas a literatura o agradava. Kafka é considerado por muitos críticos um dos autores mais importantes da história da literatura. Escreveu *O Processo*, livro que será examinado na presente pesquisa, além de *O Castelo* e *Na colônia Penal*. Morreu em 1924, vítima de tuberculose. Antes de morrer pede para seu amigo Max Brod destruir seus livros incompletos, porém, seu amigo negou o seu pedido e por causa desse ato tem-se conhecimento desse grande homem do século XX. Milena Jesenská, o amor impossível de Kafka, conclui: “Todos os seus livros descrevem os horrores mal-entendidos e de culpabilidades involuntárias entre os seres. Ele foi um homem e um artista dotado de uma consciência tão aguda que ouvia mesmo onde os outros, os surdos, se sentem em segurança” (1948, p.8).

Portanto, Kafka é um exímio observador da realidade e soube através da escrita revelar aquilo que esteve obscuro. Assim, para compreender a obra kafkiana é necessário entrar em contato com a sua essência de “poeta”, é emergir na realidade possível proposta pelo escritor em sua obra. Essa atividade é primordial para um bom entendimento da realidade.

Kafka iniciou *O Processo* em 1914, narrando a história de Josef K. um procurador do banco que foi detido no dia de seu aniversário, sem saber o motivo de tal ato por parte do judiciário. Apesar de estar detido, poderia ir trabalhar. Algo inusitado. Como poderia estar detido e andar livremente na cidade? Para conhecer a causa a audiência foi marcada num domingo sem saber o horário. Chegando lá, deparou-se com uma espécie de assembleia, lotada, com um aspecto tenebroso e angustiante, onde somente curvando-se podia ficar ali. Quando encontrou o juiz de instrução, este sem dar nenhuma informação acerca do processo, Josef K

se revolta e profere um discurso contra as autoridades judiciais, porém, não há efeito algum e a sua situação somente piora.

Por fim, todas suas tentativas de obter uma resposta acerca do seu processo são frustradas. Um ano depois, apresentaram-se dois senhores em seu apartamento e o levaram para uma pedreira. Chegando lá, os homens enterram uma faca em seu peito que o mata. Num primeiro momento, é importante ressaltar o aspecto absurdo presente na obra do autor, por isso o termo “kafkiano” significa absurdidade, estranheza. No entanto, apesar dessa característica, a obra não se afasta da realidade. Kafka descortina a realidade do Direito na contemporaneidade, com seus erros e inseguranças.

Em *O processo*, Kafka afirma “que a ordem (jurídica e estatal) do mundo estava fundada sobre um engano, uma mistificação imposta ao homem” (SÖHNGEN et al., 2017). Portanto, ordem jurídica é proeminentemente fundada pela força, que por sua vez, está presente a mentira, causando uma confusão psíquica no bode expiatório. Em uma primeira análise, é perceptível a atuação do Estado perante o homem, o totalitarismo em sua essência máxima, porém é quando se analisa as nuances de sua linguagem, que se observa uma espécie de desespero perante as forças superiores, os entes passam a controlar o homem cerceando sua liberdade.

Vilém Flusser (2002, p.72) afirma: “Com uma lucidez quase mórbida Kafka penetra o núcleo do seu próprio pensamento, núcleo que lhe é imposto pelo caráter de sua língua, e utiliza conscientemente a ironia fundamental e antes inconsciente, para formular sua mensagem”. E qual a sua mensagem? O filósofo checo, naturalizado brasileiro, arrisca concluir:

O homem vive em estado de culpa permanente em face das forças superiores. Sabe da sua culpa e da justiça de qualquer castigo que essas forças porventura lhe imporão, mas não sabe da natureza dessa culpa. Procura o contato com essas forças, não para pedir perdão ou livrar-se dela, mas para esclarecer a sua culpa, para “saber”. Essa procura tem excelentes possibilida-

des de êxito, já que as forças superiores são, aparentemente, muito próximas (2002, p.76).

Portanto em o “O Processo”, as autoridades judiciais são entes metafísicos que “brinca” com K, são nutridos de ódio, que nada fazem para ajuda-lo, mas o condenam sem razão. George Stinney, o mais jovem negro executado em 1944, injustamente foi o bode expiatório que não só revelou a injustiça das forças superiores que subjagam o homem, mas a violência do próprio homem.

Sobre Kafka, Walter Benjamin (1975, p.78) ressalta: “O mundo das chancelarias e das repartições, dos quartos escuros, bolorentos e úmidos, é o mundo de Kafka”. Portanto, o mundo jurídico desintegrado, desorganizado e violento é a realidade não só de Kafka e seu personagem, mas da realidade contemporânea, “o palco no qual este drama se desenrola é o Teatro do Mundo”. Teatro este, impregnado de violência, tornando as vítimas ignorantes e impotentes quanto ao desejo de saber a origem de sua culpa. Uma violência nauseante, que gera uma confusão psíquica que não mais reconhece a realidade.

Nesse teatro, o Direito é um dos personagens, aquele que é visto não como instaurador da ordem e justiça, mas da violência inevitável. Assim, resolver conflitos baseado numa resolução “não violenta” jamais seria um contrato de direito. “E mesmo que se firmem em contrato de não violência, o leva em última instância a uma possível violência” (BENJAMIN, 201, p. 137).

Portanto, a fatalidade violenta do Direito é evidente. E Kafka por sua narrativa absurda fomenta tal pensamento. Mas, que tipo de violência? “Essa violência que choca, que compele e impinge uma sensação nauseabunda de esgotamento, de todo um excesso que literalmente sufoca” (SÖHNGEN et al., 2017). Sufoca o homem de tal maneira que o atinge psicologicamente, aponto de admitir sua própria culpa e desejar executar sua própria sentença. Josef K, se rende nas vésperas de sua morte “Nesse momento K. soube com precisão que seu dever deveria ser apanhar aquela faca que ia de mão em mão por cima de seu corpo e atravessar-se

ele próprio”. A culpa se instaurou e a violência triunfou. Mas, a morte não é a tentativa de livrar-se da culpa, mas do Direito. Nesse sentido Walter Benjamin assevera:

O desencadeamento da violência do direito remete – o que não se pode mostrar aqui de maneira detalhada – à culpa inerente à mera vida natural, culpa que entrega o vivente de maneira inocente e infeliz, à expiação com a qual ele expia sua culpa – livrando também o culpado, não de sua culpa, mas do direito (2011, p.151).

O Direito é visto de forma absurda, ou melhor, kafkiana, não no sentido de irrealidade, mas por estar impregnado em todas as esferas da vida humana, usurpando a liberdade e a dignidade do homem. O mundo jurídico é absurdo, não reconhecer a absurdidade é tornar-se uma vítima sacrificial que o alimenta, possibilitando a perpetuação do desespero e da violência.

4 A voz da violência como substância jurídica

Kafka é um excelente leitor, e tinha como hábito fazer as leituras de seus escritos em voz alta – era a sua paixão – para apresentar aos círculos de amigos. Em setembro de 1916 num ciclo de estudos literários, fez à leitura de uns dos seus escritos mais instigantes. Na colônia penal. Esse pequeno livro conta a história de um explorador que vai numa ilha conhecer o Sistema Penal que ali vigorava, sendo guiado por um soldado que conduzia o método de punição, o condenado era posto numa espécie de máquina, denominada “rastelo”, que inseria por meio de uma “agulha” a sentença em suas costas, o condenado não sabia o motivo de sua condenação, apenas era posto como um animal a ser abatido em 12 horas de tortura. Um escritor presente ao ouvir sua leitura naquele ciclo de escritores revela:

Desde suas primeiras palavras, pareceu-me que um leve cheiro de sangue começou a se propagar, e um gosto estranhamente insípido e vago se deposi-

tou sobre meus lábios. Sua voz tinha sem querer um ar de levemente desculpa-se, suas imagens penetravam em mim como facas, como agulhas de vidro provocando dores vertiginosas. Não era apenas a descrição de um suplício e de um aparelho de tortura por meio das palavras do carrasco executando a sentença e mergulhado em um doce êxtase. O ouvinte também era lançado nesses sofrimentos infernais, como a vítima, estendido sobre a cama de tortura, e cada nova palavra, como uma nova agulha, gravava lentamente em suas costas os termos de execução (1948, p.138).

E continuou: “Suas palavras provocaram dois desmaios”. Em A Colônia Penal Kafka desnuda a violência do Direito, da máquina organizada e burocratizada que tem como fim último, afincar na carne do condenado a “justiça”, que em sua essência é o próprio Direito. Por isso, o filósofo alemão assevera: “Talvez se devesse levar em conta a possibilidade surpreendente de que o interesse do direito em monopolizar a violência com relação aos indivíduos não se explicará pela intenção de garantir os fins de direito, mas, isso sim, pela intenção de garantir o próprio direito” (2011, p.127).

Uma justiça distante do homem no seu sentido principiológico, mas próxima quando se descarrega em violência. Kafka, o gigante, que ergueu homens a contemplação, revela a violência humana e de suas instituições. Por trás de um tribunal, de um “Castelo” e de uma máquina, há um homem. O homem corrupto. Aquele que é inundado pelo pecado original, aquele que não somente comeu a “maça”, mas, por tê-la no âmago de sua alma, deseja compartilha-la coercitivamente com outro homem, para este ser punido sem chances de defesa. Kafka “desmantela a roupagem jurídica claudicante que pretende controlar ou domesticar a violência”, desintegra a realidade jurídica por meio da linguagem, exaltando a violência como principal guia do Direito.

Aquele Direito que se afasta do homem e é controlado por entes superiores que só a executam. Portanto, o Direito que “não é mais exercido e que é só estudado, é a porta da justiça” (BENJAMIN, 2011, p.105). A prática do Direito inevitavelmente é violenta e a porta da justiça é a contemplação, um estado sublime de reflexão e estudo, por meio das letras,

da realidade do homem e de suas concepções em direção à comunidade. O poeta como afirma Benjamin é “uma manifestação da essência humana, pois na essência do poeta define-se uma relação do indivíduo com a comunidade do povo” (2011, p.34). Essa relação entre os homens pela linguagem é uma forma não violenta de resolver conflitos e a forma mais sábia de perpetuar a paz. Por meio da linguagem o senso de realidade é aprimorado, capacita não só o escritor, mas também seus leitores. Ao mesmo tempo em que o escritor se dirige para fora da caverna, traz consigo seus seguidores para contemplar a luz, que é a consciência de si e do mundo. Por isso é essencial que os juristas possuam uma base literária para compreender a realidade jurídica. Carlos Nejar, poeta e jurista, expõe em seu poema chamado Sentença, essa consciência literária jurídica:

Vistos.

Fulano de Tal, nascido
nesta cidade do reino,
em tempo desconhecido.

Nascido
sem explicação ou sentido,
como o arremesso de um disco.

Nascido
como quem diz uma palavra e pronto:
ei-lo lançado no andamento do mundo.

Nascido
como se planta um figo ou ameixa
e se planta
um grito na garganta.

Nascido e agora,
viajor por profissão,
inquilino das coisas,
armazena culpas e velos de lã.

E eu, julgador, sentencio,
considerando o réu
e o estar aqui, opresso,
dividido na noite
que se dividiu,
como mulher no cio,
resolvo condená-lo
a viver em danação,
além do fojo de seus pais,
com avarias e receios,
entre iguais.

Depois, suspendo-lhe a pena,
para que pereça como veio (2009, p.65).

A consciência literária jurídica é o instante em que o estudante da justiça adquire noções da realidade do Direito por meio da linguagem, catalisando o seu horizonte de consciência, possibilitando a contemplação da realidade como um todo. Isso possibilita o pensamento universalizante, aproximando o Direito da realidade social, e conseqüentemente a participação efetiva do homem na comunidade política. O poema de Carlos Nejar retrata essa consciência, criticando a sua falta, expondo o homem julgador e o homem julgado, expelindo a ruptura entre Direito e homem e a sua aproximação somente quando se deseja condena-lo para poder manter-se. O paradoxo aqui é empreendido por aquilo que Kafka denunciou em “Diante da Lei” e em o “Castelo”, ao mesmo tempo em que o Direito está distante, com suas burocracias e inacessibilidade ao cidadão, encontra-se próximo, desejando seu sangue, sua carne, tratando-o como um arremesso de um disco, algo coisificado, como um “inseto”.

O homem lançado no andamento do mundo é o homem distante do Direito, e este mesmo Direito que se afastou, ora se aproxima para condena-lo. Portanto, obter a consciência jurídica literária é essencial para o estudante da justiça apreender a realidade jurídica conhecendo seus fundamentos para então enfrentar os seus dilemas, e a partir disso

possibilita não só o progresso dele mesmo, mas também, da humanidade.

5 Conclusão

O mundo do Direito não é um sistema fechado, fadado a uma interpretação sem o uso de outras esferas do conhecimento. Mas, é dependente de outras áreas para uma correta apreensão de seu conteúdo. Os romances e poesias, por exemplo, podem ser interpretados a luz da realidade jurídica para identificar seus fundamentos e a partir disso, possibilitar o progresso do conhecimento na humanidade.

Esse artigo procurou demonstrar que a partir da literatura kafkiana, é possível identificar a ideologia da violência na realidade jurídica, tendo em vista que a linguagem é uma forma do homem conhecer a realidade e ampliar o seu horizonte de consciência, obtendo uma visão global da realidade, contemplando-a e identificando-o seus dilemas. Ademais, o estudante da justiça ao ampliar o seu horizonte de consciência, passa a perceber realidades diversas da sua, humanizando-se, tornando-se mais tolerante em relação a outros indivíduos e para si mesmo. Por isso é primordial o estudo da Literatura nas universidades brasileiras, para que os estudantes da justiça tornem-se indivíduos mais benevolentes e mais integrados na realidade social.

O escritor de Praga, Franz Kafka, é o “poeta”, que se encontra em comunhão com a realidade social e passa à expressá-la a partir de seus dilemas, que não devem ser compreendidos a partir de fatos particulares, mas retratam aquilo que é universal. Revela a fatalidade do Direito e a sua violência intrínseca que ora se afasta do homem, criando barreiras para seu acesso genuíno e se aproxima para utilizar de seu corpo como ferramenta de controle.

O Direito é visto como um artifício para a violência, um instrumento de controle psicológico do homem ao ponto de admitir a sua própria culpa, além do controle físico tratando-o como um animal indo em dire-

ção ao abatedouro. Kafka ergue o leitor, como um pai ergue seu filho em seus ombros para contemplar às planícies, libertando-o das amarras ideológicas que o deixam inerte, podendo a partir disso, ter consciência da realidade social de forma efetiva, possibilitando um avanço no conhecimento das coisas do homem sem devaneios e erros. A contemplação é vista como um estado de transcendência, onde o estudante da justiça passa a partir de sua leitura, sentir o gosto de sangue em sua volta, percebe que o Direito exercido é o fundamento supremo da violência do homem para com os outros homens, é uma justiça absurda, não no sentido de irrealidade, mas em seu sentimento amplo, que atinge demasiadamente todas as esferas da vida humana, impedindo a liberdade e o seu reconhecimento.

Reconhecer aquilo que está em volta, busca por libertação da alma e do corpo é o objetivo do estudante da justiça. Ao adentrar de forma despojada e emergir no mundo da linguagem e perceber a fatalidade do Direito, é adquirir uma consciência literária jurídica, um estado sublime que possibilita à aproximação do homem com a realidade social e permite o avanço da sociedade como um todo, haja vista que ter consciência de sua prisão é o primeiro passo para o progresso.

Referências

ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e Direito**: Linguagem, sentido e realidade. São Paulo: Manole, 2010.

ARISTÓTELES. **Da arte poética**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BENJAMIN, Walter. **A modernidade e os Modernos**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1975.

BENJAMIN, Walter. **Ensaio Reunidos: Escritos sobre Goethe**. São Paulo: Editora 34, 2009.

BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. São Paulo: Editora 34, 2011.

NEJAR, Carlos. **Amizade do mundo:** Poesia reunida I. Osasco: Novo Século Editora, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FLUSSER, Vilém. **Da religiosidade:** A literatura e o senso de realidade. São Paulo: Escrituras, 2002.

FRYE, Northrop. **A imaginação educada.** São Paulo: Vide Editorial, 1965.

KAFKA, Franz. **Aforismos reunidos.** São Paulo: Instituto Moreira Salles, 2012.

KAFKA, Franz. **Essencial.** São Paulo: Editora Schwarcz, 2011.

KAFKA, Franz. **O castelo.** 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

KAFKA, Franz. **O processo.** 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LEMAIRE, Gérard-Georges. **Kafka.** Porto Alegre: Editora Gallimard, 1948.

MCLEISH, Kenneth. **Aristóteles:** A poética de Aristóteles. São Paulo: Unesp, 2000. 55 p.

SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa et al (Org.). **Encontros entre Direito e Literatura:** pensar a arte. Porto Alegre: Edipucrs, 2017.

SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa et al (Org.). **Encontros entre Direito e Literatura III:** Poesia, Linguagem e Música. Porto Alegre: Edipucrs, 2017.

A perpetuação do racismo científico como manutenção de poder e o mito da democracia racial na jurisdição

*Fernanda Arruda Leda Leite Zenkner*¹

*Shâmya Caroline Sousa Nunes*²

*Siloah Jesseni Gomes Alves*³

1 Introdução

A contemporaneidade brasileira é marcada, inegável e lamentavelmente, por uma desigualdade social de oportunidades e direitos em que a cor da pele é fator primordial na efetivação do processo de exclusão. Neste cenário, é inquestionável a indispensabilidade da preservação dos direitos humanos.

Historicamente, observa-se que a evolução dos direitos humanos se deu de forma uma morosa. A exemplo, a abolição da escravatura foi um processo lento e gradual, com medidas paulatinas desde a Lei Eusébio de Queiróz na década de 1850, passando pela Lei do Ventre Livre em 1870, até 13 de maio de 1888 com a extinção da escravidão no Brasil – sendo oportuno frisar que o mesmo foi o último país das Américas a abolir o

¹ Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA). Professora Substituta na Universidade Federal do Maranhão. Professora na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (Unisulma). Pesquisadora pelo Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz, orientadora da linha Criminologia e Controle Social. Contato: fernandaarrudaledal@gmail.com.

² Estudante de Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (Unisulma). Pesquisadora pelo Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz. Contato: shamyacaroline@gmail.com.

³ Especialista em Direito Tributário (2018). Advogada inscrita na OAB/MA sob o nº 16.644. Coordenadora no Núcleo de Práticas Jurídicas e Professora no Curso de Direito – UNISULMA/IESMA. Membro do Grupo de Estudos Estado, Democracia e Cidadania - UNISULMA.

regime escravocrata. Nessa transição, o negro, de objeto de trabalho, passa a ser considerado objeto das teorias raciais que foram desenvolvidas na Europa e começaram a ganhar a espaço no Brasil no século XIX.

Ressalta-se que estas teorias proclamavam a possibilidade de identificar criminosos a partir de características físicas, em especial, o fenótipo do negro, que era considerado inferior. É nesta perspectiva que se pode constatar que, além da escravidão, essa pseudociência foi uma grande aliada na disseminação e reafirmação de ideais racistas baseados em pressupostos científicos.

Por seguinte, neste trabalho objetiva-se demonstrar, a partir de estudos e dados secundários, como o racismo compromete a neutralidade dos julgamentos. Estas análises basearam-se nos estudos de Adorno (1995) que comprovam que a justiça condena mais negros que brancos.

Verifica-se, ainda, que a democracia racial persiste sendo um mito que exalta uma ideia de convivência harmoniosa e encobre as desigualdades existentes nos diferentes campos sociais, sendo uma imprescindível ferramenta ideológica de dominação e manutenção de poder.

O objetivo central desse artigo é enfatizar que as teorias supracitadas não foram superadas plenamente, com efeito, as práticas racistas da atualidade são consequências de raízes históricas que negaram garantias e inclusão na sociedade ao ex-escravizado, que era desamparado a sua própria sorte, mascarado pela ideologia da democracia racial.

Hodiernamente, cidadãos negros são comumente tidos como perturbadores da ordem social, sendo o perfil preferível da clientela do sistema penal atrelado a uma condição social miserável demonstrando o quanto o racismo é adjunto do sistema penal.

Dessarte, observa-se que ainda é perceptível a ideia de um perfil do suspeito padrão – formado por cidadãos negros ou pardos e pobres – impregnada no consciente e inconsciente da conjuntura social e velado por uma democracia racial. Isso faz com que certos grupos sejam mais observados e abordados, demonstrando, conforme apontado pela crimi-

nologia crítica, que o sistema punitivo se direciona mais contra certas pessoas que certas condutas.

2 Raízes profundas do Brasil: cor, raça e preconceito pós-escravidão

A mão de obra escrava negra começou a ser utilizada no Brasil por volta do século XVI, a qual foi substituindo paulatinamente o trabalho indígena. Ocupando a camada mais pobre da sociedade, vivendo em estado de indigência e restrição, o negro foi reduzido a condição de objeto do dono, que podia submetê-lo ao que desejasse⁴.

Ainda nesse panorama, em um contexto marcado pelo poderio inglês, a Inglaterra exigia do governo brasileiro ações explícitas para acabar com a escravidão, visto que, como pioneira na Revolução Industrial, a maioria do capital da industrialização já não era mais dependente do tráfico negreiro, mas do trabalho livre, fazendo-se necessário, desse modo, o fim da escravidão nos demais países como o Brasil, para uma melhor concorrência, e visando expandir a clientela inglesa e consequentemente sua economia.

Desse modo, o final do século XIX marcou a decadência do escravismo no Brasil, no qual formalmente houve, em 1888, a “deslegalização da escravidão”, termo preferível, já que o nome abolição dá a impressão de que houve a liberdade e não foi, de fato, isso o que aconteceu na prática⁵.

Cabe pontuar, dessa forma, que a extinção do regime escravocrata se deu em razão deste não atender mais às pretensões capitalistas, não se importando com a formação moral e intelectual do negro. Destaca-se, assim, que muito embora teoricamente a escravidão tivesse sido abolida, não houve um suporte ao negro, tampouco garantias de direitos a integração na sociedade.

⁴ PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

⁵ BOLSANELLO, Maria Augusta. **Darwinismo social, eugenia e racismo “científico”**: sua repercussão na sociedade e na educação brasileira. Paraná, 1996. Publicado pelo Setor de Educação da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Este fenômeno é verificado ao se observar a substituição do trabalho escravo pelo assalariado exercido, sobretudo, pelos imigrantes, além de uma regulamentação legal de posse de terra que impedia o trabalhador pobre de adquirir propriedade⁶. Desse modo, a nova condição deste trabalhador era apenas uma reformada forma de degradação, podendo-se até mesmo atestar que era uma situação pior, já que perderam a posição principal de agente de trabalho, sendo privados, ainda, de qualquer possibilidade de classificação social⁷.

Diante de uma forte resistência em variados segmentos da teia social, esses indivíduos eram vistos como ociosos, vadios e causadores da desordem da sociedade. Sendo assim, o negro que era um bom escravo passou a ser um mau cidadão, alguém que, segundo a elite brasileira, era incapaz de se adaptar ao trabalho livre pois carregava consigo os vícios da escravidão⁸.

Com o intuito de assegurar seus interesses, a classe dominante utilizou a lei como mecanismo de garantia para fazer com que o liberto se submetesse aos trabalhos de baixa remuneração, pois os castigos físicos já não poderiam ser utilizados⁹. Assim, a lei de combate a vadiagem e práticas de capoeira entraram de forma triunfante para punir quem não estava e nem foi preparado para o trabalho livre, ou seja, o negro escravizado.

Observa-se a aplicação da lei da vadiagem, nesse caso, intuída pelo Código Penal de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890):

Dos vadios e capoeiras

Art.402 – Fazer nas ruas e praça públicas exercícios de agilidade e destreza corporal, conhecidos pela denominação de capoeiragem: andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provo-

⁶ VASCONCELOS, Marcos Estevam. **O combate à ociosidade e à marginalização dos libertos no pós-emancipação**. Juiz de Fora, 2006.

⁷ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato** / Jessé Souza – Rio de Janeiro: Leya, 2017

⁸ MERCURI, Carlos. **Revista Fórum**. São Paulo, maio. 2014. Seminário.

⁹ VASCONCELOS, Marcos Estevam. **O combate à ociosidade e à marginalização dos libertos no pós-emancipação**. Juiz de Fora, 2006.

cando tumulto ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta ou incutindo temor, ou algum mal: Pena: De prisão celular de dois a seis meses.

Parágrafo único – É considerado circunstância agravante pertencer a capoeira a algum bando ou malta. Aos chefes ou cabeças se imporá a pena em dobro.

Verifica-se, portanto, que a assinatura da Lei Áurea, 1888, não representou a libertação dos escravizados, de outro modo, o ato marginalizou a imagem do negro, que não foi visto como cidadão livre e não encontrou oportunidades na sociedade, mas foi julgado como indivíduo de alta periculosidade, entregue ao ócio, sendo alvo de políticas de enquadramento social e jurídico.

Estas denominações foram atribuídas por uma grande parcela da elite branca responsável até mesmo pela elaboração das leis, e carregavam consigo o intuito de legitimar e tornar merecida a dominação além de, sobretudo, manter sua prosperidade econômica. “É necessário, para quem domina e quer continuar dominando, se apropriar da produção de ideias para interpretar e justificar tudo o que acontece no mundo de acordo com seus interesses”¹⁰.

3 Teorias raciais: um discurso de poder e relações assimétricas entre as raças

O desenvolvimento da ciência foi intenso no século XIX, de tal forma que por essa razão o período ficou conhecido como o século das Ciências. Além da escravidão, a pseudociência com suas teorias bioantropológicas foi uma grande aliada na difusão e reafirmação de ideais racistas, encontrando ambiente propício em uma realidade social mascarada com fins únicos de domínio.

As teorias raciais propagadas durante esse período se baseavam nos postulados de que a humanidade está dividida em raças, utilizando-se das práticas eugênicas para consolidação de uma hierarquização biológi-

¹⁰ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato** / Jessé Souza – Rio de Janeiro: Leya, 2017.

ca e social na qual os brancos ocupavam posição superior, sendo o referencial de belo e puro, enquanto os negros seriam o antônimo, de modo integral, a tudo isso.¹¹ Desse modo, essas teorias deram um caráter científico às desigualdades já existentes, segundo Hannah Arendt “o racismo não era uma arma nova nem secreta, embora nunca antes houvesse sido usado com tão meticulosa coerência”¹².

Tais suportes científicos legitimaram as desigualdades sociais em nome do bem comum, pois se justificava que o subdesenvolvimento brasileiro, sua indisciplina e ociosidade se davam devido às misturas de raças inferiores (negros e mestiços), fazendo-se necessário resolver o problema racial elevando o embranquecimento da pele.

Nesse viés, assinalando o diálogo existente entre a eugenia e a Antropologia Criminalista, destaca-se Césare Lombroso – médico, psiquiatra e fundador da Escola Positiva, que surge com uma crítica à Escola Clássica, modificando a análise do delito, investindo na identificação de criminosos por aspectos biológicos e ambientais, traçando medições de protótipos físicos como mãos, pés e crânios que indicavam indivíduos desviantes e inclinados a criminalidade. Sendo importante enfatizar que sua teoria sobre o “Homem Delinquente” não se limita a uma única característica, mas várias¹³.

O mais imperioso é observar, a partir das análises de Lombroso, como indivíduos negros estariam propensos à criminalidade. Estudando sobre as regiões da Calábria, Sicília e Sardenha, ele afirma que a violência e homicídio dessas localidades estariam fundamentados pela sua constituição demográfica, dominada por africanos e orientais.

Lombroso não considerava essas raças como sendo a característica única do criminoso, todavia, declarava que a miscigenação racial é extremamente prejudicial. Aliás, essa interpretação negativa que entrelaça

¹¹ WESOLOWSKI, Patrick. **O Racismo Científico** – A Falsa Medida do Homem, Geledes, 2014.

¹² ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: Antissemitismo, Imperialismo e Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 188.

¹³ BOLSANELLO, Maria Augusta. **Darwinismo social, eugenia e racismo “científico”**: sua repercussão na sociedade e na educação brasileira. Paraná, 1996. Publicado pelo Setor de Educação da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

o negro à criminalidade não era novidade no século XIX, visto que eram tidos como refratários à civilização, desequilibrados e inferiores por grande dos intelectuais e cientistas da época, como Sílvio Romero (1851 – 1914), Artur Ramos (1903 – 1949)¹⁴.

Nesse panorama, o Brasil marcado por uma mistura racial era propenso ao primitivismo, ociosidade e a indisciplina. Raimundo Nina Rodrigues (1862 – 1906) sustentou a tese de que essas raças consideradas menos inteligentes eram irresponsáveis e desequilibradas, devendo ter um tratamento diferenciado pelo Código Penal, já que eram propensas ao crime.

Por esta avaliação, as diversas políticas eugênicas foram propostas pautando-se no desejo de branquear a nação por meio da entrada controlada de imigrantes, acreditando-se em um melhoramento na qualidade racional, pois como já pontuado, negros e mestiços possuíam um nível de intelecto inferior das demais raças. Além desse filtro, com o intuito de conter a proliferação desenfreada de miscigenados, foi solicitado a esterilização dos mesmos e ainda de indivíduos doentes¹⁵. Não à toa, a população mestiça negra foi alvo de leis e medidas intervencionista por parte do Estado, tentando-se por todas as vias mitigar existência e atuação no cenário brasileiro.

O pensamento intelectual brasileiro explanado fomentou preconceitos que se cristalizam no consciente e inconsciente de forma velada até os dias de hoje. Ficando claro, assim, o quanto a ideologia é uma forma perversa e bem difundida de violência contra a dignidade humana, pois condutas são pautadas por ideias e ainda mais quando estas são fundadas por um caráter científico com seriedade.

Zaffaroni (2012) leciona que “rotular um inimigo é um modo de canalizar mal-estar e vingança, pois colocar todo o mal na cabeça de um grupo é um recurso político fortíssimo, por mais amoral que seja, mas

¹⁴ VASCONCELOS, Marcos Estevam. **O combate à ociosidade e à marginalização dos libertos no pós-emancipação**. Juiz de Fora, 2006.

¹⁵ VASCONCELOS, Marcos Estevam. **O combate à ociosidade e à marginalização dos libertos no pós-emancipação**. Juiz de Fora, 2006.

sempre muito eficaz”¹⁶. Por conta disso, “quem controla a produção das ideias dominantes controla o mundo”¹⁷. Ademais, como preceitua Foucault (1999)¹⁸, há uma relação entre o poder e o saber que possibilita o surgimento de diferentes discursos no próprio meio social, sendo o saber concebido pelo poder e controlada pelo o mesmo.

[...] em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.

4 A permanência do diálogo entre cor, criminalidade e o sistema penal na modernidade líquida e relativista

O sistema penal está vinculado ao racismo desde o seu nascedouro, mantendo com ele uma relação umbilical segundo demonstra Ana Luiza Flauzina em sua análise entre a correlação entre o genocídio da população negra e o sistema penal brasileiro¹⁹. Embora superado o paradigma etiológico proposto do delinquente pela Escola Criminal Positivista e a superioridade de raças, é oportuno enfatizar que nunca se abriu mão do uso ostensivo do sistema penal no controle da população negra. Constatando-se a seletividade do sistema e sua clientela preferível.

A criminalização e criminalidade sob a perspectiva da criminologia crítica são formas de garantir as desigualdades sociais. O exercício do poder da criminalização está ligado à hierarquização da sociedade, resultando em uma falsa distribuição da criminalidade nos grupos sociais, na qual o crime é definido pelas instâncias de controle constituídas por cer-

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo - Editora Saraiva 2012, p. 395.

¹⁷ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão á Lava Jato / Jessé Souza** - Rio de Janeiro: Leya, 2017

¹⁸ FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1999 p. 8-9

¹⁹ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) submetida à Universidade de Brasília, 2006.

tos indivíduos de certos grupos que definem quais pessoas e quais crimes devem ser perseguidos.

“De fato, sendo baseadas sobre a criminalidade identificada e perseguida, as estatísticas criminais demonstram o quanto a criminalidade de colarinho-branco é enormemente inferior a cifra negra”²⁰.

Nesta perspectiva, pode-se inferir que o sistema penal com seu discurso de igualdade de lei e segurança jurídica não foi concebido para atingir todos os delitos e delinquentes, e sim condicionado aos interesses das camadas sociais que detêm o poder. Corroborando com este entendimento Zaffaroni e Pierangeli preceituam que o “sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que certas ações”²¹.

Trata-se de uma estrutura voltada a atingir os crimes relacionados aos setores socialmente vulneráveis, imunizando grupos superiores e hegemônicos com o intuito de manter as pessoas onde elas estão, um verdadeiro controle social. Evidenciando-se, desse modo, que apesar de todo esforço em se construir uma imagem em sentido oposto, grande parte do que se pensava com a pseudociência do século XIX ainda é pertinente no discurso hodierno e nas conotações de estereótipos raciais, salientando que não há nada novo em relação ao passado.

Adentrando ao século XXI, nos deparamos com um sistema penal que expande cada vez mais e vitimiza ainda mais a população negra. Nesse processo, é oportuno frisar sobre a política contra as drogas que fundamenta o permanente controle e mortes da população negra. Assim está constituído o processo de criação e sedimentação do estereótipo do criminoso no Brasil. O criminoso é o negro. O elemento racial na seletividade do sistema brasileiro, portanto, se prioriza em detrimento de outros eventualmente existes, como a classe e o gênero²².

²⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Renavan. 6ª ed, 2001. p. 102

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, v.1** – Parte Geral. 9ª ed. Revist. E atualiz. São Paulo – Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 70.

²² FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) submetida à Universidade de Brasília, 2006.

Dentro desse contexto, o estereótipo da delinquência atrelado à imagem do negro se reconfigura, de forma que se antes este era perseguido pelo capitão do mato, passa agora a ser perseguido pelas viaturas de polícia²³. Adorno (1995)²⁴ confirma essa hipótese com o resultado de uma pesquisa realizada com o intuito de investigar o acesso diferenciado entre brancos e negros à justiça criminal em São Paulo:

Maior incidência de prisões em flagrante para réus negros (58,1%) comparativamente com réus brancos (46,6%). Indica igualmente que há maior proporção de réus brancos em liberdade do que réus negros (27,0% e 15,5%, respectivamente). Se os réus negros parecem, ao menos na fase judicial, menos constrangidos a confessar autoria de delito, parecem mais vulneráveis à vigilância policial cerrada (...). Os rigores da detenção arbitrária, a maior perseguição e intimidação, a maior presença de agentes policiais nas habitações coletivas onde residem cidadãos procedentes das classes populares, tudo isso contribui para que os negros sejam alvo preferencial do policiamento repressivo.

A partir de dados mais recentes, conforme o processo de coleta e análise de dados através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN, de dezembro de 2015 a junho de 2016, constata-se que o discurso proferido pela racionalidade excludente da “ciência” antimulata – termo proposto por Zaffaroni – se renova na contemporaneidade. A informação sobre a raça, cor ou etnia da população prisional estava disponível para 493.145 pessoas (ou 72% da população prisional total).

A partir da análise da amostra de pessoas sobre as quais foi possível obter dados acerca da raça, cor ou etnia, pode-se afirmar que 64% da população prisional é composta por pessoas negras. Na população brasileira acima de 18 anos, em 2015, a parcela negra representava 53% dos encarcerados, indicando a sobre-representação deste grupo populacional no sistema prisional. Sobre isso, Dina Alves²⁵ coaduna ao declarar:

²³ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato** / Jessé Souza – Rio de Janeiro: Leya, 2017.

²⁴ ADORNO, Sérgio. **Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo**. Novos Estudos Cebrap. São Paulo, n.43, p.45-63, nov.1995.

²⁵ ALVES, Dina. **Da escravidão às prisões modernas**. Empório do Direito fev. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/da-escravidao-as-prisoas-modernas-por-dina-alves>. Acesso em: 05 nov. 2019.

O que equivale a dizer que a polícia encontra mais “crimes” entre os negros simplesmente porque a polícia “procura” por mais “problemas” entre os negros. As periferias do Brasil são espaços racializados que são objetos de vigilância policial e por isso têm muito mais chances de fornecer indivíduos para a indústria da punição.

Aliada a uma situação social carente, a condição de vulnerabilidade do negro se expande consideravelmente fomentando a ideia equivocada e preconcebida de que este é sempre criminoso. Muito mais que uma simples generalização, a predeterminação de que uma raça é, por essência, criminosa, etiqueta indivíduos livres, afrontando e desrespeitando direitos e garantias basilares.

Entre outros fatores supramencionados, essa taxação acontece porque os crimes cometidos pelas “classes superiores” têm suas condutas consideradas não tão reprováveis como nos crimes comuns, tanto por parte do legislador, como pela sociedade. Essa conjectura se alicerça no menor impacto evidente, quando comparado aos crimes comuns, causado pelos crimes cometidos pelas classes superiores, por serem articulados de forma organizada e camuflada e em razão da influência que o poder econômico exerce sobre o sistema punitivo.

Frisa-se, ademais, que os efeitos desses crimes das classes superiores são, em sua maioria, mais prejudiciais, quando contrastados outra vez com os crimes comuns, para a conjuntura social, a economia pátria e para o país, em variados aspectos.

Outrossim, o próprio conjunto de leis brasileiras beneficia os mais favorecidos economicamente, principalmente no que tange a lei de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido a qualquer tempo (Lei 9.249/95).

Norteadando-se, mais uma vez, pelo embasamento estatístico de Sérgio Adorno (1995)²⁶, fica demonstrado que as instituições judiciais estão tendendo para o exercício de reprodução de assimetrias:

²⁶ ADORNO, Sérgio. **Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo**. Novos Estudos Cebrap. São Paulo, n.43, p.45-63, nov.1995.

O mais significativo foi verificar – (...) maior proporção de réus negros condenados (68,8%), do que de réus brancos (59,4%), em virtude do cometimento de crime idêntico. A absolvição favorece preferencialmente brancos comparativamente a negros (37,5% e 31,2% respectivamente).

Como evidência do ápice da seletividade racial hodierna, segue-se, em uma conduta parcial e racista, parte da sentença proferida pela juíza Lissandra Reis Cecon, da 5ª Vara Criminal de Campinas, a um condenado por latrocínio, no dia quatro de julho de dois mil e dezesseis:

Em juízo, diga-se o réu foi colocado entre outras pessoas e vítima e a testemunha M. em nenhum momento apresentaram qualquer hesitação no reconhecimento. Ao contrário, a testemunha M. apresenta um depoimento forte e contundente, dizendo que antes do réu sair da caminhonete a atirar contra seu pai e seu filho, olhou nos olhos dele, não se podendo duvidar que está filha/mãe jamais o esquecerá. **Vale anotar que o réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido.** É parcialmente procedente o pedido inicial. As provas carreadas aos autos comprovam que o réu praticou os delitos que lhes são imputados²⁷.

Tão absurda e irracional seja a sentença acima, esta é, ainda, o reflexo da sociedade contemporânea. Em outras palavras, a sentença declara que o homem não parecia um bandido pelo fato de ser branco.

Diante disso, de fato, constata-se que o crime não é um privilégio da população negra, mas infelizmente o funcionamento preconceituoso da justiça criminal, nos processos onde figuram réus negros, demonstra que a punição legal parecer ser. Comprometendo, dessa forma, um dos maiores fundamentos do Estado Democrático de Direito assegurado na Constituição do Brasil - a dignidade da pessoa humana.

²⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação Penal - Procedimento Ordinário - Latrocínio. Processo Físico nº: 0009887-06.2013.8.26.0114. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Lissandra Reis Cecon. Campinas - SP. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/3/art20190301-07.pdf> Acesso em: 12 nov. 2019.

5 Conclusão

Nesse prisma, infere-se, portanto, que no decorrer da história até os dias atuais houve uma perpetuação e aprimoramento de mecanismo e ideais que sempre tentaram legitimar a dominação de um grupo em detrimento de outro, evidenciando que o presente reproduz, embora de maneira adaptada, o passado. Nesse viés, a população negra permanece a padecer em vulnerabilidade nos diversos âmbitos da conjuntura social.

Resta evidente, ainda, que a maior representação das injustiças raciais no sistema penitenciário é relacionada aos negros, o que acarreta nos números que explicitam a quantidade de negros encarcerados.

O que se constata a partir das pesquisas é que a seletividade ainda tem cor e o sistema punitivo persiste mirando em pessoas ao invés de condutas. Identifica-se, ainda, que essa atribuição de potenciais criminosos aos negros é resultado de uma herança histórico-cultural que é intencionalmente mantida nas várias esferas do Estado, consumando-se no senso comum.

Referências

- ADORNO, Sérgio. **Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo**. Novos Estudos Cebrap. São Paulo, n.43, p.45-63, nov.1995.
- ALVES, Dina. **Da escravidão às prisões modernas**. Empório do Direito fev.2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/da-escravidao-as-priso-es-modernas-por-dina-alves>. Acesso em: 05 nov. 2019.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo: Antissemitismo, Imperialismo e Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 188.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos**. Rio de Janeiro: Editora Renavan. 6. ed, 2001. p. 102.

BOLSANELLO, Maria Augusta. **Darwinismo social, eugenia e racismo “científico”**: sua repercussão na sociedade e na educação brasileira. Paraná, 1996. Publicado pelo Setor de Educação da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) submetida à Universidade de Brasília, 2006.

FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1999 p. 8-9

MERCURI, Carlos. **Revista Fórum**. São Paulo, maio. 2014. Seminário.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à Lava Jato / Jessé Souza – Rio de Janeiro: Leya, 2017

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação Penal - Procedimento Ordinário – Latrocínio. **Processo Físico nº: 0009887-06.2013.8.26.0114**. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Lissandra Reis Cecon. Campinas – SP. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/3/art20190301-07.pdf> Acesso em: 12 nov. 2019.

VASCONCELOS, Marcos Estevam. **O combate à ociosidade e à marginalização dos libertos no pós-emancipação**. Juiz de Fora, 2006.

WESOLOWSKI, Patrick. **O Racismo Científico** – A Falsa Medida do Homem, Geledes, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo - Editora Saraiva 2012, p. 395.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, v.1** – Parte Geral. 9ª ed. Revist. E atualiz. São Paulo – Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 70.

Uma análise acerca da garantia constitucional de dignidade humana voltada para a inclusão da pessoa com deficiência

*Marcia da Cruz Girardi*¹

*Marcio Fernando Moreira Miranda*²

1 Introdução

O princípio constitucional da dignidade humana, está diretamente alicerçado em parâmetros de qualidade de vida, que também está estruturada com a capacidade das pessoas com deficiência serem incluídos de forma igualitária na sociedade, possibilitando assim que os mesmos não sofram preconceito.

Para que as pessoas com deficiência exerçam seus direitos de forma igualitária com os demais membros da sociedade, se faz necessário um conjunto ordenado de meios ou instrumentos suficientes para consecução de resultados pré-ordenados. Entende-se que o Poder Executivo escolhe a política mais adequada, o Poder Legislativo elabora as Leis e o Poder Judiciário, ao julga a aplicabilidade dessas políticas como normas,

¹ Doutora em Direito na Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp/SP). Mestre em Administração pela Faculdade de Estudos Administrativos (FEAD/MG). Especialista em Docência em Ensino Superior (UEMA/MA), Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (Estácio de Sá/RJ). Graduada em Direito pela (Universidade Cândido Mendes-RJ). Atualmente é professora em curso de Direito em Graduação e Pós-Graduação. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público e Privado. Advogada. Email: marciagirardi@hotmail.com.

² Doutor em Direito na Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp/SP). Mestre em Administração pela Faculdade de Estudos Administrativos (FEAD/MG). Especialista em Docência em Ensino Superior (UEMA/MA), graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará, professor da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), da Unidade de Ensino Superior (UNISULMA) e da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Email: marcoixts@hotmail.com.

assim as três esferas poderão realizar uma administração pública eficiente e digna.

Porém, não basta uma estruturação Estatal, precisa haver a conscientização da sociedade para que haja integração e não discriminação das pessoas com deficiência. Vale mencionar que se solicita do Estado Democrático de Direito não apenas a realização de uma igualdade formal, mas uma igualdade digna, através de políticas públicas que tornem efetivas essa igualdade material perante a sociedade de modo geral.

Traça-se também, no estudo sob comento, a vitimização e a coisificação que a pessoa com deficiência acaba por suportar devido a não efetivação de seu direito fundamental de igualdade, que acaba sendo negligenciado pela própria sociedade.

Frise-se que a discriminação social pode ser vivenciada não somente pela pessoa com deficiência, como também, por sua família devido a indiferença perpetrada pela própria sociedade.

Portanto, o tema em questão tem relevância social, e como objetivo a realização de uma análise através de pesquisa bibliográfica acerca da dignidade humana voltada para preservação do direito à igualdade que deve ser garantido às pessoas com deficiência, onde se realiza breves apontamentos sobre contextualização histórica e constitucional da dignidade da pessoa humana, voltada para os avanços no que pertine o direito à igualdade que traz dignidade e inclusão social dos mesmos.

2 Breves apontamentos acerca historicidade do conceito de dignidade da pessoa humana

Para discorrer efetivamente acerca da dignidade, é salutar que se esboce um panorama de sua origem, bem como os fatores que foram contudentes para sua concepção do ponto de vista histórico e conceitual.

Em conformidade com o entendimento de Ricardo Castilho (2013), o conceito de dignidade, como um atributo inerente a todo ser humano, surgiu com o pensamento clássico e o Cristianismo. Na concepção do

Cristianismo, dignidade estava relacionada com a ideia de que o homem foi concebido à imagem e semelhança de Deus.

Sendo o homem a imagem e a semelhança de Deus, tem-se que houve a universalização da consciência humana do que vem a ser dignidade. Tendo em vista que, através da criação efetiva de uma cultura universal, traz-se a ideia de que o homem formaria uma única unidade, isto é, através da do doutrinamento de que todos os povos e homens descenderiam de um mesmo pai, que teria sua essência comum em todos os homens.

O Ocidente traz consigo um pensamento judaico-cristão, nas palavras de Carnio (2013), “o homem ocidental tem seus direitos fundamentais constituídos a partir de uma concepção judaico-cristã onde sua existência é advinda da ideia de Ser a imagem e semelhança de Deus”.

De acordo com a filosofia cristã, a dignidade da pessoa humana é decorrente da própria natureza divina do homem, ou seja, o homem em razão de conter em seu ser parte daquilo que é chamado de essência divina, deve ser considerado como ente digno. A dignidade seria a quota divina que todo homem possui, é elemento indissociável, e por si só, é capaz de fundamentar a existência de direitos e garantias fundamentais outorgados à proteção do gênero humano.

A noção de Dignidade da Pessoa Humana deve, portanto, muito à doutrina cristã, já que foi a partir desta que se pôde pensar o homem sob a ótica da igualdade. Um homem criado à imagem e semelhança de Deus e que, portanto, tem valor especial na escala dos seres.

Para Carnio (2013) “o homem de natureza judaico-cristã sempre via na possibilidade de adquirir seus direitos por intermédio da vontade de Deus”. Nesta linha de raciocínio, pode-se afirmar que o cristianismo, em sua doutrina filosófica formatou, em linhas gerais, a cultura ocidental, pois, a partir de então se passou a conceber o homem focado em sua dignificação pessoal e não na dignidade ‘coletiva’, produzindo-se um deslocamento da concepção de dignidade, do senso coletivo para o individual, da personalidade sobre o grupamento social.

Neste momento pode-se afirmar que surge o reconhecimento de direitos personalíssimos de cada homem e a afirmação de que na vida social a vida do homem não se confunde com a vida do Estado, formando-se, a partir de então, a consciência da necessidade de haver equilíbrio entre liberdade-igualdade e a autoridade.

O conceito de dignidade dentro da concepção romana, traz como referência o status que o ser humano ocupava dentro da sociedade, em conformidade com Luís Roberto Barroso (2014, p. 14), “[...] o primeiro sentido atribuído à dignidade – enquanto categorização dos indivíduos – estava associado a um status superior, uma posição ou classificação social mais alta”.

Denota-se que à dignidade para os romanos estava diretamente ligada à questões sociais, quanto mais alto o padrão social maior seria o nível de dignidade da pessoa. Portanto pessoas de baixo padrão social eram desprovidas de dignidade podendo ser submetidas a todo tipo de atrocidades.

Segundo Ricardo Castilho (2013), nos séculos VXII e XVIII, com o pensamento jusnaturalista, é introduzida a laicização da concepção de dignidade da pessoa humana; assim, era o bastante ser humano independentemente de ser cristão para ser detentor de dignidade.

No século XVIII, através de Immanuel Kant (1724-1804), tem-se à a notória contribuição no surgimento de novas perspectivas para a fundamentação de forma ética do conceito de ética de dignidade, conceito este que prevalece até os dias atuais, e que segundo Castilho (2013, p. 219), *literis*:

Se é a autonomia que dignifica o homem, por óbvio este não pode jamais ser tido como meio para algo. Todo homem é um fim em si. Eis a conhecida máxima por meio da qual Kant sintetiza sua concepção de dignidade, e que nos dias atuais é adotada, expressa ou veladamente, pela grande maioria dos autores [...].

Em conformidade com o pensamento Kantiano, a dignidade humana está na capacidade de autonomia, isto é, o ser humano é a criatura

racional que possui a capacidade de livremente se tornar submisso às leis de cunho moral, as quais são reconhecidas como precedentes de uma prática racional.

A referida capacidade segundo Hirschberger (1956), se deve ao fato do ser humano possuir, além de uma dimensão *fenomênica*, que o submete às leis físicas que regulam o universo e a ele mesmo, uma dimensão *noumênica*, que o torna um ser subjetivo, livre, constituído por uma interioridade e por uma consciência moral. Esta dimensão é a que lhe possibilita ser autônomo, isto é, um sujeito moral que reconhece o valor e a obrigatoriedade das normas que ele mesmo se impõe, sendo fiel ao *imperativo categórico*.

Ressalte-se que é justamente neste aspecto verdadeiramente ético que a dignidade vem a significar a própria moral referente aos direitos fundamentais e humanos, bastando para tanto uma análise dos autores acima referenciados.

Em uma análise dos ensinamentos Kantianos constata-se que a filosofia adotada por ele foi alicerçada sobre o dever e a razão, bem como sobre a capacidade que o ser humano possui de controlar suas paixões e de encontrar em si mesmo a melhor conduta para se orientar.

Ao se escrever acerca da dignidade da pessoa humana, não há como deixar de discorrer acerca do posicionamento de Sarlet, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que em seu discurso acerca do tema em data de 02 de março de 2018, no Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da Escola Paulista de Magistratura, elucidou que a expressão dignidade humana pode tomar um viés coletivo, da humanidade como um todo, enquanto que a dignidade da pessoa humana pode referir-se ao indivíduo concreto enquanto pessoa, aplicando-se assim a terminologia que na defesa de direitos do sujeito, após o seu nascimento com vida.

Sarlet (2018, p 01), afirmou ainda que a dignidade da pessoa humana é a mais importante ponte entre a moral e o direito, bem como entre a filosofia e o Direito:

Não se pode dispensar na concretização do conceito, enquanto direito, um olhar para a Filosofia e para as tradições filosóficas histórico-políticas, que acabaram desembocando na sua recepção pelo Direito e informando na construção desse conceito jurídico como direito vinculativo ou como princípio de valor filosófico e ético. São diversos os fundamentos para o conceito que, então, também varia conforme cada ordem jurídica.

O mencionado autor ressalta ainda que a dignidade humana ou dignidade da pessoa humana deve ser visualizada como um verdadeiro dever e não como um direito. No caso em tela, se enquadraria no dever do Estado em proporcionar aos cadeirantes e as demais pessoas com deficiência a garantia de ir e vir com total autonomia.

A ideia de dignidade da pessoa humana traz a latente imposição de mútuo respeito entre as pessoas, como meio de se manter o princípio da igualdade, nesta esteira, Sarlet (2010, p. 45), faz a seguinte advertência:

[...] a ideia da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

A dignidade vem a ser um valor supremo, em que deve-se respeitar o semelhante em toda e qualquer hipótese, não podendo ser substituído por outro valor existencial e nem muito menos sofrer qualquer tipo de redução.

Para que se chegasse efetivamente a esta garantia de que todos devem ser tratados com dignidade, foi alcançada através de lutas em que vários seres humanos tiveram intensas violações em seus direitos em relação a sua integridade física e psicológica, que em conformidade com os dizeres de Comparato (2010, p. 50).

A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados a vista da ignomínia, que afinal se abre claramente diante de seus olhos, e o recurso pelas torturas, pelas mutilações em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificada, a exigência de novas regras de uma via mais digna para todos.

Durante a Segunda Guerra Mundial, ocorreram inúmeras atrocidades físicas e mentais com o ser humano, que vieram a contribuir para que a dignidade das pessoas humana fosse consagrada como princípio supremo e grande parte dos sistemas jurídicos adotados pelos países do ocidente. No ano de 1948, foi aprovada pela Assembleia Geral das nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como discorre, Sarlet (2006, p.62):

[...] Apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948.

No ano de 1949, através da Lei Fundamental estabelecida pela Alemanha, a dignidade da pessoa humana foi devidamente consagrada, através do entabulado em seu art. 1º: “A dignidade da pessoa humana é inviolável”. Esta inviolabilidade fez com que o Estado passasse a proteger e respeitar de forma suprema tal garantia.

Sob este aspecto, cabe salientar que o Estado Unido da América passou a apoiar a Alemanha Ocidental tendo como marco inicial o ano de 1946, mas somente através do Plano Marshall, direcionado para a reconstrução dos países da Europa que sofreram grandes infortúnios com a segunda guerra, tinha como fulcro a luta contra a pobreza, a fome, o caos e o desespero enfrentado pela Alemanha. Este foi o suporte contundente para que a Alemanha Ocidental se reerguesse.

Assim, no momento em que na zona soviética se realizava a socialização da indústria, exigia-se na Alemanha ocidental um modelo de economia social de mercado, e essa meta econômica foi integralizada pela lei fundamental de Bonn, por meio de seus princípios do estado de direito e estado social, bem como com a estruturação federativa da república federal da Alemanha.

Nesse sentido, foi intencional a utilização do termo lei fundamental, em vez de constituição, denotando seu caráter provisório. Afinal, a cons-

tuição definitiva só deveria ser ratificada posteriormente, tão logo o país readquirisse sua unidade. A lei fundamental de Bonn entrou em vigor em 23/05/1949, após sua promulgação pelo conselho parlamentar em Bonn.

3 A dignidade da pessoa humana e as constituições brasileiras

No Brasil, muito embora a expressão “dignidade da pessoa humana” estar entabulada somente na Constituição Federal Pátria de 1988, os doutrinadores que escrevem acerca do tema, entendem que o princípio da dignidade humana está incluso em todos os direitos fundamentais. Pode-se através de uma verdadeira interpretação hermenêutica extrair de algumas constituições brasileiras anteriores a de 1988 estes valores, no que tange, a igualdade, a propriedade e a liberdade.

A Constituição brasileira de 1824, em seu art. 179, caput, garantia a “inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade [...]”. Os incisos deste artigo garantem diversos direitos como a proibição da tortura (XIX) e a garantia de “socorros públicos” (XXXI) (BRASIL, 1824).

Na Constituição brasileira de 1891, demonstram-se presentes os dispositivos que diretamente entrelaçam ao conceito de dignidade da pessoa humana. Em seu art. 72, destacamos o *habeas corpus* (§ 22). Como veremos adiante, a dignidade da pessoa humana é considerada como referência em todos os julgados do STF sobre pedidos de *habeas corpus*.

Os direitos que tangem à dignidade da pessoa são abordados também na constituição de 1934. Uma inovação trazida pela referida constituição foi a criação de um capítulo denominado “Dos Direitos e das Garantias Individuais”. Tal título também está presente nas constituições de 1937 (art. 122 e seguintes – nos títulos dessa constituição não consta a expressão “capítulos” –, na constituição de 1946 (Cap. II), e na constituição de 1967 (Cap. IV).

A ideia de dignidade pode, outrossim, ser identificada na constituição de 1934, no art. 115, quando este assegura que a “ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”. A dignidade também está presente na constituição de 1946, no art. 145, parágrafo único, que estabelece: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.”

Na constituição de 1967, destaca-se a própria expressão “dignidade humana”, em seu art. 157, inciso II, que prescreve: “valorização do trabalho como condição da dignidade humana”. É inegável a influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, bem como da positivação do princípio pela constituição alemã de 1949.

Constata-se em uma análise das constituições que antecederam a Constituição Federal Pátria de 1988, que as mesmas relacionaram as expressões “digna” e “dignidade” ao conceito de “trabalho”, função efetivamente da socialização do Estado liberal. Assim surgiu no campo da “Ordem econômica”, ligado diretamente ao conceito de trabalho. Ao contrário da constituição de 1988, em relação a demais constituição não se pode afirmar o sentido universal do conceito de dignidade.

4 A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988

O ordenamento brasileiro positivou várias normas que asseguram a mobilidade e a acessibilidade da pessoa com deficiência, entre elas, uma das mais importantes além da Constituição Federal de 1988, que foi o Estatuto da Pessoa com Deficiência que trouxeram garantias de mobilidade e acessibilidade às pessoas com deficiência, visando garantir a dignidade da pessoa humana para os mesmos.

O princípio da dignidade da pessoa humana traz a exigência de que o Estado se abstenha de qualquer tipo de supressão que atinjam diretamente o referido princípio, como também, exige a atuação do ente Estatal de forma concreta, desenvolvendo políticas que promovam o mínimo existen-

cial, isto é, garantindo a verdadeira efetivação dos direitos fundamentais, visando no caso das pessoas com deficiência, mais especificamente dos cadeirantes, o direito de ir e vir com autonomia e segurança.

O legislador também possui uma responsabilidade significativa acerca da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que concomitantemente com que tem que editar uma norma de caráter restritivo de não lesão aos direitos fundamentais, também possui a obrigação de editar normas que estimulem o devido exercício do mesmo.

Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é um princípio considerado fonte do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a sua relevante valorização do ser humano, sendo um verdadeiro atributo, qualidade inerente a todos, sendo considerada de vital importância para a sociedade e para a própria organização do Estado.

Pode-se afirmar que a dignidade humana tem seu nascedouro na filosofia, se formando através de uma formação axiológica, que em conformidade divide-se em três categorias: Axiológicos, deontológicos e antropológicos. Os conceitos axiológicos têm por base a ideia de bom. Os deontológicos, a de dever ser. Já os conceitos antropológicos estão associados a noções como vontade, interesse e necessidade.

A expressão “dignidade da pessoa humana” na constituição de 1988, através da positivação entabulada no Título I – Dos princípios fundamentais, art. 1º, inciso III, traz como seus fundamentos: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

A partir da promulgação da constituição de 1988, nos anos seguintes, inúmeros planos e projetos trouxeram ampliação do entendimento do conceito de dignidade da pessoa humana. Na atualidade existe a Secretaria de Direitos Humanos que tem por objetivo através de articulações interministerial e Inter setorial das políticas de promoção dos Direitos Humanos.

Devido à consagração através da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana vem a ser considerado um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, cabe ao Estado a sua proteção, proporcionando condições materiais mínimas para que a dignidade da pessoa humana seja preservada, como afirma Sarlet (2006, p. 65):

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

A dignidade da pessoa humana, vem a ser um verdadeiro atributo inerente à pessoa humana, que vincula a atividade estatal, impondo ao Estado a promoção de políticas públicas eficientes para a preservação e respeito da pessoa humana e da sua dignidade. Leia-se o pensamento de Silva (2005, p. 105):

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. De acordo com a publicação da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, o “art. 1º, inciso III, declara como fundamento da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana, da qual os direitos fundamentais, todos eles, são meros desdobramentos.

Em outro diapasão, a dignidade da pessoa humana pode ser definida no que tange ao posicionamento doutrinário ainda há controvérsias, tendo em vista a sua diversidade, dificultando o seu significado específico. Segundo Castilho (2013, p. 222): “[...] a amplitude da polissemia da expressão ‘dignidade da pessoa human’ impede que se atribua a ela um conceito fixo, ainda que aberto”. No âmbito jurídico-normativo, destaca-

se o posicionamento de Sarlet (2006, p. 60), que afirma ser a dignidade uma:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Na verdade, muito embora a Constituição Federal Pátria traga claramente e precipuamente a proteção em relação à dignidade da pessoa humana, o Estado brasileiro precisa promover, tornar efetivo os ditames constitucionais, realizando ações que visem efetivamente à garantia dos direitos humanos dos quais a dignidade da pessoa humana é o alicerce.

Ações Estatais que realmente têm como finalidade a garantia dos direitos humanos, alicerçando-se na dignidade da pessoa humana, garante efetivamente os direitos: à igualdade racial, dos quilombolas, das mulheres, da criança e do adolescente, à liberdade de orientação sexual, dos idosos, das pessoas com deficiência, à educação, à saúde, ao trabalho decente, à moradia digna, a um ambiente saudável, a um ambiente saudável, à participação política, à memória e à verdade, à comunicação, à cultura. É claro que ainda há muito que melhorar, mas com uma base teórica bem alicerçada é possível compreender melhor as ações que devem ser tomadas em busca da equidade na distribuição dos recursos públicos.

5 A “vitimização” e a “coisificação” da pessoa com deficiência

Ao discorrer acerca da dignidade da pessoa humana no que tange a pessoas com deficiência, se faz necessário tecer comentários acerca da “vitimização” e da “coisificação” como fator de exclusão social.

Dentro de uma reflexão histórica do tratamento do ponto de vista jurídico recebidos pelas pessoas com deficiência foi considerado verdadeiramente perversa e denota a clara “vitimização” a que os mesmos foram submetidos.

Dentro de uma percepção preconceituosa as pessoas com deficiência são coisificadas pela sociedade pelo fato de não se saber como interagir com elas, tendo em vista que a contemporaneidade traz como fator marcante a previsibilidade.

A coisificação é um verdadeiro estigma, uma verdadeira rotulação na identificação das pessoas com deficiência. E infelizmente quando se passa a conhecer um ser humano por rotulações, a precária forma de se relacionar passa a ser estabelecida com a coisa e não com o indivíduo. Podemos exemplificar, como certo tipo de comportamento o seguinte: Ele age assim por que é cadeirante, cego, surdo, mudo, etc.

Ocorre que, na modernidade se tem o preconceito, bem como a omissão do cumprimento das normas pelo Estado, vitimando a pessoa com deficiência, que têm o direito de estarem integradas ao meio social exercendo assim a sua cidadania, através da garantia do direito de ir e vir com segurança e a máxima autonomia possível.

Para Carvalho (2017), cabe destacar que dentre os direitos fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana: compreendido como todo o respeito e valorização moral e espiritual do cidadão, bem-estar psicológico, através de uma autodeterminação consciente de todas as pessoas e entidades da sociedade.

Na verdade, um dos maiores problemas da pessoa com deficiência são as barreiras culturais alavancadas pela sociedade através da indiferença, preconceitos estereótipos. As pessoas com deficiência neste contexto são tidas pela sociedade como incapazes, imprestáveis, quando na verdade, o que realmente nós temos são sociedades deficientes. Corroborando com este entendimento, traz-se à colação, Piovesan (2010, p. 245),

Nesse sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Essas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, como alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos.

Existe grande dificuldade das pessoas com deficiência exercitarem a sua cidadania, sendo praticamente excluídas da sociedade. Ocorre o gritante desrespeito aos princípios constitucionalmente garantidos como liberdade de locomoção, inclusão social, dignidade da pessoa humana, igualdade, entre outros.

Neste contexto, ocorre a transformação da realidade social das pessoas com deficiência bem como para toda a sociedade que deixa de pensar de forma mais individualista passando a viver o coletivo.

A omissão da sociedade que se julga “perfeita”, bem como, a do Estado e o silêncio das pessoas com deficiência assevera as injustiças e consequentes desigualdades e os torna verdadeiras vítimas de um sistema falho, pois na verdade não são as pessoas que são deficientes e sim a sociedade que não consegue transpor as dificuldades e gerar a inclusão social dos mesmos.

Pode-se afirmar que os direitos das pessoas com deficiência ultrapassaram os limites do individualismo, não que pertine aos Direitos Humanos. As pessoas com deficiência necessitam não apenas de previsão legal que tragam a garantia dos seus direitos, merecerem na verdade uma proteção jurídica consolidada, isto é, de forma efetiva.

O que se busca é evitar a coisificação, a robotização ou até mesmo a instrumentalização da corporeidade dos seres humanos que se rendem à rígidos padrões de beleza e perfeição praticamente impostos pela sociedade, em contrapartida a este comportamento, o ser social abre mão dos valores mais importantes da sociedade que vem a ser a solidariedade.

A pessoa com deficiência deve ter garantida a sua dignidade, pois trata-se de uma condição humana, a participação na vida social com respeito da sociedade no que tange as suas características especiais. Isto

é, não adianta ter espaço para o cadeirante no cinema se ele não consegue se locomover na rua, se ele não consegue entrar no prédio.

Seja qual for o tipo de deficiência física, a sociedade precisa se conscientizar que o ser humano deve ser tratado como coisa, que deve ser apenas encaixada, como por exemplo em uma cadeira ou mesa e deixada lá como objeto, e sim integrada com maior autonomia e segurança possível.

Neste diapasão, requer-se que seja realizada a valorização especial no que pertine a dignidade da pessoa com deficiência, em uma verdadeira movimentação em prol de se buscar a cidadania de forma plena para os mesmos. Uma das formas de se realizar esta valorização pode ser descrito como uma verdadeira personalização do direito e através do antropocentrismo jurídico.

Na verdade, o que se almeja é que a pessoa com deficiência exerça seu direito de vir, para integrar da melhor forma possível o convívio social ocasionando a sua não exclusão e também a de sua família que acaba sofrendo também os mesmos reflexos. A cidade existe para o homem e não o homem para a cidade.

6 Da não exclusão da pessoa com deficiência e de sua família

Ao se tratar da dignidade da pessoa humana, constata-se que nenhum ser humano nasceu para viver isolado e sim incluído na coletividade com qualidade de vida, para o exercício de sua cidadania.

Observa-se na sociedade um verdadeiro mecanismo de negação, no momento em que a deficiência é considerada e preponderada como uma verdadeira ausência, falta, ou impossibilidade de realizar algo tida como normal para os demais seres sociais. A estrutura social consideram pessoas saudáveis aquelas que segundo a noção social de saúde são eficientes principalmente para competir com os demais, como por exemplo, no mercado de trabalho. Tem-se que a pessoa com deficiência está inserida segundo a ideia errada da sociedade, em uma condição em que

se torna um terreno extremamente forte para o preconceito, tendo em vista o distanciamento da sociedade que de forma preconceituosa enxerga os mesmos como impossibilitados, diferentes, exceções.

Segundo, Vash (1988) tem-se três tendências para esclarecer o preconceito e a não valorização das pessoas com deficiência: a consideração do preconceito como algo biologicamente determinado, o questionamento psicossocial, segundo o qual no plano das relações sociais os diferentes são menos tolerados, e a tendência que a autora denomina político-econômica, em que ser deficiente resulta em mais custos para o sistema social, que envolvem desde a família até a sociedade mais ampla.

A construção de uma sociedade inclusiva é preciso antes de qualquer coisa, de toda uma mudança no pensamento das pessoas e na estrutura da sociedade, isso requer certo tempo. O que irá realmente nortear e desencadear essas mudanças nas pessoas é em um primeiro momento a real aceitação das pessoas com deficiência, essa aceitação deve começar pela própria família, como também a família da pessoa com deficiência necessita ser integrada ao meio social.

A dignidade da pessoa com deficiência também deve ser considerada em seu convívio familiar que é o alicerce do convívio em sociedade, isto é, da própria inclusão social, de sorte que o filho dele não seja considerado o filho do aleijado, a esposa dele não seja considerada a mulher do cego, a mãe dele não seja considerada a mãe do cadeirante.

Tem-se como importância salutar enfatizar que em se tratando de dignidade da pessoa humana, não se pode pensar em pessoas tidas como fisicamente “perfeitas”, absurdo seria se selecionar os melhores, e excluir os demais.

Para que haja a devida inclusão social, e dentro deste contexto, a inserção humana da pessoa com deficiência, deve-se primar para que as famílias dos mesmos também sejam devidamente incluídas neste processo.

7 Considerações finais

O presente artigo não possui a pretensão de esgotar a temática acerca da inclusão da pessoa com deficiência como garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar de um assunto amplo em que cabe vários tipos de abordagem. Pretende-se na verdade demonstrar a importância de se garantir a igualdade através da inclusão e a importância de não se fomentar as diferenças como fonte de discriminação.

As diferenças não podem ser tornarem desigualdades, nas quais os indivíduos com deficiência são cristalinamente negados entre os que se consideram iguais. Quando se torna pertinente este tipo de comportamento se considera como justa a produção e reprodução socialmente aceita desta diferença, e o resultado, são desastrosos, como, estereótipos, estigmas, atitudes preconceituosas. Nesta perspectiva nociva, a pessoa com deficiência bem como a sua família são consideradas diferentes.

Em sociedades em que escusa as singularidades de cada indivíduo, o direito à igualdade prevista constitucionalmente não pode ser realizado e nem muito menos vivenciado pelas pessoas com deficiência. Na verdade se faz necessário que a sociedade deixe de tratar com inquietação e através da convivência inclusiva harmonize-se trazendo assim a verdadeira percepção de igualdade.

Em se realizar uma análise das constituições brasileiras verifica-se o desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa humana e a necessidade de se concretizar este direito. Cabe observar que a amplitude de tal direito se deu mediante a Constituição Federal Pátria de 1988, que além de versar sobre a igualdade e a dignidade, também reforçou o dever do Estado em trazer esta garantia.

Ao se tratar de dignidade da pessoa com deficiência tem-se que os mesmos não podem por parte do Estado e da sociedade serem “coisificados” ou “objetificados”, fato este que vislumbra a desconsideração do estado físico e emocional dos mesmos, sendo considerados desvalorizados. Neste diapasão, a pessoa com deficiência deve ser tratada de forma

igualitária o que por si só já traz como consequência direta a inclusão e preservação da dignidade.

Não se pode quedar inerte em relação também a própria sociedade, tem sua parcela de omissão em relação aos mesmos, muitas vezes ignorando a existência de pessoas com deficiência, como também, colocando lixo nas calçadas, obstruindo passagens, dificultando assim a acessibilidade de todos os cidadãos, inclusive das pessoas com deficiência.

Na verdade, não existem pessoas com deficiência e sim sociedades deficientes, tendo em vista que, não são as pessoas com deficiência que precisam se adaptar a omissões por parte dos seus governantes e da sociedade. O Poder Público é que tem que promover políticas públicas que visem garantir o seu direito constitucionalmente protegido de igualdade, bem como toda sociedade precisa se conscientizar e proporcionar a inclusão.

Ressalte-se que ao se relacionar a sociedade com o indivíduo, percebe-se a existência de uma verdadeira reciprocidade que não pode ser entendida como uma abstração, em que se tem uma dependência mútua que entrelaça a própria sociedade ao indivíduo. Nesta perspectiva o indivíduo não pode ser considerado um ser natural em que seus próprios limites em si mesmo são emancipatórios, não sendo considerado unicamente como um ser biológico.

Pode-se afirmar neste contexto que o sujeito se caracteriza na sociedade e não por meio dela, tendo em vista, que se autodetermina na medida em o indivíduo ao tomar consciência do mundo e das relações sociais, acaba por adquirir consciência de si próprio. A grande solução se encontra nas limitações pelos próprios processos formativos na fase de sua constituição no que tange a atual sociedade que deve se pautar na subtração da individuação, e na multiplicação da ideia de não-diferenciação entre indivíduos.

Por derradeiro, chega-se ao entendimento de que a sociedade deve se adaptar as necessidades das pessoas com deficiência, para que os mesmos possam exercer com dignidade os seus direitos constitucionalmente garantidos.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 24 de abr. de 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (DE 16 DE JULHO DE 1934). Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléa Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm?TSPD_101_Ro=01a77ae1eb855dedce5d55491cb663bejn60000000000000000150959bdffff00000000000000000000000005ae8ded50090e03690](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm?TSPD_101_Ro=01a77ae1eb855dedce5d55491cb663bejn6000000000000000150959bdffff00000000000000000000000005ae8ded50090e03690)>. Acesso em 21 de out. de 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm>. Acesso em 24 de abr. de 2018.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de Março de 1824)**. Rio de Janeiro, 22 abr. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 30 de mar. de 2018.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm?TSPD_101_Ro=329397d53dd35b7e54461b50aed158cbbJA0000000000000000150959bdffff00000000000000000000000005ae8de5700e847561d>. Acesso em: 21 de out. de 2017.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e Antropologia**: reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzsche. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CARVALHO, Jeferson Moreira (Org.). **Neoconstitucionalismo, Ativismo judicial e dignidade da pessoa humana**. São Paulo. Editora Moreira & Carvalho: publicações jurídicas. 2017.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Educação e Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRSCHBERGER, J. **Historia de la filosofia**. Vol. II, Barcelona: Herder, 1956, p. 172-174;

PASCAL, G. O pensamento de Kant. Petrópolis: Vozes, 2003.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso Direito Constitucional**, 3. ed. rev atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 14 de jan. de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 9 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 4. ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

VASH, Carolyn L. **Enfrentando a deficiência**. São Paulo: Pioneira; Ed. da Universidade de São Paulo, 1988.

A importância da PEC 185/2015 frente à exclusão digital maranhense

*Daniele Tiana Cardoso Sousa*¹

*Hewldson Reis Madeira*²

1 Introdução

A era digital é marcada pela facilidade de acesso a informações e pelo rompimento das fronteiras intercontinentais de comunicação. Inúmeros são os benefícios ofertados pelas novas tecnologias de conectividade a rede como: o acesso à cultura, entretenimento e educação. Em contrapartida, apesar dos grandes avanços evidencia-se as grandes desigualdades, afinal, existem aqueles que estão à margem da sociedade, e que pouco ou nenhum contato tem com os instrumentos de acesso à internet e por isso estão enquadrados em mais um dado social negativo, como excluídos digitais.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade do Maranhão (UFMA). Pesquisadora voluntária do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. E-mail: dani9699@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2019). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté (UNITAU/SP, 2013), Pós graduado em Políticas em Educação do Ensino Superior pela Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST/MA, 2014); Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UGF/RJ, 2010), Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP/MA, 2008). Atualmente é professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST) e da Faculdade de Imperatriz (Wyden/FACIMP). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Educação Santa Terezinha (FEST). Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão. Desenvolve suas atividades acadêmicas na área do Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, com ênfase na Constitucionalização do Direito de Punir do Estado. E-mail: hewldson@hotmail.com.

Nesse sentido, não é de se estranhar que os Estados menos desenvolvidos economicamente e socialmente no Brasil estejam nas últimas colocações no que se refere ao número de pessoas com conexão à internet. Segundo os dados do IBGE o Maranhão apresentou o pior índice no ranking das federações neste quesito, apesar das políticas públicas que vêm sendo implementadas pelo Governo do Estado.

Diante disso, ressalta-se a importância da PEC 185/2015, proposta pela deputada Renata Abreu do partido (PODE- SP), que acrescentará o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal à Internet entre os direitos fundamentais do cidadão. Essa elevação de status da inclusão digital é o melhor caminho para transformar a real vivência dos excluídos digitais, sobretudo a população Maranhense, garantindo assim que ela tenha acesso a todas as oportunidades que esse instrumento pode oferecer para modificar a realidade social e econômica do Estado.

Dessa forma o objetivo deste artigo é analisar a proposta 185/2015 de emenda constitucional e explicar de que maneira ela pode contribuir para modificar os índices atuais de inclusão digital no Estado do Maranhão.

A metodologia utilizada no presente artigo para se alcançar o objetivo pretendido é a exploratória, com base bibliográfica em literaturas específicas sobre o tema, e documental, a partir da PEC 185/2015 e regras de direitos humanos.

Entende-se com essa pesquisa que a inclusão deste novo direito em nossa Carta Constitucional será um fator decisivo para ampliar os horizontes de oportunidades aos cidadãos brasileiros – assim como aos maranhenses – a superar a barreira das desigualdades que marcam a nossa história, da mesma forma que será importante para impulsionar a criação de políticas públicas que possam combater a exclusão digital que vive grande parte da população maranhense.

Para se entender de que maneira essa PEC poderá contribuir para modificar os índices atuais de inclusão digital no Estado do Maranhão o presente trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma: de início

abordaremos sobre a era digital no Brasil, analisando em um contexto geral como está o acesso à internet no país. Depois disso passaremos à realidade maranhense e trataremos sobre as causas que colocam o Maranhão nesse patamar e os efeitos que isso gera a população do estado, além de abordarmos as políticas públicas implantadas no Estado até o presente momento voltadas para combater essa realidade. Em seguida entraremos no mérito da internet como direito fundamental, servindo de embasamento, para enfim, explicar a PEC 185/2015 e o motivo dela ser extremamente necessária para nosso país.

2 A Era Digital

É inegável a grande evolução que o surgimento da internet trouxe ao mundo. Para SEPIN (2000) o nascimento da rede mundial de computadores é o grande feito do milênio. Afinal, é de conhecimento de todos os avanços que a internet resultou nas comunicações, no comércio, no trabalho e no entretenimento.

O planeta vivencia uma transformação cultural desde o advento da internet, que em muitos países é fundamental para as tarefas diárias da população. Para a BBC News (2019) o acesso à internet em alta velocidade, a acessibilidade móvel e os pagamentos sem papel-moeda embalam a economia global, e alguns países estão fortemente tendentes a esse futuro digital.

2.1 O acesso à internet no Mundo

Em reportagem o portal G1(2018) trouxe dados da ONU, revelando que no mundo cerca de 3,9 bilhões de pessoas usam a internet, o equivalente a mais de 50% de pessoas no planeta. O relatório também informa que quase toda a população mundial vive em áreas com acesso a rede de telefone celular possibilitando que pelo menos 90% das pessoas podem usar essa tecnologia para acessar a internet. Os resultados são considera-

dos positivo visto o avanço no número de pessoas conectadas, sobretudo nos país da américa do sul que tiveram um salto de 7,7% em 2005 para 45,3% em 2018.

Aliado a tudo isso, tem-se que ter em mente que o acesso da internet deve ser difundido garantindo-se a qualidade desse acesso. Uma reportagem da BBC News (2019) apresentou uma pesquisa da InterNations, sobre a "Digital Life Abroad" (Vida Digital em outro país, em tradução livre), onde se classificava os países com base em facilidade de serviços digitais desde a disponibilidade de internet de alta velocidade em casa até o acesso aberto à internet. Em um ranking de 68 países avaliados, o Brasil ficou na posição de 50º, tendo sua pior avaliação no que concerne a velocidade da internet em casa. Dessa forma, considerando-se a qualidade de vida digital, o Brasil perdeu para países como a Sérvia em 44º lugar, a República Dominicana em 45º e o Cazaquistão que ficou com a 48º colocação.

Não se pode negar que o Brasil é um país de grandes dimensões o que dificulta garantir que todos tenham acesso à rede, entretanto isso não impede que siga-se o exemplo de outros países que trabalham com grande afinco em sua estrutura digital. Como modelo temos a Finlândia, 2º colocada no ranking, e que considera tão importante a função da internet que desde 2010, o primeiro país do mundo a determinar isso, que o acesso a conexão de banda larga tornou-se lei, sendo, portanto, um direito de todo cidadão finlandês. Assim é necessário que o Brasil trace objetivos para melhorar seus índices e para isso não precisam de ineditismo, mas buscar inspiração em lugares em que já funcionam e adequá-los à realidade do país.

2.2 O acesso à internet no Brasil

De acordo com dados da pesquisa TIC Domicílios, apresentados pelo portal G1 (2019), cerca de 70% da população – o equivalente a 126,9 milhões de brasileiros – têm acesso a internet. Além disso, a pesquisa

ainda apresentou alguns dados animadores, como o crescimento do acesso a rede na zona rural de 44% em 2017 para 48% em 2018, e ainda nas camadas mais pobres, onde hoje 48% das classes “D” e “E” estão conectadas. Um aumento de 6% em relação a 2017.

Tais dados são promissores, mas não são os ideais.

Segundo a previsão do IBGE (2019) o Brasil tem uma população estimada em mais de 210 milhões de pessoas. Considerando que 30% dela não tem acesso à internet, estamos falando em 63 milhões de pessoas, que segundo dados da Population Pyramid (2017), seria o mesmo que considerar todo o país da Itália e do Uruguai juntos, sem nenhuma conectividade a internet.

Winston Oyadomari, coordenador de pesquisas no Cetic, órgão responsável pela TIC Domicílios, afirma que a taxa de uso da internet em países desenvolvidos da América do Norte e da Europa é superior a 80%, enquanto que em países em desenvolvimento, como os do leste europeu e árabes, o acesso gira em torno de 50% a 60%, colocando assim o Brasil em uma faixa intermediária, mas ainda assim, mantendo-se atrás de países da América do Sul como Chile, Argentina e Uruguai.

A pesquisa também constata que o dispositivo mais usado de acesso à rede atualmente no Brasil são os smartphones. Um índice de 97% das pessoas conectadas usa esse instrumento para acessar a rede. Se considerar apenas os que a fonte exclusiva de internet são os celulares, temos uma porcentagem de 56%. Deve-se notar ainda que o número de pessoas com uso do celular como única fonte de conexão é mais elevado na população mais desfavorecida e nos residentes da zona rural. No primeiro, entre as pessoas com renda familiar de até um salário mínimo o acesso é de 78%. Na zona rural chega a 77%.

Oyadomari evidencia que a justificativa dada pela população por não se acessar a rede na zona rural é a falta de possibilidade de acesso, já que o que se predomina nessas regiões são conexões por rede móvel, em relação a outros meios como a fibra ótica. Nesse sentido para Oyadomari

o debate que também se faz necessário suscitar é quanto ao uso marginal e precário ao acesso à internet nas camadas mais carentes.

Nesse contexto a pesquisa TIC Educação, também apresentada pelo portal G1(2018) revela que a falta de estrutura na região é o que mais dificulta o acesso a tecnologias nas escolas rurais (43%), e em segundo lugar vem o alto valor para se ter essa conexão (24%), isso em um período em que sabe-se que o uso de ferramentas tecnológicas nas mãos de um professor capacitado é um poderoso instrumento. Aliado a isso, a Internet é fundamental para que escolas – tanto da das redes municipais quanto estaduais de ensino de todo o país – se comuniquem, troquem experiências, ajudem-se mutuamente, e o resultado não é outro, senão o avanço na qualidade de ensino SEPIN (2000). O mais assustador nesta pesquisa é a informação de que 62% das escolas rurais não possuem computador para uso dos alunos, como afirma SEPIN (2000), “ter acesso à Internet não é mais uma questão de aumentar a capacidade de raciocínio. Passou a ser vital. É como saber ler e escrever nos anos 50. É básico. A competição começa a partir daí”.

Dezenove depois, essa máxima é ainda mais verídica do que nunca.

Assim, apesar de grande avanço no acesso à internet no Brasil, ainda há grandes desafios para se alcançar os níveis de conectividade dos países desenvolvidos. Como bem cita SEPIN (2000) "O grande desafio da Internet é conectar quem está fora dela por motivos econômicos ou ideológicos".

Para isso é necessário um grande empenho dos Governos Estadual e Federal por meio de suas políticas públicas de inclusão digital, visto que como já se esperava, enquadrados como os excluídos digitais temos os menos favorecidos.

3 A realidade maranhense

O estado que já teve sua capital considerada como a ‘Atenas brasileira’ na era monárquica, lar de grandes intelectuais da época, inspirava e atraía pessoas durante seu apogeu econômico. Hoje, contudo, o Mara-

nhão tenta insurgir depois de sua decadência mercantil e posterior domínio oligárquico, que perduraram por décadas no estado.

De acordo com dados da síntese de indicadores sociais, divulgado pelo IBGE (2017) o Maranhão é o Estado que apresenta a maior proporção de pessoas pobres do país, com cerca de 54,1% (utilizou-se como base para a pesquisa os dados do banco mundial, que considera como pobre as pessoas que vivem com 406 reais mensais no que se refere a paridade de compra), ou seja, mais de metade da população. Diante deste quadro lamentável, o que se espera é que em todos ou praticamente todos os indicadores sociais como emprego, saúde, educação, etc., o Maranhão também apresenta os piores resultados.

Nesse sentido, hoje, a internet é um grande instrumento de valorização humana, como já antes mencionado. Além de instrumento de entretenimento e lazer, ela também é primordial para oportunizar melhorias educacionais e oportunidades econômicas. Por meio da internet é possível que as pessoas, nas regiões mais remotas, possam cursar uma graduação, aprender uma língua diferente, fazer cursos que a melhor capacite para concorrer ao mercado de trabalho, assim como ter acesso a uma infinidade de benefícios. Aliado a isso, ela também facilita a comunicação, permitindo assim o acesso a oportunidades de emprego e alternativas para quem busca melhorar sua renda.

Enfim, inúmeras são as benesses que o acesso a rede pode proporcionar para mudança dos índices sociais. Entretanto, seguindo a tendência, o Estado do Maranhão apresenta os piores índices no que tange a inclusão digital. No estado dos “excluídos”, o acesso à internet também é um desafio.

Ainda segundo reportagem do G1(2018), o maranhão tem o maior índice de domicílios sem internet no país. Esses dados são resultados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, divulgados pelo IBGE. O estudo revelou que o número de maranhenses que têm acesso a internet aumentou, cerca de 8,5% se comparado a 2016, contudo o Estado ainda ocupa a última colocação nesse quesito entre todos no país.

Assim temos que em 2017 apenas 56,1% da população possuíam acesso à rede, entre esses, 99,5%, quase que a totalidade, acessava por meio do celular.

Coincidências ou não, temos que mais de metade da população se encontra abaixo da linha da pobreza. Paralelamente a isso, quase metade da população do Estado também é excluído digital, o que leva a entender que entre a população pobre do Estado uma pequena parte consegue ter acesso a internet, mesmo que essa conectividade seja apenas por meio de aparelho celular.

Para o Instituto, um dos motivos para o não acesso à internet é o preço do serviço que no Estado é considerado caro. Dessa forma é claro que o desafio do acesso à internet no Estado está diretamente relacionado a economia do mesmo, reafirmando a tese de que quanto maior a taxa de pobreza de um Estado, menor a conectividade.

Nesse sentido uma pesquisa do IBGE, apresentada pela revista Exame (2016), mostra que a conectividade está sim diretamente ligada a renda. Segundo o estudo apenas 32,7% das pessoas no Brasil com renda menor que $\frac{1}{4}$ do salário mínimo tem acesso a internet. Esses dados representam muito bem a realidade vivida pelo Maranhão.

Aqui poderíamos levantar um questionamento: é a conectividade que proporciona a melhoria na economia ou a economia que proporciona o aumento da conectividade?

A pesar da interrogação, não nos cabe no presente trabalho desvendar a origem e nem dar resposta ao dilema, mas sim buscar a melhor alternativa para garantir que os maranhenses possam superar essa realidade, e tenham garantidas as mesmas oportunidades que o acesso à internet oferece a todos no mundo.

3.1 Políticas de inclusão digital no Estado do Maranhão

Diante dos recorrentes dados negativos no que concerne a inclusão digital, o Governo vem criando programas que visam combater essa

situação, para assim tentar melhorar os índices no acesso à internet da população maranhense.

Entre os principais programas vigentes no Estado temos o “Cidadania digital” e o “Maranet”, ambos desenvolvidos pela Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Informação (Secti). Ambos os projetos são respostas específicas acerca das necessidades encontradas no Estado e que por seguinte foram transformadas em programas de governo. Assim o principal objetivo dos programas é tornar possível à população, por meio da inclusão digital, o acesso por todo e qualquer maranhense a seus direitos civis, políticos e sociais.

Nesse sentido o projeto “Maranet”, leva as cidades do Estado a internet gratuita em locais públicos, tanto na capital como no interior do Estado. Para esse fim o Governo deve promover parcerias com empresas privadas e, quando não é possível, estabelece-se contratos com a Secretaria (Secti). Segundo dados da própria Secretaria apresentados pelo jornal O imparcial (2018), em um ano e meio de programa, foi constatado mais de 800 mil acessos individualizados no Estado. Tais projetos são animadores e mostram que apesar de ostentar os piores índices, o estado demonstra um esforço para a redução da exclusão digital.

Contudo, esses projetos são paliativos que diante do quadro geral, pouca influência tem para mudança da realidade. Primeiro porque não adianta disponibilizar acesso gratuito à internet em locais públicos se a reunião de um grupo de pessoas já é suficiente para que ninguém consiga conectar-se, e segundo, mesmo que a conexão seja muito boa dificilmente as pessoas que se enquadram no quesito de excluído digital irão ter um aparelho eletrônico em que possa desfrutar do acesso à rede.

O objetivo deste artigo não é de maneira nenhuma desmerecer o trabalho que vem sendo feito, mas reforçar que é preciso uma ação mais contundente para que os resultados possam ser mais expressivos, e se possa verdadeiramente obter uma mudança no quadro social do estado através da inclusão digital.

4 O acesso à internet como direito fundamental

O século XXI, tem revelado que a internet revolucionou a vida em sociedade e continua a fazê-lo. Hoje não se precisa sair de casa para fazer um curso, para fazer compras, para pagar uma conta, para trabalhar e atualmente até para uma consulta médica. A facilidade, a comodidade e a economia proporcionada por essa ferramenta é tão rotineira nos grandes centros que chega a ser banal, sendo impossível de se imaginar que no Brasil e no mundo existem pessoas que nunca tiveram contato com instrumentos de acesso à rede.

Por tudo que já foi mencionado, é inegável que estar conectado na era digital é fundamental. Mais do que redes sociais, o acesso à internet possibilita o acesso à informação, educação e cultura, libertando assim o homem de opiniões singulares, barreiras físicas e sociais. Diante de tantos avanços tecnológicos é inconcebível que sociedades não desfrutem de todas as vantagens oferecidas pela internet por falta de oportunidade.

4.1 A CF/88 e os Direitos Fundamentais

A Constituição Federal do Brasil criada com redemocratização do país em 1988, é a lei suprema do país, ou seja, nenhuma lei complementar ou ordinária pode se sobrepor aos seus preceitos, pelo contrário, ela deve ser tida como base para a criação de todo o ordenamento jurídico do país.

Apelidada como “Constituição Cidadã”, por Ulysses Guimarães em sua promulgação, a CF/88 recebe esse título por ter uma grande quantidade de dispositivos voltados às áreas sociais, como licença a maternidade, voto universal, habeas data, entre outros.

Diante disso entra em cena os direitos fundamentais, o qual ganha grande destaque o art. 5º da Constituição Federal. Para Santos (2018) os direitos fundamentais ‘são direitos positivados no texto constitucional, imanentes à condição de ser humano’, ou seja, é um direito que não se pode separar do homem, em um Estado democrático de Direito.

Tamanha é a importância dos direitos fundamentais que os direitos e garantias individuais, disposta no art. 5º da CF/88, são consideradas cláusulas pétreas, sendo assim, enquanto esta constituição continuar em vigor elas não poderão ser abolidas. Como dispõe o art. 6º da Carta Magna:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Na esteira dessa análise, Silva (2018) considera o art. 5º como “amplo catálogo dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, do indivíduo, da coletividade e do povo brasileiro”, dessa forma tal artigo visa determinar que todo cidadão possa ter todas as garantias para uma vida digna, que passa pela ‘inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’.

4.2 Projeto de Emenda à Constituição – PEC 185/2015

Diante de tamanha importância que a internet ganhou para o desenvolvimento social, garantir uma sociedade mais justa e igualitária passa também por possibilitar que todos tenham as mesmas oportunidades. Assim garantir que todos possam ter o acesso à internet e todas as benesses que dela se decorrem é fundamental para alcançar esse propósito.

Visando isto é que surge a PEC 185/2015, projeto da deputada federal Renata Abreu do PTN/SP, que propõe acrescentar o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal à Internet entre os direitos fundamentais contidos em nossa Carta Magna.

Assim a PEC traz à tona que a conectividade é fundamental para o desenvolvimento social, cultural, intelectual, educacional, profissional e econômico no Brasil, assim como em qualquer outro país. O acesso à internet possibilita que o homem tenha visibilidade. Por isso, é cada vez

mais importante que sejam implementadas políticas públicas voltadas ao combate da exclusão digital.

Nesse sentido, a Lei maior visa garantir que todo cidadão tenha uma vida digna. Hoje, grande parte dos direitos sociais como educação, informação, trabalho são dependentes das tecnologias de informação e comunicação. Dessa forma é inadmissível que milhões de pessoas no Brasil acabem por serem excluídas destes direitos.

Por outro lado, é necessário salientar que a norma deve acompanhar as mudanças sociais. Há 30 (trinta) anos atrás, quando a constituição foi promulgada, a internet estava apenas no início de sua ascensão, sendo objeto raro e de grande valor para a época, longe de estar entre as necessidades sociais.

Na esteira desta análise, é mister que a carta magna que busca uma sociedade mais justa e igualitária estabeleça entre seu rol de direitos fundamentais o acesso universal à internet.

Segundo reportagem da Câmara dos deputados (2017) há quem seja contrário a essa proposta, e ache um exagero incluí-lo dentro dos direitos fundamentais, sugerindo que seja tido apenas como um direito social como moradia, trabalho e alimentação. Se analisarmos a realidade brasileira, logo entenderemos que se incluir o acesso à internet apenas como direito social, ele não passará de mais um direito que não sairá do papel. Em um país em que mais de 15 milhões de pessoas vivem abaixo da extrema linha da pobreza (JORNAL NACIONAL, 2018), é sinal de que o governo não é eficiente em garantir à população o cumprimento de seus direitos.

A força normativa de um direito fundamental não é garantia de sucesso se não vier acompanhada de aplicabilidade. Contudo, incluí-lo nesse rol, possibilitará que aqueles que lutam por essa causa tenham mais estímulo para busca-la. Como exemplo pode-se citar a defesa de que a internet seja um serviço público, assim como água e luz, o que pode facilitar o acesso de todos e baratear o custo do serviço.

Transformar a realidade Maranhense no que tange a conectividade, perpassa pela criação de políticas efetivas de inclusão digital. O acesso

universal a internet é um caminho para tirar o estado da ilha da exclusão, e possibilitar aos maranhenses a oportunidade de navegar pelo mar de oportunidades que a internet pode lhes oferecer.

5 Conclusão

A era da informação ultrapassou fronteiras e possibilitou que as populações dos lugares mais remotos do planeta se conectassem. Setores como educação, economia, saúde ou qualquer um outro dificilmente exista que não tenha sido alterado após o advento da internet. Diante de tantos avanços tecnológicos é inconcebível que sociedades não desfrutem de todas as vantagens oferecidas pela internet por falta de oportunidade. A democratização da informação é fundamental para a formação de uma sociedade mais justa e igualitária.

Nesse sentido o fato de o Maranhão estar em último lugar entre todos os 27 estados da federação, no que diz respeito ao número de pessoas com conexão à internet, não é surpresa, visto que, os seus índices socioeconômicos se encontram entre os piores do país. Os dados do Instituto brasileiro de geografia e estatística (IBGE) leva a entender que a conectividade está diretamente relacionada ao desenvolvimento socioeconômico de uma população. No Estado dos excluídos o acesso à internet também é um desafio. Assim, garantir a inclusão dessa população passa por possibilitar que eles tenham as mesmas oportunidades que os demais. O acesso à internet deixou de ser um artigo de luxo que era na década de 90 e passou a ser um instrumento de inclusão social.

Diante de tudo isso, é de extrema importância a elevação do acesso a internet como direito fundamental. A PEC 185/2015, surge como forma de buscar garantir que toda a sociedade tenha as mesmas oportunidades, independente de classe social, raça e gênero. Ela entende que a conectividade é fundamental no que tange ao desenvolvimento social, cultural, intelectual, educacional, profissional e econômico em qualquer país. O acesso à internet possibilita que o homem seja visto e ouvido. Assim a

inclusão desse direito entre o rol de direitos fundamentais em nossa Carta Magna, inclui essa causa em um patamar de maior visibilidade e acaba por propagar seu debate e gerar uma cobrança maior acerca de sua proteção. Conhecimento é poder, por isso os estados ditatoriais limitam o acesso a informações, pois a informação é capaz de transformar a realidade.

Em um Estado democrático de direito o acesso a informação não deve ser apenas permitido, mas estimulado através de ações do Governo, sejam elas a níveis municipais, estaduais ou federais.

Por outro lado, apesar das políticas públicas vigentes terem contribuído para melhoria dos dados estatísticos, elas não são suficientes para uma significativa transformação, visto que ela se limita as grandes cidades do Estado, não alcançando assim aqueles que sempre apresentam os piores dados nos quadros sociais.

A ideia de ter o acesso à internet como um serviço público, deve ser disseminada e debatida, sendo uma alternativa para modificar a realidade da população Maranhense e de todas as outras espalhas pelo país que vivem à margem da sociedade.

Por fim deve-se ter em mente que a internet é uma implacável fonte de informação. E que Informação gera conhecimento. E o conhecimento gera oportunidades. E as oportunidades, quando encontram aqueles que necessitam de oportunidades, podem transformar a realidade de uma cidade, de um estado e de um país.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_03.07.2019/art_60_.asp>. Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Planalto. Presidência da República - Planalto. **Direitos e deveres: conheça a importância do artigo 5º da Constituição**: Direitos e garantias fundamentais são uma das prioridades da Carta Magna promulgada há 30 anos. 2018. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/direitos-e-deveres-conheca-a-importancia-do-artigo-50-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 17 out. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **CCJ aprova PEC que inclui internet entre os direitos fundamentais.** 2017. Reportagem - Marcello Larcher. Edição - Marcia Becker. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/526412-ccj-aprova-pec-que-inclui-internet-entre-os-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 18 out. 2019.

CÂMARA LEGISLATIVA. Renata Abreu e Outros. **Proposta de Emenda à Constituição:** Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal a Internet entre os direitos fundamentais do cidadão. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=B74095E3C5F9E77831CCF237CD2E643D.proposicoesWebExterno2?codteor=1425981&filename=Tramitacao-PEC+185/2015>. Acesso em: 17 out. 2019.

FURTADO, Luís. 82% dos maranhenses acessam internet pelo celular: Estudo revelou o atraso do Maranhão em relação ao acesso às tecnologias mais utilizadas no mundo inteiro, além do tímido alcance da internet dentro do território estadual. **Jornal O Imparcial.** 2019. Disponível em: <<https://oimparcial.com.br/entretenimento-e-cultura/2018/03/82-dos-maranhenses-acessam-internet-pelo-celular/>>. Acesso em: 04 out. 2019.

G1. **Mais da metade da população mundial usa internet, aponta ONU.** 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/07/mais-da-metade-da-populacao-mundial-usa-internet-aponta-onu.ghtml>>. Acesso em: 20 set. 2019.

IBGE. **Pobreza aumenta e atinge 54,8 milhões de pessoas em 2017:** Síntese de Indicadores Sociais. 2018. Agência IBGE Notícias. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23299-pobreza-aumenta-e-atinge-54-8-milhoes-de-pessoas-em-2017>>. Acesso em: 03 out. 2019.

IBGE. **População do Brasil:** Projeção da População. 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php>. Acesso em: 20 set. 2019.

JORNAL NACIONAL. **No Brasil, 15,2 milhões vivem abaixo da linha da extrema pobreza, diz IBGE:** Instituto pesquisou mercado de trabalho, educação, moradia e distribuição de renda para ter um retrato da qualidade de vida dos brasileiros e confirmou que a pobreza cresceu. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/12/05/no-brasil-152-milhoes-vivem-abaixo-da-linha-da-extrema-pobreza-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 18 out. 2019.

LAVADO, Thiago. G1 (Ed.). **Uso da internet no Brasil cresce, e 70% da população está conectada:** Segundo pesquisa TIC Domicílios, 126,9 milhões de pessoas usaram a rede regularmente em 2018. Metade da população rural e das classes D e E agora têm acesso à internet. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/08/28/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-70percent-da-populacao-esta-conectada.ghtml>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

OLIVEIRA, Elida. G1. **43% das escolas rurais não têm internet por falta de estrutura na região, diz pesquisa:** Pesquisa TIC Educação 2018, divulgada nesta semana, mostra que, mesmo que tenha computador conectado, nem sempre ele está disponível para atividades letivas com os estudantes. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/07/18/43percent-das-escolas-rurais-nao-tem-internet-por-falta-de-estrutura-na-regiao-diz-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 20 set. 2019.

POPULATION PYRAMID (Comp.). **Lista de países ordenados pelo tamanho da população.** 2019. Disponível em: <<https://www.populationpyramid.net/pt/populacao/2017/>>. Acesso em: 20 out. 2019.

SANTOS, Adriana Cecilio Marco dos. **A diferença entre direitos fundamentais e humanos e cláusulas pétreas.** Conjur. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-02/adriana-cecilio-diferenca-entre-direitos-fundamentais-humanos>>. Acesso em: 17 out. 2019.

SANTOS, Bárbara Ferreira. Apesar de expansão, acesso à internet no Brasil ainda é baixo: Entre 2005 e 2015, percentual de domicílios com conexão saiu de 13,6% para 57,8%. Entretanto, proporção ainda é baixa em relação a outros países. 2018. **Revista Exame.** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/apesar-de-expansao-acesso-a-internet-no-brasil-ainda-e-baixo/>>. Acesso em: 04 out. 2019.

SEPIN. **Evolução da Internet no Brasil e no Mundo.** Brasil: 2000.

A não incidência de imposto estaduais e municipais nas comercializações de créditos de carbono

*Karina Caldeira Toledo*¹

*Francine Adilia Rodante Ferrari Nabhan*²

1 Introdução

As atividades humanas emitem diferentes Gases causadores do Efeito Estufa (GEE), entre eles o Dióxido de Carbono e o Metano. Juntos, esses gases intensificam o Efeito Estufa e mudam o clima do planeta. Eventos extremos, como as tempestades, estão se tornando frequentes e outros padrões do clima, como quantidade e períodos de chuva, em algumas regiões, também estão mudando. Como consequência dessas mudanças climáticas, por exemplo, a água utilizada para consumo humano está se tornando escassa e a terra, utilizada para plantio e pecuária, está ficando seca em algumas regiões.

As mudanças climáticas ocorridas no planeta têm gerado, nos líderes mundiais, uma preocupação com o meio ambiente e, com o intuito de

¹ Advogada, Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Taubaté/SP. Pós-Graduada em Direito Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Graduada em Direito pela Faculdade Novos Horizontes/ MG. Docente do Curso de Direito nas instituições Faculdade de Imperatriz- Wyden Facimp e Faculdade de Educação Santa Terezinha - Fest, em Imperatriz, Maranhão, Brasil. E-mail: karitoleclob@gmail.com.

² Advogada, Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional - Universidade de Taubaté/SP (UNITAU), Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNITEC. Especialista em Direito Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina UNISUL. Pós Graduada em Direito Tributário pela Faculdade Damásio. Membro do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJJ), da Universidade Federal do Maranhão. Atualmente é professora do curso de graduação em Direito da UNISULMA - IESMA e da FACIMP/WYDEN. E-mail: francinenabhan@hotmail.com.

amenizar esses desgastes e diminuir os impactos ambientais, os governantes de países membros da Organização das Nações Unidas (ONU) se reúnem anualmente para estabelecer práticas ambientais sustentáveis (KEMPFER, 2016).

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, fortalecida após a Convenção do Clima (ECO-92), realizada no Rio de Janeiro, em 1992, define sustentabilidade ambiental como a relação sustentável entre padrões de consumo e produção em termos energéticos, de maneira que sejam reduzidas, ao mínimo, as pressões ambientais, o esgotamento dos recursos naturais e a poluição.

Para atingir esses objetivos sustentáveis e estabilizar as concentrações de GEE na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático, é necessário convencer os líderes mundiais de que as práticas ambientais sustentáveis são lucrativas economicamente. Assim, durante a Conferência de Kyoto, em 1997, surgiram os Mecanismos de Desenvolvimento Limpo e os certificados de carbono, com o intuito de gerar lucro aos países e às empresas que adotarem práticas ambientais sustentáveis (SEIFFERT, 2009).

Os Mecanismos de Desenvolvimento Limpo limitam a quantidade de emissão de GEE que cada país pode emitir. A princípio essa limitação é apenas para os países desenvolvidos, sendo essencial que diminuam suas emissões para atingirem essas metas. Essa diminuição de emissão de GEE na atmosfera gera certificados de redução de emissão, os créditos de carbonos, que podem ser comercializados.

Para diminuir suas emissões de GEE e atingirem as metas estabelecidas na Conferência de Kyoto, os países desenvolvidos poderão adquirir créditos de carbono de países em desenvolvimento que possuam práticas sustentáveis que diminuam os GEE na atmosfera, criando, portanto, um mercado de créditos de carbono.

Com o intuito de atingirem as metas de redução de GEE, os países poderão, por meio de legislação específica, impor às empresas sediadas

neles, metas de redução de GEE com imposição de sanções caso não as cumpram ou, até mesmo, incentivos fiscais quando as cumprirem.

Desde 2014, as empresas brasileiras buscam realizar projetos sustentáveis geradores de créditos de carbono, com o objetivo de comercializar esse título com empresas de países que possuem metas de redução, já sendo o Brasil atualmente, de acordo com a ONU (2018), o terceiro país com maior número de Projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo nele sediados.

Contudo, não há parâmetro estabelecido pela Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, órgão internacional responsável por verificar os Projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e certificar os créditos de carbono, que estabeleça a natureza jurídica desse certificado, dificultando as negociações, bem como, a escrituração contábil dessas operações, uma vez que a natureza jurídica é o que define como deverá ser seu tratamento pela Ciência do Direito, o que influencia diretamente na tributação das comercializações de créditos de carbono.

Em decorrência dessa ausência de definição internacional sobre a natureza jurídica dos créditos de carbono, cada país vem criando legislações internas sobre essa natureza, para facilitar as negociações e a posterior tributação.

Porém, embora tenha havido, por parte dos legisladores brasileiros, tentativas de definição da natureza jurídica dos créditos de carbono no Brasil, essas leis perderam eficácia e atualmente não há uma legislação específica sobre o tema em vigor no país gerando, portanto, um limbo tributário a respeito de quais impostos incidem sobre as operações comerciais envolvendo créditos de carbono.

2 Mecanismo de desenvolvimento limpo

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) é parte do Protocolo de Kyoto e está gerenciado pela Organização das Nações Unidas (ONU), para permitir que países, para os quais foram estabelecidas me-

tas de reduções de emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE) no Protocolo de Kyoto, compensem suas emissões quando não consigam reduzi-las.

Rodrigues (2017, p.02), nesse sentido, esclarece sobre o funcionamento do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo que:

Os países do anexo I, que juntos, são responsáveis por 96% dos GEE, devem fazer o financiamento de projetos de mecanismos de desenvolvimento limpo (Projetos de MDL) nos países do Anexo II (países em desenvolvimento) com a finalidade de se obter, em concreto, e a longo prazo, uma redução do GEE nos níveis exigidos pelo Protocolo de Kyoto.

O Protocolo de Kyoto possui, em seu Anexo I (Quadro 1), uma relação dos países que possuem metas de reduções de GEE e, dessa forma, devem financiar Projetos de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo. Os países não listados no Anexo I deverão reduzir seus GEE, porém não possuem metas pré-estabelecidas ou prazos para essa redução, o que os tornam potenciais locais sede para os Projetos de MDL dos países constantes no Anexo I.

Quadro 1: Países constantes no Anexo I do Protocolo de Kyoto

Anexo I	Anexo II
Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Bielo-Rússia, Bulgária, Canadá, Comunidade Europeia, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Mônaco, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República Tcheca, Romênia, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia e Estados Unidos.	Demais países não constantes no Anexo I.

Fonte: Protocolo de Kyoto (1997)

Em uma primeira impressão aparenta um projeto altruísta, por meio do qual os países ricos investiriam nos países em desenvolvimento em busca de práticas ambientais que reduzissem os Gases causadores de Efeito Estufa. Contudo, como pode-se verificar, pelas palavras de Rodrigues (2017 p.03), os Mecanismos de Desenvolvimento Limpo gerarão benefícios para os países desenvolvidos:

Uma vez financiado o Projeto de MDL nos países em desenvolvimento, e caso realmente o projeto tenha logrado êxito (redução concreta do GEE ou inibição de sua liberação), essa redução ou vantagem resultante da implementação de Projetos de MDL resultarão na geração de créditos (títulos negociáveis), denominados Certificados de Emissões Reduzidas (CER), que servirão para compensar (quitar) as obrigações de redução assumidas no Protocolo de Kyoto (aos níveis de 1990).

Portanto, os Mecanismos de Desenvolvimento Limpo geram benefícios para os países desenvolvidos, com metas de reduções estabelecidas no Protocolo de Kyoto, assim como para os países em desenvolvimento, que poderão ter seus projetos financiados.

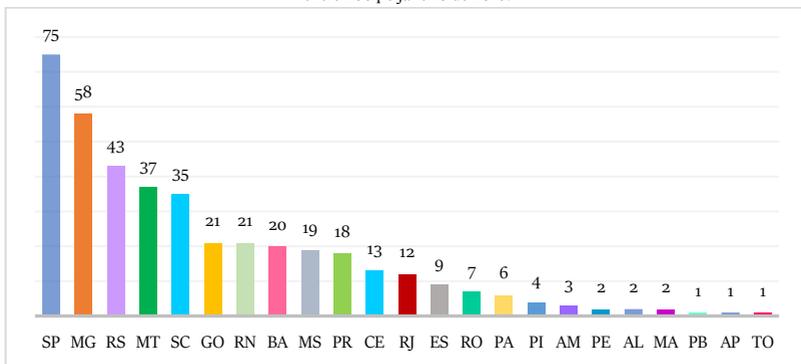
2.1 Projetos de mecanismos de desenvolvimento limpo no Brasil

A Secretaria Executiva da Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima (CIMGC), órgão ligado ao Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação, do governo brasileiro, divulgou, em seu último relatório, que, até 31 de janeiro de 2016, que o Brasil é o terceiro país com mais Projetos de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo registrados na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC).

De acordo com o relatório, no mundo, existem 7.690 atividades registradas, sendo 339 atividades de projeto registradas (4,4%) sediadas pelo Brasil. Em segundo lugar no ranking de países com maior número de Projetos de Mecanismo de Desenvolvimento registrados, encontra-se a Índia com 1.598 (20,8%) e, em primeiro lugar, a China com 3.764 (48,9%) (MINISTÉRIO CIÊNCIA TECNOLOGIA INOVAÇÃO, 2018).

De acordo com a Figura 1, em relação à distribuição do número de atividades de projeto MDL no Brasil, por estado da Federação, até 31 de janeiro de 2016, o maior número de projetos está localizado no sudeste do país: o estado de São Paulo com 75 atividades; Minas Gerais com 58; Rio de Janeiro com 12 e o Espírito Santo sediava 9 projetos.

Figura 1 - Distribuição do número de atividades de projeto de MDL, no Brasil, por estado, registrada na UNFCCC entre 2004 e janeiro de 2016.



Fonte: Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima - Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (2016)

Os estados da região Norte totalizavam de janeiro de 2016 apenas 10 projetos de MDL, revelando uma potencial região para investimentos em projetos dessa natureza.

Percebe-se, assim, que já há no Brasil empresas realizando atividades de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo e, conseqüentemente, operações envolvendo Créditos de Carbono, uma vez que suas práticas já foram certificadas pela Secretaria Executiva da Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima.

3 Procedimento para comercialização de créditos de carbono no Brasil

As informações pertinentes ao procedimento para comercialização de créditos de Carbono no Brasil foram colhidas via documentos localizados no site do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Um guia de orientação com o título de "O mecanismo de desenvolvimento limpo", elaborado no ano de 2009, sob a coordenação de Isaura Maria de Rezende Lopes Frondizi e um relatório cujo título é "Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima - CIMGC", elaborado no ano de 2016.

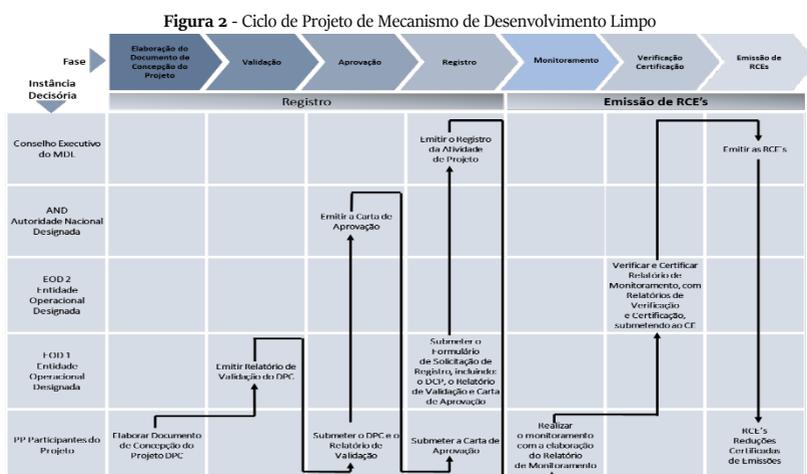
O Brasil, de acordo com relatório de 31 de janeiro de 2016, da Secretaria Executiva da Comissão Interministerial de Mudança Global do

Clima (CIMGC), possui 339 atividades registradas certificadas pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC), sendo o terceiro país com maior número de projetos certificados.

Contudo, há um longo caminho a se percorrer para que uma atividade, potencialmente redutora de Gases causadores de Efeito Estufa, seja certificada e seus Créditos de Carbono sejam comercializados.

Vale enfatizar que o referido guia foi elaborado a partir dos parâmetros estabelecidos pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, sigla, em inglês, da *United Nations Conference on Trade and Development*) e tem o intento de incentivar os Projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo no Brasil e esclarecer possíveis dúvidas dos interessados em implementar tais projetos.

Esse Guia de Orientação do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) estabeleceu as etapas necessárias para que um Projeto de MDL fosse certificado e gerasse créditos de carbono. Dentre essas etapas, Figura 2, destacam-se: a elaboração do documento de concepção do projeto; a validação; o registro; o monitoramento; a verificação e a certificação.



Fonte: Guia de Orientação do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, (2009)

O primeiro passo, para o desenvolvimento de um projeto de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, compreende a elaboração do *Project Design Document* (PDD) ou Documento de Concepção do Projeto (DCP). Nesse documento devem ser amplamente contemplados todos os aspectos técnicos e características do projeto.

Os participantes do projeto, após preencherem o *Project Design Document* (PDD), o encaminharão para a Entidade Operacional Designada (EOD), devidamente reconhecida pelo Conselho Executivo da *United Nations Framework on Convention Climate Change*, Convenção Quadro das Nações Unidas para Mudanças Climáticas (UNFCCC) que, após análise, emitirá um relatório de validação do do PDD.

Em posse da validação, os participantes do projeto submetem o PDD e o Relatório de Validação, emitido pela EOD, à Autoridade Nacional Designada, que no Brasil é a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima, responsável por emitir a Carta de Aprovação.

Uma vez aprovado, submete-se o Formulário de Solicitação de Registro, incluindo: o DCP, o Relatório de Validação e Carta de Aprovação, ao Conselho Executivo (CE) que, na língua inglesa, traduz-se por *Executive Board* (EB), e é responsável pela emissão do Registro da Atividade de Projeto.

Em posse desse registro, os participantes do projeto realizam o monitoramento do projeto e elaboram o Relatório de Monitoramento, detalhando as reduções de Gases causadores de Efeito Estufa que o projeto tem deixado de emitir na atmosfera.

Os participantes, então, encaminham esse relatório de Monitoramento à Entidade Operacional Designada (EOD) responsável por verificar e certificar o Relatório de Monitoramento, com Relatórios de Verificação e Certificação.

A certificadora- EOD pode ser uma entidade nacional ou estrangeira, com o objetivo de definir os procedimentos de auditorias de verificação e assegurar a transparência na prestação de contas dos projetos.

Na fase de monitoramento, os participantes do projeto devem seguir um plano estabelecido pela metodologia definida no projeto, produzindo relatórios a serem submetidos à Entidade Operacional Designada (EOD) para verificação. Como bem salienta Juliana Justi (2008, p.74), "A verificação, nessa etapa, é a revisão independente e periódica, efetuada pela EOD, das reduções monitoradas das emissões antrópicas de GEE que ocorreram em consequência de atividade registrada do projeto de MDL durante o período de verificação".

Após o período de verificação, a Entidade Operacional Designada (EOD) emite um certificado por escrito, garantindo que, durante o período de tempo especificado, o referido projeto em operação atingiu as reduções das emissões antrópicas de Gases de Efeito Estufa.

Com essa certificação, torna-se possível requerer, ao Conselho Executivo da Convenção Quadro das Nações Unidas para Mudanças Climáticas - United Nations Framework on Convention Climate Change (UNFCCC), a emissão dos Certificados de Emissões Reduzidas (RCE's), relativas à quantidade reduzida e/ou removida.

Após a emissão dos Créditos de Carbono, inicia-se o processo de sua comercialização que, no Brasil, opera-se, tanto por meio de contrato bilateral de cessão como por leilões na Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA).

3.1 Contrato de cessão de reduções certificadas de emissão

As Reduções Certificadas de Emissão, após emitidas pelo Conselho Executivo da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), podem ser comercializadas através de um contrato de cessão. Como expõe Monteiro (2001, p.19), esse contrato pressupõe:

Necessariamente, intervenção de duas ou mais pessoas, que se põem de acordo a respeito de determinada coisa. Não será discutido ou modificado o objeto do contrato-base, bem como, suas cláusulas, detendo-se tão somente aos aspectos da cessão, sendo uma negociação apartada.

Assim, o contrato de cessão de créditos de carbono são elaborados entre o proprietário das Reduções Certificadas de Emissão e a pessoa, física ou jurídica, adquirente da certidão, estabelecendo nele o valor que foi pago pelo título, bem como o montante de créditos de carbono que serão transferidos de titularidade.

Com efeito, os contratos de cessão de créditos de carbono, uma vez efetuados no Brasil, estarão sob os auspícios do ordenamento jurídico vigente no país, sendo que nesse caso, tratando-se de uma cessão de crédito, apenas dar-se-á efeitos mediante transação efetuada por instrumento público, ou instrumento particular que obedeça aos moldes trazidos nos instrumentos legais (SISTER, 2008).

Portanto, as Reduções Certificadas de Emissões (RCE's) são negociadas através de contrato particular ou instrumento público, por duas partes que previamente passaram por uma negociação, antes, durante ou depois da emissão da RCE pelo Conselho Executivo da Organização das Nações Unidas.

O modelo de contrato de cessão, segundo Limiro (2009, p. 124):

é caracterizado pelo fato de as entidades públicas ou privadas do país, financiando ou não o desenvolvimento de projetos de MDL, adquirirem as RCEs correspondentes e operarem sua comercialização internacional em bases mais vantajosas, competitivas e no momento mais favorável.

Dessa forma, as entidades públicas ou privadas podem investir previamente em um projeto de MDL e realizar um acordo prévio para aquisição dos créditos de carbono dele decorrentes, ou poderá adquirir os créditos de carbono de um projeto de MDL em que não investiu, após a emissão das RCE's.

O contrato de cessão de créditos de carbono se inicia com a identificação de um potencial comprador, o qual tem adequado conhecimento do mercado de Reduções Certificadas de Emissão, apresentando a ele a potencialidade do projeto. O potencial comprador encaminha uma carta de intenção de compra e após a aceitação de todas

as condições por ambos, é, então, elaborado um contrato, denominado de *Emission Reduction Purchase Agreement* (ERPA) (CASTRO, 2017).

Nesse tipo de comercialização, contrato de cessão de créditos de carbono, o vendedor passa a titularidade eletrônica de suas Reduções Certificadas de Emissão para o comprador, normalmente uma empresa, estrangeira ou nacional (VIDIGAL, 2007).

Percebe-se, portanto, que os contratos bilaterais de comercialização de créditos de carbono não geram vínculo entre vendedor e comprador, apenas alteram a posse de um título eletrônico, que não possui materialidade, gerando lucro econômico ao vendedor.

3.2 Negociações de reduções certificadas de emissões efetuadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros BM&FBOVESPA

No Brasil, a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA), em parceria com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, lançou, em dezembro de 2005, o Mercado Brasileiro de Redução de Emissões (MBRE), primeiro mercado a ser implantado em um país em desenvolvimento, que negocia ativos gerados por projetos enquadrados como Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (SOUZA, 2017).

A Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA), maior Bolsa de Valores do Brasil, possui um ambiente eletrônico de negociação desenvolvido para viabilizar o fechamento de negócios com créditos gerados por projetos de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo. As operações são realizadas por meio de leilões eletrônicos, via internet, agendados pela BM&FBOVESPA, a pedido de entidades públicas ou privadas, que desejem ofertar seus créditos de carbono no mercado (MENEGUIM, 2017).

A compra e venda de RCE não faz exigência à solenidade formal. Para a sua concretização basta que o empresário hospedeiro do projeto de MDL se obrigue a transferir o domínio das RCEs e que o empresário

adquirente se obrigue a pagar o preço certo e determinado em dinheiro (LIMIRO, 2012)

Esse mercado de créditos, sem muita formalidade legal, estimula grandes companhias à elaboração de projetos, pois segundo Souza (2006, p.35):

O mercado de créditos de carbono no Brasil já mobiliza empresas cuja atividade principal não está relacionada à geração de energia elétrica limpa. Grandes companhias como Gerdau, Corn Internacional e Companhia Siderúrgica de Tubarão (CST) desenvolveram metodologias próprias para fazer com que seus projetos de eficiência energética ou substituição de combustíveis, possam participar do mercado de créditos de carbono previsto pelo Protocolo de Kyoto e gerar receitas adicionais.

É evidente, portanto, que a comercialização de créditos de carbono já se tornou uma prática entre os grandes grupos empresariais no Brasil, movimentando, dessa forma, grandes valores. O passo a passo para essa comercialização é apresentado no *site* da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA) e exposto a seguir. Os interessados na venda de Créditos de Carbono devem, após a certificação de seus projetos e a emissão das Reduções Certificadas de Emissão, acessar o site da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA) preencher e enviar o formulário de cadastro do seu projeto à Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA).

A Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA) analisará o formulário e, caso aprovado, o vendedor receberá um aviso de habilitação para, então, registrar seu projeto para a venda das Reduções Certificadas de Emissão. O registro será analisado e, após sua aprovação, enviado para o Banco de Projetos.

Após devidamente cadastrado, a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA) emite um edital com as regras de como ocorrerá a comercialização das Reduções Certificadas de Emissão.

Os compradores, potencialmente interessados em adquirir o Crédito de Carbono, iniciam sua participação no leilão por meio de um formulá-

rio, disponibilizado na plataforma online da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA), denominado “Pedido De Habilitação Como Participante Do Leilão De Venda De RCE”.

Nessa ficha cadastral, o participante define sua categoria: Comprador ou Participante Representante, no caso de corretora, empresa especializada ou instituição financeira e aponta bens como garantia de que possui meios para pagar os créditos futuramente adquiridos (BM&FBOVESPA, 2018).

Após o preenchimento dos formulários na plataforma eletrônica, a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA) analisa o formulário e avisa aos participantes que deverão instalar em seu computador o sistema operacional da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA), para o registro do valor oferecido pelo lote de Créditos de Carbono ofertados, ou seja, fazer sua intenção de compra.

Importante esclarecer que existem dois tipos de comercialização de Créditos de Carbono, de acordo com o Manual do Usuário (2012) disponibilizado, via *online*, pela Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA). A saber, o leilão de melhor preço e a negociação contínua, cada um com suas características:

O leilão de melhor preço é um tipo de sessão de negociação em que as ofertas são registradas consecutivamente pelos negociadores, mas nenhum negócio é efetivamente realizado até o fim do prazo de duração do leilão. Decorrido o prazo do leilão, os negócios são fechados pelo melhor preço, sendo o maior para leilão de venda e o menor para leilão de compra. Já a negociação contínua, é um tipo de negociação que pode ocorrer após a realização de um leilão descrito no item anterior, caso haja disponibilidade de lotes para negociação. Nessa modalidade, os negócios poderão ocorrer à medida que sejam registradas ofertas de compra (venda) cujo preço seja maior (menor) ou igual ao preço da oferta de venda (compra) registrada no início da sessão em andamento.

Dessa forma, após o encerramento do prazo estipulado para as ofertas, a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA) informará ao contemplado que a intenção de compra é compatível com o projeto regis-

trado, então é realizado o pagamento pelas Reduções Certificadas de Emissão adquiridas.

Segundo Lozano (2006), a vantagem da negociação por meio da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA) é que o mercado de Emissões Certificadas de Emissão está se iniciando e, por esta razão, os preços no Brasil são mais atrativos se comparado ao mercado europeu.

Embora as operações envolvendo Créditos de Carbono já sejam uma realidade no Brasil, a escrituração contábil das empresas que realizam operações envolvendo Créditos de Carbono ainda é dificultada em razão da falta de definição da natureza jurídica desses créditos, o que, também, dificulta a tributação dessas operações por parte do Estado.

4 A natureza jurídica dos créditos de carbono

Embora existam várias propostas de lei tramitando no Congresso Nacional com o intento de regulamentar o Mercado de Carbono no Brasil, e, com isso, estabelecer a natureza jurídica dos Créditos de Carbono, entre eles as Propostas de Lei (PL) nº 7.578, de 2017 e a PL nº 2027, de 2007, o tema ainda carece de respaldo jurídico.

Nesse sentido salienta Souza (2013, p.684):

No cenário brasileiro pairam dúvidas quanto à classificação jurídica dos créditos de carbono transacionados com o exterior, dificultando a internalização de recursos financeiros decorrentes das transações dos créditos de carbono ou RCEs, vez que, para o direito tributário pátrio, é a natureza jurídica de determinado instituto que definirá as regras de incidências e isenções tributárias pertinentes. Para alguns doutrinadores, não é possível o enquadramento dos créditos de carbono como commodity ambiental, mercadoria, serviço, valor mobiliário ou derivativo, apontado para a possibilidade de utilização do conceito de bem intangível puro passível de cessão.

Dessa maneira, no intento de garantir a segurança jurídica das transações comerciais envolvendo esses títulos, bem como, a efetiva e

eficiente tributação dessas operações, é de suma relevância a existência de critérios que identifiquem a natureza dos Créditos de Carbono.

A natureza jurídica de um instituto é a atividade metodológica pela qual se determinam os seus elementos jurídicos essenciais e gerais, ou seja, aqueles elementos que se subtraem como denominador constante no elenco das normas que o definem no campo do Direito e, conseqüentemente, como será seu tratamento na ciência jurídica (DA SILVA, 1986)

Portanto, essencial se faz conceituar o que é natureza jurídica, antes de buscar definir a natureza jurídica dos créditos de carbono, uma vez que classificar o bem jurídico em uma certa categoria lhe acarreta funções e características próprias deste grupo. Dessa feita, Gagliano e Pamplona Filho (2014, p.255) aduz que: "Indagado a respeito da natureza jurídica de determinada figura, deve, o estudioso do Direito, cuidar de apontar em que categoria se enquadra, ressaltando as teorias explicativas de sua existência."

Dessa forma, a natureza jurídica dos Créditos de Carbono deve ser contemplada desde a classificação mais ampla, até chegar a sua identificação individual.

Na doutrina, diversos estudos sobre a natureza jurídica dos Créditos de Carbono são desenvolvidos como em obras da professora Amyra El Khalili, na Circular nº 3.291, de 08.09.2005, do Banco Central do Brasil (Bacen), que alterou o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais; e, ainda, nas obras de Haroldo Machado Filho e Bruno Kerlakian Sabbag, entre outros. A partir de elementos que caracterizavam os créditos de carbono, estes assumiam uma natureza jurídica distinta entre elas: *commodity* ambiental, ativo financeiro, serviço, valor mobiliário e bem intangível puro, como verifica-se no quadro 3.

Quadro 2: Interpretações acerca da natureza jurídica dos Créditos de Carbono

	Commodity Ambiental	Ativo Financeiro	Serviço	Valor Mobiliário	Bem Intangível Puro
Definição	São mercadorias produzidas de forma artesanal, portanto possuindo <u>materialidade</u> , que não promovem impacto ambiental, podendo ser comercializadas, porém <u>não visando lucro</u> .	<u>São instrumentos financeiros cujo preço de mercado deriva do valor de um ativo real ou outro instrumento financeiro, como moedas ou cédulas de dinheiro. Portanto, possuem existência física.</u>	É trabalho em processo, portanto o anfitrião do projeto de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo teria como <u>único objetivo a prestação de um trabalho e não a venda de um título.</u>	São documentos emitidos que representam direitos e deveres, podendo ser comprados e vendidos, gerando <u>vínculo entre vendedor e adquirente.</u>	São bens que apesar de não possuírem uma existência física, material, representam um valor econômico passível de comercialização.
Defensores no Brasil	Amyra El Khalili	Eduardo Fortuna	Banco Central do Brasil-BACEN Circular nº 3.291, de 08.09.2005	Lei nº 12.187/2009 que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC	Mauro Evaristo Medeiros Júnior; Haroldo Machado Filho; Bruno Kerlakian Sabbag
Países que adotam a definição	Estados Unidos e Austrália	Alemanha			

Dentre as teorias acerca da natureza jurídica dos Créditos de Carbono está a de que eles são *commodities* ambientais, considerando-os mercadorias manufaturadas de forma artesanal, que não promovem impacto ambiental. Essa é a prática da indústria nos Estados Unidos e na Austrália, no Brasil a maior defensora da teoria é Amyra El Khalili.

Na Alemanha, as Reduções Certificadas de Emissões são tratadas como derivativos, ativos financeiros, equivalente a moedas ou cédulas de dinheiro, possuindo assim uma materialidade.

O Banco Central do Brasil (BACEN), por meio da Circular nº 3.291, de 08.09.2005, classificou os Créditos de Carbono como serviço, que é a ação de servir, visando apenas ao trabalho e não pensando em lucro.

Em 2009, houve a promulgação da lei nº 12.187, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) e, em seu artigo 9º, estabelece que os Créditos de Carbono são títulos mobiliários, considerados documentos emitidos que representam direitos e deveres, podendo ser comprados e vendidos, gerando vínculo entre vendedor e adquirente.

Outra teoria sobre a natureza jurídica dos Créditos de Carbono, defendida por Mauro Evaristo Medeiros Júnior, Haroldo Machado Filho e Bruno Kerlakian Sabbag, sugere que os RCE não possuem materialidade, uma vez que subsiste em cenário eletrônico e, por isso, sua melhor classificação seria a de ativo intangível puro.

Dessa forma, em razão de ser um certificado digital, os créditos de carbono não possuem materialidade, uma vez que subsistem em cenário eletrônico, sendo sua melhor classificação como ativo intangível puro.

5 A não incidência de imposto estaduais e municipais nas operações de comercialização de créditos de carbono

A melhor definição de natureza jurídica para os créditos de carbono de acordo com a legislação brasileira é de ativo intangível puro. Em razão dessa natureza jurídica e das várias operações financeiras envolvendo as Reduções Certificadas de Emissão no Brasil, importante definir a incidência tributária sobre estas operações.

Os estados e municípios brasileiros no entusiasmo de aumentar suas receitas públicas, buscam tributar as operações comerciais envolvendo créditos de carbono de empreendimentos localizados em seus territórios. Portanto, necessário se faz uma análise dessa possibilidade de tributação.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 155 os impostos que poderão ser obrados pelos estados: sobre transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e

intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior e propriedade de veículos automotores.

O imposto sobre causa mortis e doação, assim como o sobre a propriedade de veículos automotores, não tem qualquer relação de incidência com a comercialização de créditos de carbono, uma vez que este não é um veículo e não é um espólio.

De acordo com a Constituição Federal em seu artigo 156 os Municípios poderão instituir os seguintes impostos: propriedade predial e territorial urbana; transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição e imposto sobre serviços de qualquer natureza.

O imposto sobre propriedade predial e territorial urbana e o sobre transmissão inter vivos de bens imóveis, não são compatíveis com a comercialização de créditos de carbono, uma vez que este não é um bem imóvel.

A Constituição Federal em seu artigo 156, inciso III, estabelece a competência dos Municípios para a instituição de Impostos sobre Serviços de qualquer Natureza, determinados em lei complementar, exceto os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, os quais são sujeitos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS.

Importante salientar que as operações envolvendo créditos de carbono não são passíveis de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, de competência dos estados, em razão das Reduções Certificadas de Emissão não possuem natureza jurídica de mercadoria.

Contudo, alguma dúvida pode ocorrer em razão de haver tributação enquanto serviço. O artigo 110 do Código Tributário Nacional trás a definição utilizada no direito privado do que é serviço: uma obrigação de fazer onde o prestador realiza alguma atividade para o tomador do serviço através de um esforço humano.

Como não há “sessão de serviço” nas operações de comercialização de créditos de carbono, se faz, portanto, impossível ensejar a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, de competência dos municípios.

Para reforçar esse entendimento o Supremo Tribunal Federal, fazendo uso da analogia, firmou entendimento de que a locação de móveis, que envolve cessão de direitos, não configura prestação de serviços, mas obrigação de dar, não tributada. Vejamos o voto do Ministro Celso de Melo em referida decisão:

Não se revela tributável, mediante ISS, a locação de veículos automotores (que consubstancia obrigação de dar ou de entregar), eis que esse tributo municipal somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis. RE 446.003 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 30-5-2006, DJ de 4-8-2006.

Portanto, descabida a incidência do ISSQN sobre as operações de comercialização de créditos de carbono em razão de serem bens intangíveis e não uma obrigação de fazer, como é o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se, assim, que não é possível a incidência de nenhum imposto estadual ou municipal nas relações comerciais envolvendo créditos de carbono em razão da sua natureza jurídica de bem intangível puro.

6 Considerações finais

Para que um Projeto de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) seja certificado e gere créditos de carbono, Reduções Certificadas de Emissão (RCE), é necessário que obedeça a um procedimento estabelecido pela Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima (CIMGC), órgão brasileiro ligado à Organização das Nações Unidas (ONU).

O procedimento de certificação de créditos de carbono envolve sete etapas. A primeira etapa consiste na elaboração do projeto de MDL, que

posteriormente será validado e aprovado, posteriormente à emissão da carta de aprovação ocorrerá o registro do projeto de MDL no Conselho Executivo (CE), órgão da Organização das ONU. Após o registro deverá ocorrer o monitoramento das atividades do projeto de MDL e a verificação dos relatórios de monitoramento pela Entidade Operacional Designada (EOD). Assim, estando o projeto de MDL reduzindo Gases causadores de Efeito Estufa da Atmosfera (GEE), haverá a expedição da certidão de créditos de carbono pelo Conselho Executivo.

Os proprietários das RCE's, após sua certificação poderão comercializar esses títulos, por meio de contratos bilaterais de cessão, ou por leilões organizados pela Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBOVESPA). Portanto, cada uma comercializa seus Créditos de Carbono de acordo com seus interesses e limites legais, de acordo com a atividade por elas desempenhada.

Em razão das frequentes operações de comercialização de RCE's no Brasil, por meio de contratos bilaterais ou através da Bolsa de Mercadorias e Futuros BM&FBOVESPA os estados e municípios brasileiros buscam meios de tributar estas operações.

Contudo, para definir a maneira adequada de tributação importante se faz a adequação da natureza jurídica das Reduções Certificadas de Emissões: commodity ambiental, ativo financeiro, serviço, valor mobiliário e bem intangível puro.

Nos Estados Unidos e na Austrália, os créditos de carbono são tratados por suas legislações como commodities ambientais. Commodities ambientais são mercadorias manufaturadas de forma artesanal, que não promovem impacto ambiental e não visão lucro. Na Alemanha os créditos de carbono são tidos como derivativos, ou seja, ativos financeiros, equivalentes a moedas ou cédulas de dinheiro.

Em 2005, o Banco Central do Brasil (BACEN), por meio da Circular nº 3.291, classificou os créditos de carbono como um serviço. Serviço é a ação de servir, assim um contrato de prestação de serviço, o serviço é o objeto transacionado, além de gerar vínculo entre as partes.

Portanto, após a análise detalhada das diferentes vertentes sobre a natureza jurídica dos créditos de carbono e das maneiras de sua comercialização, verifica-se que eles não possuem materialidade, uma vez que subsiste apenas em cenário eletrônico, geram lucro para seus detentores, todavia não geram vínculos entre vendedores e adquirentes, sendo sua melhor classificação como ativo intangível puro.

Em razão de sua natureza jurídica das RCE's não ser de mercadoria, bem corpóreo, não pode haver a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, imposto de competência estadual, nessas operações.

Também inapropriada a tributação municipal por meio da incidência do do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, uma vez que não há “sessão de serviço” nas operações de comercialização de créditos de carbono.

Portanto, percebe-se, que é necessário que o governo brasileiro edite uma lei estabelecendo a natureza de bem intangível puro para os créditos de carbono gerados no país e comercializados com empresas nacionais e internacionais, o que possibilitará maior clareza nas operações realizadas, além de incentivá-las, e possibilitar a adequada tributação por parte da União, uma vez que estados e municípios não podem cobrar impostos das operações de comercialização de créditos de carbono.

Referências

ALMEIDA, Hugo Netto Natrielli de. **Créditos de carbono**. Natureza jurídica e tratamento tributário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7307>> Acesso em 11 nov. 2019.

ANEEL. Processo N°48500.004300/2001-71. Relatório e Relatório de Voto. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. **Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração – SCG**. Brasília, Ano de 2006. 3p. Disponível em <www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias_area/arquivos/48500004300200171.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

ANEEL. Resolução autorizativa Nº 12. Relatório de Voto. 19 de janeiro de 2004. ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. **Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração – SCG**. 3p. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco** – Rumo a uma outra modernidade. 10 ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITTAR, Eduardo C.B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Portal. **Entenda como funciona o mercado de crédito de carbono**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2012/04/entenda-como-funciona-o-mercado-de-credito-de-carbono>>. Acesso em 04 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002.

_____. **Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima**. Decreto 2.652 de 01.07.1998. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

_____. Lei n.º 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a política nacional sobre mudança do clima. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 30 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm>. Acesso em: 28 out. 2019.

CALESTINI, Eduardo Del Nery. **A questão dos créditos de carbono e sua viabilidade econômica ambiental**. São Paulo. 2012.

COSTA, Paulo; ANDRADE, José Célio Silveira. Mudança climática, protocolo de Kyoto e mercado de créditos de carbono: desafios à governança ambiental global. In: **Revista Organizações & Sociedade**. Bahia: v.15. n.45. abril/junho. 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. In: Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 319-339, nov. 2010. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2010v31n60p319/15391>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

ESTADÃO. **Créditos de carbono já dão lucro para empresas brasileiras.** Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/mercados,creditos-de-carbono>
Acesso em: 02 out. 2019.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica.** Fortaleza: UEC, 2002. Apostila. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=0B5x2SChpSEC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.
Acesso em: 02 set. 2019.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro produtos e serviço.** 21ª ed: Quality Mark, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil.** 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GERHARDT, T. E; SILVEIRA, D. T; **Métodos de pesquisa.** Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GIORGI, R. **Direito, democracia e risco:** vínculo com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

GRAU, Neto, Werner. “As controvérsias a respeito da natureza jurídica dos certificados de reduções reduzidas – CER, também conhecidos como créditos de carbono”, **In:** Congresso Internacional de Direito Ambiental – Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008,

HENRIQUE, A; HENRIQUES, J. B. M. **Monografia no curso de direito:** como elaborar o trabalho de conclusão de curso (TCC). 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HULL, John C. **Options, Futures, & other Derivatives.** New Jersey: Prentice Hall, 2003.

JAVIER BLAS. **China Alliance for Barclays Capital,** FT.COM, Oct. 10, 2007. disponível <http://us.ft.com/ftgateway/superpage.ft?news_id=fto101020070032147600>. Acesso em: 02 jul. 2019.

JUSTI, Juliana Gonzalez, Moliterno, Marcos. **Geração de energia elétrica por meio de biogás extraído do Aterro Sanitário Bandeirantes e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo como indutor de investimentos socioambientais**. São Paulo, 2008. Disponível em: < <http://www.iee.usp.br>> Acesso em: 12 jul. 2019.

KEMPFER, J. C. A tributação das operações de crédito de carbono. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 28 fev. 2019.

KHALILI, Amyra El. **Quem será beneficiado pelos créditos de carbono?** Reportagem disponível em <<http://www.comciencia.br/reportagens/clima/climao4.htm>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2019.

LAKATOS, E. M; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMIRO, D. Créditos de Carbono: **Protocolo de Kyoto e Projetos de MDL**. Curitiba: Juruá, 2012.

LORENZONI NETO, Antonio. **Contrato de Créditos de Carbono**. Curitiba: Juruá, 2012.

MACHADO FILHO, H; SABBAG, B. K. **Classificação da natureza jurídica do crédito de carbono e defesa da isenção tributária total às receitas decorrentes da cessão de créditos de carbono como forma de aprimorar o combate ao aquecimento global**. E-Gov. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32148-38095-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2019.

MEDEIROS JUNIOR, Mauro Evaristo. Natureza jurídica da redução certificada de emissão ou "crédito de carbono". **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3107, 3 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20766>>. Acesso em: 11 out. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo Saraiva, 2003.

MOREIRA JUNIOR, G. de C. **Tributação dos créditos de carbono transacionados no exterior**. Jus Navigandi, ano 13, n. 1845, 20 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11511>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

NETO, Antônio Lorenzoni. **Contrato de Créditos de Carbono: Análise Crítica das Mudanças Climáticas**. Curitiba: Juruá, 2009.

PLAZA, Charlene Maria Coradini de Ávila; SANTOS, Nivaldo dos Santos; FARIAS, LudmilaEvelin. A natureza jurídica e contratual dos créditos de carbono e a aplicabilidade do direito tributário pátrio: Incertezas e indefinições. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília/DF, 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Perus ganha praças construídas com recursos dos créditos de carbono**. 02/04/2009. Disponível em <http://www.prefeitura.sp.gov.br/portal/a_cidade/noticias/index.php?p=28461>. Acesso em: 28 fev. 2018.

RIBEIRO, M S. **Os créditos de carbono e seus efeitos contábeis**. Ribeirão Preto: USP, 2006. Tese (Livre docência apresentada à Faculdade de Economia), FEA, Universidade de São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Protocolo de Quioto e Mecanismo de Desenvolvimento Limpo** - Uma análise jurídico - ambiental. Artigo disponível em :<<http://www.aprodab.org.br/biblioteca/doutrina/mar01.doc>> Acesso em: 01 nov. 2017.

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas S.A., 2008. p. 57.

SCHEIDT, Paula. **Carbono pode levar a colapso financeiro, alerta ONG**. Carbono Brasil/Friendsof Earth, 30 mar.2009. Disponível em: <<http://www.carbonobrasil.com/?id=721439>> Acesso em 11 nov. 2019.

SILVA, Antônio Álvares da, apud PICARELLI, Márcia Flávia Santini. **A convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1986.

SIMON MARR. Implementing the European Emissions Trading Directive in Germany, **In: LEGAL ASPECTS OF IMPLEMENTING THE KYOTO PROTOCOL MECHANISMS**, supra note 1, at 431, R 441, 2012.

SISTER, Gabriel. **Mercado de Carbono e Protocolo de Quioto** - Aspectos Negociais e Tributação. Rio de Janeiro-RJ: Elsevier, 2008.

SOUZA, Rafael Pereira de (coord.). **Aquecimento Global e créditos de carbono**. 1ª ed: QuartierLatin, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. v.1, 6ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

YAZBEK, Otavio. **Voto do Diretor no processo administrativo**. CVM nº RJ 2009/6346. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso/es/anexos/0005/6565-0.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2019.

Direitos e garantias da usucapião em regime de comosse sobre imóveis indivisíveis

*Damaris da Silva Nunes*¹

*Wennedy da Mata Moraes*²

*Thiago Vale Pestana*³

1 Introdução

O presente estudo trata-se de um estudo sobre os direitos e garantias da usucapião em regime de comosse sobre imóveis indivisíveis. Em vias gerais, se estende ao estudo do modo como são feitos os procedimentos de formalização e declaração de registro de propriedade por meio da usucapião especial urbana, de forma que seja possível a apropriação do espaço. Busca-se por meio dessa pesquisa compreender e analisar a possibilidade e os procedimentos necessários para que seja possível a usucapião em regime de comosse, partindo de uma análise da esteira legislativa sobre a definição de atos possessórios, bem como o aparato legal e jurídico que assegura a formalização da usucapião.

¹ Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

² Graduado em História pela Universidade Estadual da Região Tocantina do Maranhão. Pós-Graduado em Metodologia do Ensino de História pela Faculdade de Patrocínio - FAP. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Membro-Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - NUPEJI.

³ Professor Efetivo da Universidade Federal do Maranhão (UFMA Campus Imperatriz, 2015). Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/SP, 2018). Mestre em Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES/RS, 2013). Especialista em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA, 2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA Campus Imperatriz, 2005). Membro do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - NUPEJI.

Ademais, busca-se ainda por referendar análises sobre os direitos e garantias da usucapião coletiva por parte dos possuidores, assim como o entendimento de como ocorre a formalização jurídica do registro da usucapião por comosse, feita de modo singular, sendo que as partes envolvidas passam a ser uma unidade em torno da propriedade do espaço, devido a sua indivisibilidade. Por fim, há uma análise dinâmica sobre o modo como a jurisprudência interpreta diferentes problemáticas em torno da usucapião por regime de comosse, tal como a participação e ausência do MP na fiscalização dos procedimentos, na finalidade da gleba em torno da usucapião e na aquisição de propriedade por meio da usucapião em regime de comosse nas Zonas de Interesse Social – ZEIS.

A metodologia utilizada na pesquisa possui caráter bibliográfico, aplicando-se uma análise de referenciais teóricos bibliográficos em doutrinas, bem como em dispositivos legais que abordam a temática em questão, tal como no Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001) e o Código Civil de 2002.

2 Atos possessórios coletivos

2.1 Diferença entre posse e propriedade

Segundo Oliveira Neto (2011) posse é um termo jurídico que no direito civil tem o significado de quem se encontra no exercício de fato ou exterior, do direito sobre determinada coisa, não é considerado um Direito Real por estar inserida no estudo geral sobre direito das coisas. Ocorre a posse quando alguém usa ou pode usar algum dos poderes ligados ao direito de propriedade, como por exemplo, a guarda, o uso, o gozo ou disponibilidade da coisa (SOARES, 2010).

Já a propriedade é Direito Real e está descrita no artigo 1.228 do Código Civil, quem tem propriedade tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa. A propriedade é um direito real que atribui poderes ao seu titular, podendo o mesmo transferir em conjunto ou separado para alguém,

quando ocorre o contrato de compra e venda os poderes passam para outra pessoa, transferindo realmente o próprio direito de propriedade (SOARES, 2010).

2.1.1 Teorias da Posse

A função da posse pode ser entendida de duas maneiras diferentes, explicadas por duas Teorias distintas que serão apresentadas a seguir. De acordo com Ferreira (2016) a Teoria Subjetiva da Posse defendida por Savigny, essa teoria é caracterizada por dois elementos, sendo esses *corpus*, que é o domínio, sobre o objeto material e a *animus domini*, que é o propósito de ter a coisa em para si. O poder físico não implica apreensão física da coisa e sim um poder de dominação e o possuidor tem esse poder (SOARES, 2010). E a Teoria Objetiva de Ihering tem como *corpus* o único elemento que explica a definição de posse, sendo a exteriorização da propriedade, manifestação objetiva do direito. Para Ihering a relação entre possuidor e a coisa depende do fim para que a coisa fosse utilizada (SOARES, 2010).

Dessas duas Teorias apresentadas, o Código Civil Brasileiro adotou a Teoria Objetiva de Ihering, pois não trouxe como requisito para a configuração da posse a apreensão física da coisa ou a vontade de ser dono dela. Exige-se tão somente a conduta de proprietário (CERA, 2011). Descrito, portanto, no Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

2.1.2 Classificações da posse

A posse pode ser direta, isso quando é exercida pelo proprietário do imóvel e indireta, quando é exercida pelo inquilino. Tem-se a divisão entre posse justa e injusta, aquela sendo definida no artigo 1.200 do Código Civil “é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”. E ainda de

posse entre de boa e de má fé, essa se caracteriza por ser uma posse injusta e o possuidor ignora o obstáculo para a aquisição da coisa e aquela também deriva de uma posse injusta, porém o possuidor não tem ciência.

O sujeito que exerce os direitos sobre determinado objeto denomina-se possuidor. Além disso, tem-se a figura do detentor, descrita no Artigo 1.198 do Código Civil, que se trata de uma relação em que conserva a posse de um possuidor e acata suas instruções e ordens.

2.2 A posse coletiva

Ainda dentro da classificação da posse há a posse exclusiva, que é apenas de uma pessoa, descrita no Art. 1.196 “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. E a posse coletiva ou composses, é composta por múltiplos possuidores que exercem os mesmos direito sobre coisa indivisa, contanto que não excluam o direito das outras que possuem juntamente a ela. Descrita no Artigo 1.199 do Código Civil “se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores”.

Esse regime de coletividade sobre coisa indivisa é caracterizado por possuir um contrato entre os compossuidores. Ocorrendo, por exemplo, quando nubentes passam a exercer atos com possessórios juntamente. Assim, duas ou mais pessoas, que tem a posse de determinado imóvel indiviso, podem exercer seus atos possessórios, contanto que não exclua o direito de outros compossuidores.

Aqui, por foça da situação jurídica condominial, verifica-se a posse sobre coisa indivisa, isto é, sobre bens que não podem ser partidos ou fragmentados sem que comprometam sua própria estrutura ou natureza, como se dá com uma casa residencial. Nesta hipótese, em se tratando de direito real de propriedade, cada condômino será titular de uma fração ideal do todo, ocorrendo situação similar em relação a cada compossuidor, que exercerá atos de posse - e não de propriedade - sobre o todo, sendo tal direito extensivo aos demais compossuidores, que não podem, assim, criar obstáculos ou

empecilhos ao exercício possessório de cada um deles (GUITMARÃES; MEZZALIRA, 2019).

Desse modo, os direitos são exercidos em coletividade e não há divisão do imóvel, assim todos tem os mesmos direitos e o exercem livremente, contanto que não exclua os outros possuidores. Cabe ainda ressaltar, para fins conceituais e de classificação, a diferença entre composses e condomínio, esse está ligado a pessoas que juntas tem propriedade sobre a coisa e aquela está ligada a pessoas que possuem posse sobre a coisa.

3 Direito e garantias da usucapião coletiva

3.1 Um viés histórico

A situação histórica que propiciou o surgimento da usucapião é ligada ao movimento de contingentes populacionais, o processo de urbanização, que surgiu na metade do Século XX no Brasil, esse movimento fez com que muitas pessoas ocupassem terrenos e estabelecessem moradia em ambientes urbanos de modo irregular. E, de um modo geral, a maior característica de ocupação de imóveis urbanos é através desse módulo.

Esse fato acarreta consequências sociais, políticas e jurídicas muito sérias, exigindo o reexame não da legislação relacionada com o uso das cidades, mas também de conceitos jurídicos tradicionais, estabelecidos em outras circunstâncias e inadequados ou insuficientes para a nova realidade. Isso vem ocorrendo de modo muito agudo com o uso do solo urbano, afetando a situação de áreas públicas e privadas, sobretudo daquelas sem ocupação efetiva (DALLARI, 2019).

Ou seja, a usucapião coletiva era um tema relativamente novo no direito brasileiro e não era prevista no Código Civil de 1916. Era uma situação totalmente nova e não havia uma legislação específica para ela. Desse modo, é importante salientar que:

[...] par disso, é importante lembrar que a Constituição, hierarquicamente superior ao Código em termos de direito positivo, condicionou o direito de propriedade ao cumprimento de uma função social. E não há como negar que a posse por um grupo de famílias pobres, com efetiva utilização da área para assegurar direitos fundamentais que a Constituição atribui a todas as pessoas, está mais ajustada aos preceitos constitucionais do que a proteção dos interesses de quem é formalmente proprietário, mas deixa o imóvel ocioso, sem qualquer utilização (DALLARI, 2019).

Ainda segundo Dallari não a confirmação que nesses casos houve alguma lacuna legislativa, pois é uma situação completamente nova e, assim, recorre-se a normas fundamentais. Na Constituição de 1986, havia a previsão da função social da propriedade e de sua importância como direito fundamental expressa em seu Artigo 5º, o qual garante a moradia como uma responsabilidade do Estado.

3.2 Código Civil de 2002

A usucapião coletiva está definida no Art. 1.228, parágrafo 4º do Código Civil:

O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Segundo Venosa (2003) essa lei criou a modalidade de usucapião coletiva como resposta às necessidades da população. E, mais importante, a usucapião é possível em terras privadas apenas, não se estende para às públicas. A posse deve ser ininterrupta por mais de 5 anos e, causa polêmicas, por não especificar não se menciona que o dispositivo se dirige a pessoas de baixa renda.

Além disso, essa situação é descrita no Estatuto da Cidade na lei 10.257 de 2001, onde há as exigências da lei para tal modalidade, é neces-

sário que o terreno tenha mais de 250 metros quadrados, ocupados por mais de 5 anos, destinados a pessoas de baixa renda, os terrenos devem ser sem identificação e normalmente se mostra como algo sem organização, um emaranhado habitacional. Nesse caso, a sentença judicial não declarará a área de cada possuidor, pois é uma coisa indivisa.

Apresenta-se como diferença entre essas duas leis:

Em ambas, há necessidade de posse ininterrupta por cinco anos. No primeiro caso, eles são demandados em ação reivindicatória pelo proprietário e apresentam a posse e demais requisitos como matéria de defesa ou em reconvenção, nesta pedindo o domínio da área. No segundo caso de usucapião coletivo, os habitantes da área se adiantam e pedem a declaração de propriedade (VENOSA, 2003).

Ainda no Artigo 1.228, há a descrição no parágrafo 5º sobre a decisão judicial de indenização devida ao proprietário. Haverá, sem dúvida, um procedimento custoso na execução, pois cada possuidor deverá pagar o preço referente à sua fração ideal do terreno, ou outro critério de divisão que se estabelecer na sentença.

Por fim, há a necessidade de ressaltar também uma diferença crucial entre as leis descritas no Código Civil e no Estatuto da Cidade. Essa é específica apenas para imóveis urbanos e aquela tanto para urbanos quanto rurais.

4 Formalização da propriedade na usucapião coletiva

Ao se referendarem os estudos sobre a formalização da propriedade da usucapião coletiva, percebe-se que ainda existem discussões e debates em torno de quem deve ser o responsável pela formação e manutenção dos atos civis coniventes em torno do reconhecimento extrajudicial. De acordo com o Estatuto da Cidade, por meio da Lei 10.257/01, em seu artigo 10, desde que não sejam possuidores de outro imóvel urbano ou rural, os núcleos informais estão habilitados para que possam, após o

prazo de cinco anos, adquirir o imóvel no qual habita por meio de usucapião especial e coletivo:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2001).

A partir do momento em que se concede o ato de aquisição por parte de tais núcleos aos imóveis, observa-se que estes devem buscar pelo Registro no Cartório de Imóveis. Entretanto, por se tratar de um espaço territorial no qual está ocupado por vários integrantes, de diferentes núcleos familiares, não há como individualizar os lotes a serem adquiridos, sendo apenas objeto da usucapião a totalidade do espaço:

Para fins de usucapião especial coletiva, é mister que não seja possível individualizar os lotes ou trechos ocupados por cada um dos moradores, que integram imóvel particular. A metragem da área usucapível é obrigatoriamente superior ao teto de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) previsto para a usucapião especial urbana individual. Na realidade, a usucapião especial coletiva atende, simultaneamente, aos interesses individuais homogêneos dos possuidores que anseiam pelo reconhecimento do direito de propriedade, e ao interesse público de urbanização racional da área como um todo, “envolvendo a regularização de áreas amplas, para que possa haver inserção do imóvel no plano de urbanismo municipal” (GAMA, 2016, p. 09).

Entende-se assim que a homologação e regularização do espaço através da usucapião coletiva, está ligada ao direito de propriedade dos possuidores que anseiam pelo usufruto definitivo de um produto de interesse público, mas com fins individuais. Mas, para que haja essa finalidade proposta, é necessário ainda a intervenção do Ministério Público como um dos integrantes do processo que envolve a aquisição do imóvel. Isso é necessário pois no caso da usucapião coletiva em regime de comosse, é necessário que se tenha um pré-julgamento sobre a função

social do imóvel, o que torna o processo ainda mais burocrático, em relação às demais modalidades de usucapião.

Neste caso, de acordo com Ferreira et al (2013), ao se reportar às ‘pessoas de baixa renda’, o artigo 10 do Estatuto da Cidade estaria evocando a ideia de que tais indivíduos poderiam utilizar-se do direito de aquisição do espaço por meio da usucapião coletiva, por se tratarem de pessoas que não possuem condição de adquirir por outro meio. Partindo disto, é necessário que se tenha fiscalização e monitoramento de tais núcleos familiares a fim de constatar a veracidade da condição social, e isso torna-se papel do Ministério Público, para que este possa conhecer a realidade social, e verificar se pode ou não ser aferida a homologação e registro do imóvel por meio da usucapião.

Após a observância constatada pelo *Parquet* na resolução do processo de adequação da norma pertinente à função social da propriedade, o próximo passo é o Registro do Imóvel em si. Todavia, nessa etapa, surgem diversas problemáticas, as quais vão desde a comprovação do prazo prescricional da usucapião, até ao locatário/proprietário que irá tomar a frente dos atos de homologação da propriedade. É neste momento que surge uma alternativa correlata, que assegura a eficiência e praticidade no processo, que é a formação da identificação de condomínio, sobre o espaço do qual está sendo objeto de apropriação.

A regularização por meio da construção da identidade de condomínio, torna-se responsável por fazer com que todos aqueles que fazem parte do rol de possuidores possam tomar decisões conjuntas em torno da homologação da propriedade, como se nota nos parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 10 do Estatuto da Cidade:

Artigo 10 [...]

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos

condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 50 As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes (BRASIL, 2001).

Diante disto, observa-se que a partir do momento em que uma propriedade passa a ser alvo de disputas por meio da usucapião, pode ser necessário, para a garantia de direitos iguais entre as partes, contando com a indivisibilidade do espaço, com o reconhecimento da condição de ‘condomínio’ do terreno ou propriedade, a fim de que seja possível uma melhor deliberação para a constituição do registro da propriedade. Vale ressaltar que a propriedade passa a ser fracionada em partes iguais para todos aqueles que a integram, de forma com que seja possível a igualdade de condições e de direitos das partes que pleiteiam a propriedade.

Na proa desse raciocínio, nota-se ainda que as demais deliberações que possam surgir no ato de constituição ou após este, no que diz respeito ao registro do imóvel, passa a ser deliberado com a participação de maioria dos condôminos, ou melhor, de maioria dos possuidores, garantindo assim que o processo possa ser feito de forma com que se tenha uma otimização da eficácia jurídica e social. Isso também se torna necessário principalmente quando, em face das questões processuais, há a legitimidade passiva, que é quando o litisconsórcio é formado pelos titulares do domínio e pelos proprietários dos imóveis confrontantes, além dos próprios possuidores (OLÍMPIO, 2018).

5 A jurisprudência e a usucapião coletiva: precedentes legais.

A jurisprudência em torno da usucapião coletiva tem sido um elemento importante nos estudos em torno da eficácia de tal tipo de apropriação de propriedade, tendo em vista que ainda existem diversas lacunas jurídicas sobre a possibilidade de a ação ser ajuizada ou não, ou melhor, ter provimento. De acordo com o Estatuto da Cidade, a ação

judicial deve ocorrer por meio de rito sumário, porém, o novo CPC acabou por extinguir tal tipo de procedimento, sendo que passou a ser ordenado pelo rito sumaríssimo ou comum. Destarte, é de competência do juiz declarar a usucapião coletiva urbana, definindo também a igual fração de cada terreno que cada possuidor terá direito.

De acordo com o processo AC 70059981126 RS, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS, a finalidade do processo de usucapião coletivo é a “urbanização da gleba por meio do registro de imóvel” (TJ-RS, 2014). Ou seja, a ação procedente de usucapião coletivo tem como objetivo não apenas regulamentar a posse ou a propriedade de determinado espaço, mas como também de fazer com que o espaço urbano possa ser regularizado:

Visualiza-se, assim, que o instituto, enquanto espécie do gênero usucapião constitucional urbano, possibilita a resolução de situações de difícil solução no contexto urbano. Dentre seus objetivos relevantes, despontam a regularização e urbanização de glebas irregulares. Conforme a doutrina de Francisco Loureiro (“Usucapião Coletivo e Habitação Popular”, in: Betânia Alfonsin; Edésio Fernandes, “Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade”, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, pp. 83-110), “o usucapião coletivo apenas voltou o usucapião individual especial, que já existia em nosso ordenamento desde 1988, para uma finalidade urbanística” (TJ-RS, 2014).

Observa-se assim que à medida que a usucapião coletiva passa a ter finalidade urbanístico, este passa a ter uma perspectiva alheia ao plano original do qual se objetiva os fins individuais. Porém, isso se torna necessário para que a propriedade também esteja regularizada diante do município, e assim seja possível a regulação dos impostos e demais ônus que vierem a ser produzidos.

Pode-se ainda salientar a presença de em áreas urbanas e rurais das chamadas Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS. Tais espaços são assentamentos habitacionais preferíveis às pessoas consideradas de baixa renda e que não possuem condições de aquisição por meio da compra, de terreno ou local apropriado para moradia. O artigo 18 do Estatuto da

Cidade considera que o plano diretor ou mesmo outra lei municipal, deve especificar quais os espaços adequados para a formação das ZEIS, sendo que é possível encontrar jurisprudência que trata sobre a possibilidade da usucapião em tais territórios, como na APL 0002733-78.2006.8.17.0001 PE do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

4. Cite-se: "Em áreas de ZEIS, havendo individualização dos lotes de terreno de cada possuidor, não existe óbice ao ajuizamento de ação de usucapião individual. O fim precípua da ZEIS é possibilitar a implantação das medidas necessárias à regularização e urbanização de áreas habitadas por população de baixa renda. Para tanto, após a demarcação do perímetro da área a ser regularizado (instituição da ZEIS), vem a etapa do estudo topográfico para descrição dos lotes, com vistas à efetivação do projeto urbanístico. Assim, feita a demarcação da área, possibilitando a identificação do lote individual de cada possuidor, nada impede que este busque a aquisição da propriedade imobiliária pela usucapião individual - o que também não encontra empecilho nem na Lei de Uso e Ocupação do Solo da Cidade do Recife, Lei Municipal nº 1.676/83, nem no Plano de Regularização das Zonas Especiais de Interesse Social, Lei Municipal nº 14.947/87. (Incidente de Uniformização de Jurisprudência 306372-10028382-35.2012.8.17.0001)". (TJ-PE, 2019).

Entende-se que não se possa busca pela individualização de áreas próprias para as ZEIS por meio da usucapião coletiva, mas implantar medidas de regularização da propriedade de forma com que a área como um todo seja regularizada em modo de unidade, a fim de que seja efetivado o projeto urbanístico da cidade em face da reivindicação dos possuidores. Sobremaneira, a aquisição de propriedade da ZEIS por meio da usucapião coletiva, não concede a possibilidade de excluir a delimitação das áreas, mas sim de fazer com que possam ser regularizadas de forma definitiva.

Vale ressaltar ainda em que há casos em que a falta de intervenção do Parquet no processo de fiscalização da usucapião coletiva, na vistoria dos procedimentos necessários ao provimento e ajuizamento da ação, a dispensa do MP pode ser concedida sem que haja a necessidade de nulidade do processo em caso de Ação de Imissão de Posse que busca por

restringir o objetivo de usucapião especial urbano por parte de outrem, como constata-se na APL 111021820098110003 - 34.908/2012 do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que onera:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE - PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO - FALTA DE INTERVENÇÃO DO MP - USUCAPIÃO ALEGADO COMO MATÉRIA DE DEFESA - ART. 10 DO ESTATUTO DA CIDADE - USUCAPIÃO COLETIVO - POSSE INDIVIDUAL - ART. 9º DO ESTATUTO DA CIDADE - ÁREA SUPERIOR A 250M² - REQUISITO NÃO ATENDIDO - PRELIMINAR REJEITADA - RECURSO DESPROVIDO. ***Não há nulidade, por ausência de intervenção do MP, quando o usucapião é arguido como matéria de defesa em Ação de Imissão de Posse.*** Se o alegado direito ao usucapião recai sobre posse individual e não coletiva, é inaplicável o art. 10 do Estatuto da Cidade. O usucapião especial urbano, previsto no art. 9º do Estatuto da Cidade, não pode ser declarado quando o imóvel, objeto do litígio, possui área superior a 250m². (Ap 34908/2012, DES. MARCOS MACHADO, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 19/09/2012, Publicado no DJE 01/10/2012) (TJ-MT - APL: 00111021820098110003 34908/2012, Relator: DES. MARCOS MACHADO, Data de Julgamento: 19/09/2012, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/10/2012).

Diante disto, observa-se que a ausência de representação por parte do MP, em caso de usucapião, não é suficiente para anulação do processo, tendo em vista que outras medidas podem ser tomadas no sentido de estender a demanda presente de fiscalização sobre a condição supracitada. Entretanto, nota-se que para que isso aconteça, é necessário que sejam analisados diferentes parâmetros que possam constatar a natureza da finalidade proposta, tais como a boa-fé das partes, a real relevância da participação do MP e a necessidade de reconhecimento da tutela do MP na fiscalização do ordenamento jurídico.

6 Considerações finais

Tecer análises sobre a usucapião coletiva especial, sendo modalidade de regime de composses, ainda se mostra como um cerne de reflexões e debates em torno da legitimidade de determinadas ações possessórias

em virtude da presença de diversas partes na busca pela apropriação do espaço. Uma das problemáticas se encontram na definição de titularidade e regularidade das propriedades, sendo necessário que seja averiguada se possui ou não titularidade perante os órgãos competentes ou se pode ser considerada parte de Zona Especial de Interesse Social.

Ademais, outra questão interessante a ser reiterada é a convivência das partes na promoção do ajuizamento da ação. Por vezes, o entendimento de que a propriedade é indivisível acaba por trazer consequências para indivíduos que possuem frações de terreno maior que outros, mesmo reconhecendo que nos dispositivos legais deve-se haver igual condição de fracionamento da propriedade.

Destarte, reitera-se a importância da distinção de conceitos como propriedade e posse; boa-fé e má-fé; justa e injusta. São muitas classificações que ajudam a especificar os termos do direito e não haver nenhuma ambiguidade e confusão ao interpretar as leis. Então, nota-se que ao longo do trabalho houve uma abordagem mais técnica do tema e apresentação de poucos autores que produziram textos sobre esse tema.

Dessa forma, apresentado nesse trabalho o conceito de usucapião, a classificação da posse, seus conceitos e respectivas normas jurídicas teve-se a finalidade de tornar o conhecimento sobre o assunto mais acessível, já que há uma quantidade relativamente pequena de pesquisa nessa área. Assim, deixa-se informações para pesquisas futuras, com o objetivo de buscar que esse ramo do direito seja mais conhecido.

Referências

BRASIL. **Estatuto da Cidade**. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2001.

_____. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 jan. 2011.

CERA, Denise Cristina Mantovani. **Com relação à posse, qual a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro?** 2011. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2548897/com-relacao-a-posse-qual-a-teoria-adotada-pelo-codigo-civil-brasileiro-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Usucapião Coletiva**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176057/000472196.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

FERREIRA, Osiel. **Teoria subjetiva e teoria objetiva da posse**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64352/teoria-subjetiva-e-teoria-objetiva-da-posse>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim; MEZZALIRA, Samuel. **Artigo 1999**. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/artigo-1199-2>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

NETTO, José Oliveira. **Mini dicionário Jurídico Universitário: Terminologia Jurídica e Latim Forense**. 2. ed. Leme: Edijur, 2011.

OLIMPIO, Daniel Lobo. **Usucapião Coletivo**. 2018. Disponível em: <https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/doutrina218.doc>. Acesso em: 01 mai. 2019.

ROCHA FERREIRA, Joélida Jullyene et al. **Usucapião Coletiva**. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, v. 1, p. 149-201, 2013.

SOARES, Felipe Vicente Geada. **Noções de posse, propriedade e usucapião de bem imóvel**. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36115/nocoes-de-posse-propriedade-e-usucapiao-de-bem-imovel>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Apelação Cível: APL 0002733-78.2006.8.17.0001** PE. Relator: Jones Figueirêdo. DJ: 14/03/2019. Jusbrasil, 2019. Disponível em: https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/695205432/apelacao-apl-5056233-pe?ref=topic_feed. Acesso em: 01 mai. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO - TJ-MT. **Apelação Cível: APL 0011102-18.2009.8.11.0003 34908/2012**. Relator: Desembargador Carlos Machado. DJ: 19/09/2012. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/334862839/apelacao-apl-111021820098110003-34908-2012?ref=serp>. Acesso em: 01 mai. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL TJ-RS. **Apelação Cível: AC 70059981126 RS**. Relator: Carlos Cini Marchionatti. DJ: 27/08/2014. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139226091/apelacao-civel-ac-70059981126-rs?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 mai. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Usucapião coletivo no novo Código Civil**. 2003. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI944,31047-Usucapiao+coletivo+no+novo+Codigo+Civil>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

Os princípios constitucionais aplicáveis á dimensão existencial do direito das famílias sob uma perspectiva *queer*: pela desconstrução do sistema heteronormativo, normalizador e excludente

Vilmária Cavalcante Araújo Mota ¹

Thiago Vale Pestana ²

1 Introdução

Incontestavelmente, a família é uma das esferas sociais na qual as dicotomias de sexo e gênero são facilmente observadas e construídas, configurando-se um fenômeno extremamente conflituoso que tem deixado a sociedade e o Direito sem saberem como lidar com as novas tipologias de família que se formam a partir das novas identidades e subjetividades humanas que rompem, além da heterossexualidade, os papéis sociais, como, por exemplo, as constituídas pelos homossexuais, pelos transgêneros, intersex e travestis.

¹ Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP em São Paulo/SP (2018), Mestra em Administração na linha de pesquisa Gestão Pública pela Faculdade de Estudos Administrativos - FEAD em Belo Horizonte/MG (2014), Especialista em Direito Processual pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES em Montes Claros/MG (2001), Graduada em DIREITO pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES em Montes Claros (1999); Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Norte de Minas - FUNORTE.

² Professor Efetivo da Universidade Federal do Maranhão (UFMA Campus Imperatriz, 2015). Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/SP, 2018). Mestre em Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES/RS, 2013). Especialista em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA, 2007). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA Campus Imperatriz, 2005). Membro do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz/MA - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI), da Universidade Federal do Maranhão.

Sabe-se que a *heterossexualidade* se manteve silente, mas salientemente como norma dominante (heteronormatividade), estabelecendo privilégios, promovendo desigualdades e legitimando violências e opressões quando toda forma de ser e viver o sexo-gênero-sexualidade refugasse essa ordem heteronormativa.

Assim, o fenômeno da constitucionalização do Direito de Família deve se dar sob uma perspectiva *Queer*, na qual o sujeito é mais importante que o objeto em qualquer relação jurídica, em que esse é um “sujeito de desejo”, que visa ser feliz e se encontra num constante porvir na construção de sua subjetividade. Portanto, adotar esse discurso psicanalítico na análise dessas novas modalidades de família é um imperativo ético-jurídico necessário para se realizar uma releitura da família contemporânea ou pós-moderna, dotando de importância irrefutável o reconhecimento da *Família Queer* para a construção de uma dimensão existencial do *Direito das Famílias*.

Nesse sentido, deve-se demonstrar que o positivismo tornou-se insuficiente para regulamentar as relações sociais que se impõem, por excluir do sistema normativo a subjetividade das pessoas que constituem essas novas tipologias de famílias, e que a utilização dos princípios constitucionais sob uma perspectiva *Queer* que leve em consideração essas subjetividades, sobretudo, quanto às relações familiares e, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, é essencial para realizar essa releitura do conceito de família e de um Direito que traduza essa dimensão das famílias contemporâneas, adotando uma hermenêutica contextualizada numa revolução paradigmática.

Ao analisar os princípios sob uma perspectiva *queer*, adota-se uma posição de fluidez na observação e constatações sobre os sujeitos. Registre-se que a adoção de uma metodologia anarquista para essa análise não significa a total inexistência de um método a seguir. Antes, ela aponta para um conjunto de ferramentas, as quais devem ser renovadas, afiadas para serem usadas na medida certa.

Assim, realizar essa hermenêutica principiológica sob uma perspectiva *Queer*, reconhecendo essas subjetividades, requer a adoção do discurso psicanalítico pelas ciências jurídicas, pois, de acordo com os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira, “o discurso psicanalítico introduziu na ciência jurídica uma nova noção de relação conjugal [...] uma outra noção de sexualidade”³. De acordo com o autor, é uma ordem do desejo e não da sexualidade que constrói seus vínculos com base no amor e no afeto; fato que tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família. Continua o autor, afirmando que “a psicanálise, ao anunciar um outro sujeito, o sujeito do inconsciente, provoca uma perturbação na tradição jurídica”⁴.

Nesse sentido, eis a proposta para a construção de uma dimensão existencial do *Direito das Famílias* que reconheça a constituição familiar baseada tão somente no afeto como valor jurídico que irá marcar e definir as entidades familiares contemporâneas e não o gênero, sexo ou a sexualidade de seus componentes ou sua forma de amar, se exclusiva ou múltipla (poliamor). Destarte, são as relações de afeto que se estabelecem entre as pessoas que possibilitam o estabelecimento de uma vivência familiar, responsável pela realização da personalidade dos membros do núcleo familiar, que encontram uns nos outros os referenciais necessários para construção de sua dignidade e autonomia.

Assim a definição do que seja uma entidade familiar não pode ficar atrelada unicamente ao que se encontra disposto no Código Civil, mas deverá buscar nos princípios constitucionais compreendidos dentro de um discurso psicanalítico o aparato jurídico necessário para legitimar e reconhecer os arranjos familiares que refuguem a heteronorma, bem como todas as suas consequências jurídicas e sociais, concretizando o Estado social Democrático por meio do respeito aos direitos fundamentais e efetivação deles.

³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores do direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 30.

⁴*Idem*, p. 62

Desse modo, a passagem das ciências objetivistas e positivistas para uma ciência mais reflexiva significa optar por uma verdade que não exclua a subjetividade do sujeito que decide (juiz, médico) e daquele sobre o qual se decide alguma coisa (PEREIRA, 2016).

2 O macroprincípio da dignidade da pessoa humana como fundamento, medida e fim do direito

O princípio da dignidade da pessoa humana consubstancia fundamento da República Federativa do Brasil⁵, limitando e orientando, assim, toda a legislação infraconstitucional, que de tal preceito não pode se afastar. Com base nessa premissa, a atuação dos órgãos e poderes responsáveis deve-se dirigir para sua implementação, sobretudo em relação ao Direito de Família e às pessoas que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social, como é o caso da população LGBTTI que tem sido alvo de preconceito e discriminação durante décadas.

O conceito de dignidade humana não é algo contemporâneo, pelo contrário, trata-se de tema corriqueiro em debates e pesquisas jurídico-acadêmicas. Na antiguidade, a dignidade humana estava atrelada à posição social que ocupava o indivíduo, inclusive considerado o seu grau de reconhecimento por parte da comunidade em que estava integrado.

Em contraponto, o pensamento estoico considera a dignidade humana como uma qualidade diferenciadora do ser humano em relação às demais criaturas da Terra, pois somente o homem é detentor de dignidade; esse conceito remete à ideia de liberdade do indivíduo, considerando-o como um ser capaz de construir sua própria existência e destino.

Advirta-se que não consiste numa tarefa fácil definir o conceito de dignidade da pessoa humana, visto que o seu conteúdo se encontra im-

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

bricado de elementos históricos, culturais, éticos, estéticos, dentre outros que se sobressaem em cada época.

Enfatiza Andrade que:

A complexidade inerente ao conceito de dignidade torna dificultosa a determinação do seu conteúdo. O que venha a compor o conceito de dignidade é algo que não pode ser definido abstratamente, mas apenas em concreto, à luz de um determinado ordenamento jurídico e dos influxos históricos e culturais de cada sociedade. **Toda essa dificuldade teórica em identificar com precisão o conteúdo da dignidade da pessoa humana decorre da circunstância de que o conceito de dignidade se insere na categoria dos denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, caracterizados pela vagueza e subjetividade de sentido, a exigir do intérprete a formulação de juízos intelectivos mais ou menos complexos**⁶ (Grifo nosso).

Não obstante os elementos culturais e econômicos de cada país interferirem de maneira diferente na definição de dignidade da pessoa humana, ora alargando, ora diminuindo sua abrangência, Nunes aponta que “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”⁷.

A partir dessa premissa, pode-se afirmar que o ser humano se encontra no centro de todo sistema jurídico, sendo ele o fim do direito, mesmo nos países onde os direitos humanos são menos protegidos, pode-se afirmar que essas diferenças não eliminam o caráter universal da ideia de respeito à dignidade humana ou da existência de um direito inato da pessoa de ser tratada dignamente. Vale dizer que todo o direito é feito pelo homem e para o homem, que constitui o valor mais alto de todo o ordenamento jurídico em qualquer de suas representações: *homo*

⁶ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua Concretização judicial**. 2008, p. 9-10. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. 18 de agosto de 2008. Acessado em: 20 jun. 2017.

⁷NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

sapiens ou, mesmo, *homo demens; homo faber ou homo ludens; homo socialis, politicus, economicus, technologicus, mediaticus*.

Destarte, o homem deve estar no centro de qualquer reflexão filosófica, até quando se pensa o coletivo, priorizando um interesse público ou social em detrimento de um interesse individual, ainda assim estar a tutelar, mesmo que indiretamente, o interesse de um número maior de pessoas, mesmo que não individualizadas. Por essa razão, todos os princípios constitucionais encontram sua razão e origem no homem, fundamento de todo o dever-ser.

Sarlet define a dignidade da pessoa humana como sendo

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável [*sic*] nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁸.

Todo pessoa humana tem sua dignidade, pois ela é composta por um conjunto de *direitos existenciais* compartilhados por todos os homens, em igual proporção por todos esses, não se encontra fundamentada na autonomia de vontade, pois, mesmo aquele que perdeu a capacidade de se expressar, relacionar-se, sentir, não pode ser restringido em seus direitos existenciais. O homem – apenas por sê-lo – não perde a sua dignidade, por mais indigna ou infame que seja a sua conduta⁹.

Sendo assim, não se podem negar direitos existenciais relacionados à identidade, à personalidade, à constituição familiar, dentre outros, tendo por base o sexo ou gênero de uma pessoa, bem como seu jeito individual de se relacionar com o amor, se de maneira mono ou poliafeti-

⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 60

⁹ *Ibidem*, p. 60

va. Ressalte-se que os fundamentos constitucionais de igualdade e dignidade da pessoa humana não podem ficar restritos ao campo meramente retórico, mas devem ser traduzidos em ações efetivas, em benefício de toda a população. A homossexualidade, a transexualidade e a intersexualidade são um fato social, uma realidade que necessita ser reconhecida pelo direito e pelos juristas.

Nesse sentido, enfatiza Mattos que:

Com efeito, **a prática de crimes tendo como motivação principal a homofobia, a lesbofobia, a bifobia e a transfobia tem se tornado frequente.** Ademais, **a negativa de direitos** é algo que se evidencia de forma acentuada, como **a possibilidade de utilização do nome social, a vedação ou dificuldade para ingresso em determinados lugares, a possibilidade de adotar, de casar etc¹⁰.**

Sendo assim, deve-se compreender que a dignidade tem como pressuposto a ideia de democracia, justiça social, de igualdade e de solidariedade humanas. Sendo inerente à condição de toda pessoa, independentemente de sua classe, cor, credo, sexo, gênero, enfim, a dignidade não comporta gradações, sendo um direito de todo ser humano.

Nessa óptica, Mattos defende que,

Viola a dignidade da pessoa humana a manutenção, entre os juristas, de uma visão androcêntrica e homofóbica, que reforça e reproduz as inculcações realizadas no interior da família patriarcal, no sentido de impor a heterossexualidade como algo “normal” e a homossexualidade como algo “anormal”, na medida em que trata os sujeitos que não estejam de acordo como esse parâmetro de “normalidade” estabelecido, como indivíduos possuidores de menor dignidade. Ao diminuir a dignidade dos que não se enquadram nesse padrão de normalidade, com base em argumentos morais ou religiosos, nega-se a parte da população acesso pleno ao ideal de igualdade estabelecido na Constituição Federal¹¹ (grifo nosso).

¹⁰MATTOS, Fernando da Silva. **Direitos Fundamentais da população LGBT e seu fundamento judicial.** s/d, p. 02. Disponível em: http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/direitoslgbt_1.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹¹Ibidem. p. 04/05.

Diante dessa constatação, o discurso jurídico não pode ser utilizado como instrumento para imposição de arbitrários culturais¹² dominantes ou para manutenção da situação de invisibilidade de determinados segmentos sociais. O Direito precisa deixar de ser violência, harmonizando-se de forma plena com o princípio da dignidade da pessoa humana, resguardado na Constituição Federal como fundamento republicano. Para tanto, deve reconhecer as diversas manifestações da condição humana, sobretudo na constituição de uma entidade familiar, como merecedoras de igual consideração e proteção, sem a imposição de qualquer obstáculo fundamentado em preconceito ou discriminação.

Dessa feita, nenhum direito pode ser limitado ou mesmo negado com base na sexualidade da pessoa humana, haja vista encontrar-se o homem num eterno processo de ser e aprender-se. Conforme Mattos,

A sexualidade deve ser concebida como direito que decorre da própria condição humana, que tem como supedâneo a liberdade do indivíduo de se orientar sexualmente da maneira que quiser, sem ingerência por parte do Estado. O direito à igualdade não pode ser condicionado à orientação sexual do indivíduo¹³ (grifo nosso).

Destarte, o Direito não pode servir de palco para a reprodução de inculcações de arbitrários culturais, tendo como suporte um modelo heteronormativo e sexista. Não obstante a necessidade de desconstruir esses paradigmas em todas as áreas do Direito, ressalta-se sua urgência em relação ao Direito de Família, por ser essa a célula *mater* da sociedade, em que está inserido o indivíduo em suas primeiras relações no mundo e com o mundo.

¹² Arbitrário cultural é um termo que advém da construção teórica de Pierre Bourdier, muito caro para os sociólogos e antropólogos. Outros termos como violência simbólica, *habitus* foram cunhados e trabalhados por Bourdier, os quais foram estendidos para uma análise da questão de gênero em um Art., publicado originalmente em 1990, chamado *A dominação masculina* (1995), que pouco mais tarde se transforma num livro homônimo. Por definição, arbitrário cultural consiste numa concepção cultural dos grupos e classes dominantes, que é imposta a toda a sociedade por meio do sistema de ensino. Tal imposição não aparece jamais em sua verdade inteira e a pedagogia nunca se realiza enquanto pedagogia, pois se limita à inculcação de valores e normas.

¹³ MATTOS, Op. cit. p. 05

Embora o Poder Judiciário brasileiro juntamente com órgãos administrativos (Cartórios de Registros, INSS, dentre outros) venham garantindo, de forma corajosa e pioneira, a igualdade de direitos à população LGBTTI, o mesmo não ocorre em relação ao Poder Legislativo, como poder responsável pela criação de leis que regulamentem as relações sociais, pois se mantém covardemente inerte à necessidade de positivação de leis que versem sobre as temáticas que envolvam direitos assegurados a essa população, dentre eles os atinentes à formação das entidades familiares que refuguem os preceitos e preconceitos contidos na heteronorma.

Por todo o exposto, pode-se observar que as relações sociais estão em constante evolução, sofrendo transformações significativas com o passar dos tempos e a normativa jurídica tem por escopo regular a vida em sociedade e, dessa forma, também deve estar em constante evolução, igualmente sofrendo transformações significativas com o transcorrer dos anos. No entanto, é fato *incontesti* o descompasso existente entre o desenvolvimento social e a evolução legal. Tal descompasso acontece porquanto as relações sociais se modificam numa progressão geométrica, principalmente no mundo globalizado do século XXI, ao passo que o processo de adaptação legislativa é consideravelmente mais lento, gerando, dessa forma, as anomias¹⁴.

No caso da evolução do conceito e formação da estrutura familiar, a dificuldade de adaptação legislativa aliada aos grandes avanços conquistados pela população LGBTTI a partir dos anos 1990 e, principalmente, depois do ano 2000 em diante geraram omissões legais que, por si sós, ferem de forma latente os princípios básicos dos seres humanos resguardados na Carta Magna e que precisam ser colmatados com urgência por normas que reconheçam essas novas identidades de gênero e sexuais,

¹⁴ O conceito de **anomia** foi cunhado pelo sociólogo francês Émile Durkheim e quer dizer: ausência ou desintegração das normas sociais. O conceito surgiu com o objetivo de descrever as patologias sociais da sociedade ocidental moderna, racionalista e individualista. O acelerado processo de urbanização, a falta de solidariedade, as novas formas de organização das relações sociais e a influência da economia na vida dos indivíduos após a Revolução Industrial são objeto de estudo de Durkheim.

bem como as entidades familiares constituídas por elas, dentre outros direitos existenciais.

3 A igualdade na diferença e a liberdade enquanto pilares da dignidade da pessoa humana

Destaque-se que o direito à diferença e à liberdade são pilares da dignidade da pessoa humana, salutares para que se assegurem direitos existenciais a toda humanidade, pois a dignidade pressupõe a *igualdade* entre os seres humanos. Extrai-se da ética o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de suas características individuais (raça, sexo, classe social, credo etc.).

Todavia, a dialética da modernidade tem sido a lógica de uma igualdade que resguarda a existência de sujeitos com os mesmos desejos, implicando o desprezo pelas diferenças. Assim, a dialética pensada neste artigo descansa seus argumentos no campo da construção das diferenças, na afirmação de que inexistem identidades fixas e as posições binárias existentes são falseadas. Nesse mister, faz-se necessário advertir que a estrutura heteronormativa torna a heterossexualidade como uma sexualidade sempre existente, natural, normal e pura, implicando uma ditadura do desejo heterossexual.

Assim, a igualdade aqui esboçada deve ser apreciada sob a perspectiva deleuziana, pela qual o desejo torna o ser ambíguo, ambivalente e diferente. Há uma *virtualidade* que aponta para uma divergência da multiplicidade de seres existentes. Nesse sentido, o *Ser é pura diferença*, e a *diferença pura* expressa-se por meio do *dever* como uma finitude infinita¹⁵.

Assim, o direito à diferença encontra-se no âmbito da luta por reconhecimento, consolida a ambição de diferenciação nas sociedades

¹⁵ DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. Trad. Luiz Orlandi; Roberto Machado. 1ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000

modernas que tendem a produzir homogeneização e padronização. É de modo reativo, portanto, que a luta pela diferença se inscreve, dialeticamente, ao lado da identidade de uma luta não interrompida por igualdade.

Por isso, o direito à diferença se distingue do direito à igualdade. Percebe-se que o mero decreto de igualdade formal não salvaguarda a possibilidade de realização do reconhecimento pleno do sujeito, na vida social. Essa versão da igualdade formal está falseada pelo pressuposto liberal de que a justiça como igualdade de direito é suficiente para provocar um equilíbrio nas relações intersubjetivas.

Com base nessa argumentação teórica é que se devem respeitar os direitos do *outro* não por generosidade, mas por solidariedade, pois Durkheim enfatiza que a força da sociedade advém da união dos indivíduos por laços de solidariedade, regulado pelas mesmas leis e de igual forma¹⁶ (DURKHEIM, 2010).

O direito à diferença enfaixa a ideia de que é possível que as pessoas sejam *iguais na diferença*, e a melhor forma de respeito à condição humana é a garantia do reconhecimento da reserva de lugar para a *diferença* do outro. Não existe *alteridade* sem *diversidade* (diversidade étnica, cultural, ideológica, estética...), e essa é uma conclusão que convida à prática de uma visão de mundo descentrada, imbuída na construção de uma sociedade que respeita o pluralismo democrático, por meio de uma cultura centrada nos direitos humanos e que respeita o diferente.

Outro pilar da dignidade é a *liberdade*, que permite ao homem exercer plenamente os seus direitos existenciais, dentre eles o de ser e aprender-se. O termo “liberdade”, segundo o Dicionário da Língua Portuguesa, significa “a faculdade de fazer ou deixar de fazer uma coisa por vontade própria sem se submeter a imposições alheias; condição de homem livre, não pertencente a nenhum senhor; gozo dos direitos de homem livre”¹⁷.

¹⁶ DURKHEIM, E. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁷ NASCENTES, Antenor. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1988.

Partindo desse conceito, percebe-se, sem grande esforço intelectual, que a dignidade humana somente pode existir se o homem for livre, capaz de ter e exercer direitos, pessoas com aptidões e possibilidade de realizar suas escolhas, elaborar planos e projetos de vida, refletir, ponderar, manifestar suas opiniões. Por isso, a censura, o preconceito, a exclusão, dentre outras formas de abjeção constituem graves ataques à dignidade humana.

Portanto, o exercício da liberdade em toda a sua plenitude pressupõe a existência de condições materiais mínimas. Não é verdadeiramente livre aquele que não tem direito de autodeterminar-se, não tem acesso à educação, à saúde, ao trabalho, à constituição de uma família etc. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em seu Art. 1º, põe em destaque os dois pilares da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”¹⁸.

O espírito de fraternidade e solidariedade que preenche o princípio da igualdade encontra-se demonstrado na ética kantiana, que tem por imperativo categórico a máxima “age de tal maneira que tu possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio”¹⁹.

Agindo sob o fundamento da ética kantiana, deve-se reconhecer a humanidade a todo ser humano, independentemente de sua categorização identitária e, assim, não o tratar como um objeto, uma coisa ou um meio para realização de qualquer vontade, mas deve ser considerado em suas ações como um fim em si.

Infelizmente a sociedade categorizou o ser humano em uma prática social abarrotada de binarismos e, em seguida, atribuiu valores a essas características de maneira diferente, uns com maior valor e outras com

¹⁸ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA- UNICEF/BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 20 ago.2017

¹⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

menor valor. E, quando se tem numa diferença uma atribuição de maior e menor valor, gera-se a desigualdade.

Assim sendo, para que se possa atingir o equilíbrio social, isso precisa ser desconstruído, porque se foi aprendido dessa forma pode ser aprendido de outra, que possibilite a todos os seres humanos desenvolver seu potencial pleno e acessar as oportunidades da mesma maneira. As desigualdades não são naturais e essas podem ser revertidas e modificadas.

Advirta-se que as pessoas, ao se colocarem contra a discussão de gênero, satanizando o discurso, não poderão compreender como uma questão de direito o fato de que todo ser humano tem assegurado seu desenvolvimento pleno; desrespeitam e ignoram a liberdade, a justiça e a solidariedade como valores que estão vinculados, indissociavelmente, à dignidade humana, porque constituem condições para a sua efetivação.

Por conseguinte, distorcem a discussão e ainda dizem que estão fazendo isso em nome da família, dos bons costumes e em nome de Deus, defendendo que o único modelo de família é homem, mulher e filhos, excluindo as demais formações familiares, colocando numa ordem cartesiana **casamento-sexo-procriação**, bem como **sexo-gênero-sexualidade**.

Observa-se que, embora existam imperativos constitucionais determinando o direito à igualdade formal e à liberdade, não são suficientes para que se efetive a dignidade da pessoa humana. Para que a democracia realmente seja exercida e a justiça social ocorra, é necessário que o Estado aja positivamente protegendo o direito à diferença, mediante ações afirmativas, políticas públicas e atos normativos, em especial no que tange aos direitos das pessoas que se adequam ao grupo LGBTTI, rejeitando o heteronormativismo.

4 O pluralismo familiar e a proibição às discriminações odiosas, como proteção ao multiculturalismo e à diferença

Percebe-se, portanto, que o Direito está intimamente ligado ao homem, que passa por modificações constantes, quebrando paradigmas,

ultrapassando os ditames jurídicos, sobretudo na seara familiar, na qual ocorreu a superação do patriarcalismo, da diferenciação entre filhos, da indissolubilidade do casamento, dentre outras. Nesse ínterim, a “família deixou de ser um instituto formal e absolutizado, que atraía a tutela jurídica de per si, para se transmudar em um núcleo social funcionalizado ao desenvolvimento da personalidade e da dignidade de seus membros”²⁰. Dessa feita, paira a liberdade de cada um escolher o modelo de família que mais lhe satisfaça e adequa ao seu modo de vida, cabendo ao Estado proteger essa família, independentemente da maneira que ela for constituída.

Porquanto consista a família numa estruturação psíquica, na qual cada membro ocupa um lugar e exerce uma função, independentemente de sexo, sexualidade ou da presença de laços biológicos, tem-se que o afeto será o valor jurídico que irá marcar e definir as entidades familiares contemporâneas. Sendo assim, são as relações de afeto que se estabelecem entre as pessoas que possibilitam o estabelecimento de uma vivência familiar, responsável pela realização da personalidade dos membros do núcleo familiar, que encontram uns nos outros os referenciais necessários para construção de sua dignidade e autonomia.

Fato é que os novos arranjos familiares não mais consideram modelos fechados e baseados exclusivamente no casamento, de tal sorte que o *Direito Existencial das Famílias* ora proposto se alicerça sobre uma principiologia, a qual assegura a autonomia privada, a isonomia e a pluralidade da família. Portanto, o princípio do pluralismo familiar, implícito na redação do Art. 226 da Carta Magna, considera o seu *caput* como cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Nessa perspectiva, as famílias ali relacionadas são meramente exemplificativas, embora represente as mais comuns, sendo que outras

²⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo. Atlas, 2010, p. 191.

comunidades também se encontram implícitas no texto constitucional, uma vez que se cuida de, efetivamente, o direito instituir o princípio da igualdade pela não discriminação de sexos, tanto na esfera privada como na pública, sendo a igualdade e a paridade objetivos constitucionais.

Assim, se a liberdade de constituição de família é um direito fundamental, o Estado não pode limitar as formas de família, ou os modos de exercício desse direito fundamental. Afinal, se os núcleos humanos cumprem a mesma função de estruturação psíquica e de livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, não há razão para não qualificá-los como família.

Advirta-se que a conservação da categoria “gênero” não se restringe tão somente à condição das mulheres, ao contrário, permanece muito atual, como dispositivo da diferença dos sexos, base do laço conjugal e parental. O principal obstáculo à igualdade deixa de ser o gênero como “classe das mulheres” para ser o gênero como complementaridade, critério que se refere à preeminência da heterossexualidade nas instituições de direito da família²¹.

5 Considerações finais

Portanto, o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se deve prestar para desigualdade jurídica, sobretudo com relação à formação das entidades familiares, pois se deve considerar que um vínculo criado pela afetividade, pelo carinho, pelo desejo de estar com o outro numa convivência harmônica, duradoura e marcada pelo amor, é o que caracteriza a existência de uma família, não as identidades sexuais e de gênero de seus componentes.

O ser humano deve ser livre para *ser e aprender-se* e, ao mesmo tempo, ser protegido, exigindo dos poderes instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) a execução das ações necessárias para que se dê a

²¹ BORRILLO, Daniel. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 289-321, jul./dez. 2010.

concretização de direitos relativo à adequada convivência social. Entretanto, em virtude das desigualdades culturais, políticas e econômicas, a concretização das garantias constitucionais é feita de maneira diferente, de acordo com a realidade de cada indivíduo ou grupo, muito embora a defesa da dignidade, liberdade e igualdade a todas as pessoas estejam literalmente prevista na Carta Magna.

Sob a ótica da igualdade, vale ressaltar que ao falar sobre diferença deve-se atentar para o fato de que a identidade de um ser humano é marcada por ela, afinal, ninguém é igual a ninguém, portanto, faz-se necessário entender que a identidade não é o oposto da diferença, mas que depende desta para ser construída. Contudo, sabe-se que a aplicação dessa relação de alteridade à vida cotidiana não é fácil, pois envolve diversas práticas sociais; especialmente quanto à formação da família, que é objeto de séria controvérsia na sociedade. O preconceito ainda é uma realidade marcante e injustificável, em que se percebe a resistência da sociedade, ainda conservadora, no sentido de respeitar os seres humanos que simplesmente buscam felicidade fora dos padrões convencionais de família.

A luta por condições igualitárias e humanas tem dado o tom à história da humanidade e, muitas vezes, essa luta é ignorada. Por isso, na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito, as pessoas devem rever suas perspectivas, seus preconceitos, aceitando os seres humanos como eles são, independentemente de sua sexualidade, gênero, origem, classe social etc. Urge a necessidade de se quebrarem os paradigmas heteronormativos existentes nas construções sociais e jurídicas para que se possam reconhecer a todo ser humano os direitos fundamentais.

Referências

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua Concretização judicial**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe. 18 de agosto de 2008. Acessado em: 20 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999

BORRILLO, Daniel. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 289-321, jul./dez. 2010.

DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. Trad. Luiz Orlandi; Roberto Machado. 1ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000

DURKHEIM, E. **Da divisão do trabalho social**. Martins Fontes, São Paulo, 2010

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA- UNICEF/BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 20 ago.2017

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MATTOS, Fernando da Silva. **Direitos Fundamentais da população LGBT e seu fundamento judicial**. Disponível em: http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/direitoslgbt_1.pdf. Acessado em: 20 ago. 2017.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1988.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores do direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo. Atlas, 2010.

Representatividade feminina no legislativo e os desafios para emancipação política

*Evellyn Dias de Souza Lima*¹

*Denisson Gonçalves Chaves*²

1 Introdução

A figura da mulher historicamente ligada a estereótipos sofre com os desafios para ingressar na vida política, a minoria feminina no Legislativo impacta negativamente na políticas públicas de amparo as mulheres, uma vez que o local das discussões é permeado por vozes masculinas que não representam a classe feminina.

O silêncio feminino é uma tradição consolidada desde a antiguidade ocidental, a atípica a participação das mulheres foi reiterada na literatura e nas práticas sociais greco-romanas. Somente a partir do século XX, o debate relacionado a atuação e liberdade da mulher ganham espaço (BEARD, 2018).

A marginalização da mulher é resultado de um ciclo vicioso imposto no seio social e que também domina a esfera pública, alimentada pelo estigma de que as mulheres carecem de vocação na política, fortalece a

¹ Graduanda do 7º período do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, pesquisadora no Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI).

² Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Coordenador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI). Professor Substituto na área de Direito Público na Universidade Federal do Maranhão - Campus Imperatriz (UFMA)

posição de subordinação frente ao poder Legislativo³. Apesar de serem mais da metade da população brasileira, as mulheres ainda permanecem como um grupo sub-representado, sendo meras espectadoras de decisões e políticas feitas por homens, cuja finalidade é continuar mantendo a subordinação das mulheres.

O presente artigo tem por objetivos refletir sobre histórico de participação da mulher na vida pública e sua contribuição na constituição de 1988, analisar a participação feminina no Legislativo e investigar sobre a contribuição do feminismo para a democracia e emancipação política feminina. A metodologia aplicada foi a revisão sistemática de literatura.

É evidente que a participação feminina lança luz sobre temáticas sociais relevantes, tais como igualdade salarial entre os gêneros, saúde feminina, amparo a maternidade e outros. A entrada da mulher na vida pública representa um rompimento com a política tradicional, tal política é marcada pela falta de preocupação com segmentos sociais menos favorecidos, de modo que as parlamentares assumem a responsabilidade de defesa dos direitos das mulheres (PINHEIRO, 2007).

2 Representatividade feminina e a emancipação política: dos antigos aos modernos

A sub-representação da mulher nos espaços de poder é constatada ao longo da história da humanidade. A voz feminina sempre foi alienada do discurso público e o seu silêncio rompeu séculos. As conquistas gradativas que atualmente desfrutam as mulheres foram alcançadas a duras penas representa ainda um projeto inacabado.

No mundo clássico⁴ encontramos repetidas vezes referências ao “esvaziamento geral do poder femininas”, as características ligadas ao discurso público e a oratória eram práticas exclusivas do gênero mascu-

³ Atualmente bancada feminina na Câmara dos Deputados brasileira é composta por 77 mulheres, o que representa um total de 15% do número de parlamentares.

⁴ O Período Clássico abrange os séculos VIII a.C a V d.C.

lino. Na antiguidade era comum uma profunda autoridade da voz masculina em contraste com a voz feminina. O hábito, de silenciar uma mulher, retratado no poema a *Odisseia* torna claro que a referência de discurso é do gênero masculino (BEARD, 2018, p.28).

Conforme Beard (2018, p.28), quando Telêmaco diz a sua mãe “volte para os seus aposentos, retome seu trabalho, o tear e a roca, discursos são coisas de homem” temos uma das demonstrações de que na cultura ocidental o poder do homem é controlar o pronunciamento e silenciar a mulher.

Afrânia, esposa do senador Licínio Bucião, inclinada a contrair litígios, postulou sempre suas causas diante do pretor, não por falta de advogados, mas porque impudência lhe abundava. Por conseqüência, atormentando os tribunais assiduamente com latidos inusitados para o fórum, acabou por tornar-se o mais famoso exemplo de calúnia feminina (VALÉRIO MÁXIMO *apud* MADEIRA, 2006, p. 100).

O caso de Afrânia demonstra a regra no mundo clássico, a atuação feminina era tida como uma abominação. A participação de Afrânia na vida pública incomodou tanto os homens que o nome desta mulher tornou-se uma designação das mulheres de maus costumes.

A exceção à regra de que o discurso feminino era abominação também foi retratada por Valério Máximo em seu oitavo livro. Hortênsia vendo que as mulheres romanas foram oneradas pelos triúmviros através de pesados impostos, postulou a causa feminina perante o tribunal e não recebeu apoio de nenhum homem, porém obteve sucesso e foi elogiada. Todavia, vale ressaltar as palavras de Valério Máximo “Q. Hortensio⁵ pareceu reviver naquela mulher e respirar o discurso de sua filha”. Percebe-se que o dom da eloquência era capacidade tida como masculina e Hortênsia foi elogiada, pois o seu sucesso era graças à grandeza de seu pai (MADEIRA, 2006, p.103).

⁵ Q. Hortensio foi um político que ganhou notoriedade por ser um célebre orador e jurista. Foi eleito cônsul em 69 a. C (DOMINIK, 1997).

Na Idade Média a relação do domínio masculino do homem sobre a mulher é reiterada. O imaginário social fortemente dominado pelas narrativas bíblicas, taxava a mulher como pecadora, responsável por conduzir toda a humanidade ao pecado. Tal concepção fortaleceu a ideia de que a mulher era inferior ao homem, por isso as vozes ouvida em espaço público são masculinas (LE GOFF, 2008).

Evidentemente, a irrupção de uma presença e de uma fala femininas em locais que lhes eram até então proibidos, ou pouco familiares, é uma inovação do século XIX, que muda o horizonte sonoro. Subsistem, no entanto, muitas zonas mudas e, no que se refere ao passado, um oceano de silêncio, ligado à partilha desigual dos traços, da memória e, ainda mais, da História, este relato que, por muito tempo, ‘esqueceu’ as mulheres, como se, por serem destinadas à obscuridade da reprodução, inenarrável, elas estivessem fora do tempo, ou ao menos fora do acontecimento (PERROT, 2005, p. 9).

Na virada do século XVIII para o século XIX, o feminismo como movimento político e intelectual surge fruto da Revolução Francesa, rompendo em parte com o silêncio imposto às mulheres nos séculos anteriores.

2.2 Feminismo in terrae brasilis

Conforme Luis Felipe Miguel (2014 p. 25) essa primeira fase do feminismo tinha como norte “a educação das mulheres, o direito ao voto e a igualdade dentro do casamento”. A reivindicação por educação era fundamental para permitir a interdependência da mulher através do exercício da razão e seu desenvolvimento intelectual. No Brasil a luta por emancipação política das mulheres ganha destaque a partir do século XX, buscando reverter o silêncio feminino presente desde o Brasil colônia, fruto do conservadorismo e subordinação da mulher ao homem.

De acordo com Santos:

Em 1922, Bertha fundou, substituindo a Liga pela emancipação Intelectual da Mulher, a Federação Brasileira pelo Progresso feminino (FBPF), a primeira

organização feminista brasileira com expressão nacional e internacional. O estatuto da FBPF previa como objetivos da Federação, dentre outros, “assegurar à mulher os direitos políticos que a nossa Constituição lhe confere e prepará-la para o exercício inteligente desses direitos” (2017, p.55).

Essa onda feminista por direitos políticos no Brasil culminou com a conquista do direito ao voto⁶ em 1932, posteriormente consolidado com a Constituição de 1934, a pressão social feita pelas mulheres em razão do silêncio dos homens no Congresso foi essencial para tal aquisição do voto feminino.

A luta protagonizada pelas mulheres no Brasil ganhou força significativa durante o período de ditadura militar, o movimento feminista comprometido com as liberdades democráticas exerceu papel ativo em favor da campanha da anistia desde o ano de 1975. A militância feminina após o período da ditadura contribuiu ativamente para o processo de redemocratização do Brasil, assim a Constituição de 1988 representou um marco Legislativo no plano jurídico nacional, uma vez que ampliou a cidadania das mulheres (URTADO E PAMPLONA, 2018, p.58).

“Ainda que se reconheça a importância de tal atuação é necessário um olhar crítico ao perceber o locus privilegiado em relação às mulheres participante. Em um total de 559 parlamentares constituintes, somente 26 eram mulheres” (URTADO E PAMPLONA, 2018, p.59).

Apesar de não estarem em igualdade numérica com os homens, a mulheres constituintes participaram ativamente dos debates e não se furtaram aos mais variados temas, buscando ampliar a plataforma política que cedesse espaço para as reivindicações femininas. Corajosas em suas colocações, as mulheres do *lobby* do batom⁷ buscavam valorar o papel da mulher na construção da sociedade brasileira.

⁶ O voto feminino foi instituído pelo Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Em sua obra *Voices Femininas na política* (2007, p.61) Luana Pinheira ressalta que a busca pela emancipação política da mulher incomodou os homens da vida pública como o senador Muniz Freire que em seu discurso afirmou: “Estender o direito de voto à mulher é uma ideia imoral e anárquica, porque, no dia em que for convertida em lei, ficará decretada a dissolução da família brasileira. A concorrência dos sexos nas relações da vida anula os laços sagrados da família”.

⁷ Conforme Salette Silva (2015 p.176) o *Lobby* do Batom ficou conhecido “como um grupo de pressão que soube articular elementos de democracia participativa e representativa e, juntamente com outros atores políticos, soube se fazer ouvir, a ponto de também influenciar a produção da assim chamada Constituição cidadã.

3 Desafios da participação feminina no legislativo brasileiro

O poder Legislativo ainda é um local predominantemente masculino, uma maioria significativa de textos e projetos políticos no Brasil é fruto de uma perspectiva dos homens⁸. Assim o déficit participativo das mulheres na vida pública impacta diretamente na adoção de políticas públicas, dificultando o exercício da cidadania e deslegitimando ações que reivindicam igual empoderamento entre os gêneros.

Para Martello (2012, p.77):

O contrato de dominação dos homens sobre as mulheres, que caracteriza o Patriarcado, tem como efeito a vertebração do espaço público enquanto reduzido masculino, e confinamento das mulheres ao âmbito privado, associado à emoção e à maternidade, considerado um espaço restrito à reprodução da vida, por isso não político. Esses pertencimentos são naturalizados através da imputação de características de personalidade que supostamente justificariam a adequação desses sujeitos aos espaços a eles associados.

A ordem patriarcal aliena a mulher dos espaços de decisão, a figura feminina é ligada ao estigma de cuidado na vida doméstica o que é um empecilho à efetiva participação das mulheres. Os estereótipos impostos querem reforçar a ideia de que a mulher carece de vocação política, ou que não estar apta a desempenhar este papel.

Nesse mesmo entendimento, Flavia Biroli (2014, p.814) ressalta que um dos principais entraves à participação paritária entre homens e mulheres na vida pública e a organização das relações na vida privada é “a distribuição injusta das tarefas domésticas na esfera privada influi negativamente nas relações igualitárias”.

O insulamento na vida doméstica é o principal fator de fracasso das mulheres na carreira política, uma vez que ao ficarem restritas ao lar as

⁸ A discrepância do número de homens e mulheres na política pode ser observada através dos dados das últimas eleições para o mandato de 2019-2022, segundo o portal de notícias da Câmara de Deputados “Na nova legislatura, 15% das cadeiras da Casa serão ocupadas por mulheres, em vez dos 10% atuais”.

mulheres não se capacitam e não conseguem adquirir apoio e capital político, e quando obtêm êxito e ingressam na vida pública são estigmatizadas como inferiores. Conforme Miguel (2014, p.1940) “aquelas que exercem trabalho remunerado permanecem em geral como responsáveis pelo lar, no fenômeno conhecido como “dupla jornada de trabalho”, tendo reduzido seu tempo para outras atividades, incluída aí a ação política”.

A posição de sub-representação historicamente impregnada na sociedade “institucionalizou a desigualdade socioeconômica e promoveu visões excludentes e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social” (TOMAZI E BARBOZA, 2018, p.241).

A participação da mulher na vida política esbarra em vários conflitos relacionados a vida privada. As ações afirmativas adotadas na última década para assegurar uma parcela dos postos de poder as mulheres tem por finalidade contornar esses entraves.

Sobre a participação política das mulheres nos parlamento Salete Silva ressalta:

Vale destacar que esta luta, notadamente a que se dá no âmbito do Parlamento, envolve pressões, articulações, negociações e, às vezes, alguns recuos, além de algumas denúncias contra atores políticos resistentes às mudanças sociais. Trata-se de um grande aprendizado para as mulheres, inclusive as mais experientes militantes políticas pois, historicamente, dada a persistência da velha dicotomia entre os espaços público e privado, a parcela feminina da população esteve, para usar uma expressão de Costa (1998, p. 19), “do outro lado do poder” (2015, p.179).

Ao ingressar na vida pública a mulher rompe a exclusão feminina dos espaços políticos, entretanto enfrenta diversos conflitos relacionados ao velho sistema masculino predominante no Legislativo. A luta feminina requer um maior acesso das mulheres aos postos de decisões.

O desinteresse pela política, a falta de habilidade para o exercício de cargos públicos e o não pertencimento à esfera política são, assim, conectados em um conjunto de discursos que atendem a uma regularidade sem que se apresentem de forma homogênea. A oposição entre, de um lado, feminino e

espaço privado, e, de outro, masculino e espaço público, [...], está na base desses estereótipos, confirmando divisões e hierarquias que colaboram para a marginalização das mulheres *da e na* esfera política. (BIROLLI, 2010, p.05).

A cultura sexista no meio político também é um óbice ao ingresso da mulher na vida política, a vida pública é vista como coisa de homem, o que inibe a presença das mulheres nas zonas de poder. Aquelas mulheres que obtêm sucesso e conseguem ingressar no Legislativo enfrentam os estereótipos ligados ao papel de subordinação feminina e ao sexismo.

A decisão sobre leis e políticas que afetam diretamente as mulheres é feita no Brasil, ainda hoje e como foi ao longo de toda nossa história por homens. O sentido dessa discrepância entre influência política e presença na sociedade é um tema prioritário para a teoria feminista (BIROLLI, 2014, p.140).

De acordo com Urtado e Pamplona (2018, p.65) é necessário refletir que para uma paridade de direito entre homens e mulheres deve-se reconhecer “a dificuldade do homem em enxergar as necessidades da mulher”.

Uma maior participação feminina influi positivamente na construção de políticas públicas de caráter permanente para reduzir as condições de desigualdade e fomentar a autonomia das mulheres a partir de ações em várias áreas como: geração de empregos, salários iguais, direitos sexuais, saúde e habitação. Fortalecendo essa esfera da vida da mulher existirá um rompimento dos ciclos tradicionais de subordinação (GODINHO, 2004).

4 Feminismo e democracia: a luta por emancipação política

A democracia possui como um de seus pilares fundamentais a liberdade e concepção de igualdade, entretanto, apesar de existir a igualdade formal prevista em lei não há uma igualdade material quando o tema é a representação política da mulher. É notória a assimetria entre homens e mulheres na participação pública. Nas últimas décadas apesar de possuí-

rem o direito de votar e de disputar as eleições persiste uma relação desigual. Há uma seletividade do espaço político brasileiro ganhou força a partir de relações de desvantagens e submissão.

A participação na política institucional amplia os recursos para a politização e a ressemantização das experiências e dos problemas enfrentados pelas pessoas. Trata-se de um âmbito privilegiado das disputas, em que se definem quais são as necessidades prioritárias e o que seria necessário para atendê-las, assim como para a construção coletiva e a validação política dos interesses (BIROLI, 2018 p. 839)

O custo que determinados grupos enfrentam para ter acesso ao Legislativo acentua o caráter hierárquico da democracia, marginalizando, sobretudo as mulheres dos espaços de decisões. “A política é tida como um espaço masculino” (BIROLI, 2018 p. 839), o denso histórico de exclusão de grupos subalternizados tem por base por obstáculos materiais, simbólicos e institucionais; movimento feminista lança luz sobre essas questões intimamente ligada ao imaginário social.

Para Céli Regina Pinto (1994, p. 268):

Os grupos feministas têm tido, ao longo de suas histórias, participação efetiva no processo de democratização de instâncias da sociedade civil e também têm tido ganhos significativos pressionando o próprio campo político, mas não têm contribuído com a democratização da luta política no seu sentido estrito, através de intervenção na agenda política do país, do envolvimento na disputa política, no alargamento dos direitos humanos, na constituição de um novo patamar de igualdade para os chamados interesses gerais.

A autora destaca um ponto fundamental da participação política das mulheres: apesar do movimento feminista pressionar e buscar maiores conquistas, o déficit da presença feminina nos postos de poder faz com que não haja avanços concretos de políticas públicas.

Em se tratando dos direitos das mulheres, no Brasil essa luta é marcada por recuos e avanços, em um processo impulsionado pelo movimento feminista. A dicotomia direito/ feminismo se entrelaça desde

os primórdios das lutas femininas por um lugar social (SILVA, 2015, p.170).

Alguns exemplos de como o feminismo tem incidido, com limites, na construção da agenda política são as disputas históricas para levar ao debate público temáticas como a violência contra a mulher, o assédio sexual, oferta de creches, direito ao aborto, o exercício da maternidade e direitos sexuais (BIROLI, 2018, p.4358).

A sub-representação da mulher é resultado de um ambiente hostil predominantemente masculino, o dispositivo de participação é o meio através do qual o feminismo abre a sua pauta para debate político e contribui para a emancipação feminina, rompendo assim com a seletividade política do Estado.

[...] a relação do feminismo com a política deve ser observada por três aspectos que se complementam: a conquista de espaços no plano institucional, por meio de Conselhos da Condição da Mulher e Delegacias da Mulher; a presença de mulheres nos cargos eletivos; e as formas alternativas de participação política. A presença de feministas nesses espaços tem sido fruto de múltiplas tensões resultantes da resistência do homem à entrada de mulheres e a estratégia do próprio movimento, que viu o campo da política como uma ameaça à sua unidade (VAZ, 2008, p.33).

A participação feminina requer uma mudança no perfil institucional vigente e na postura adota pelo Estado, deve-se reconhecer a desigualdade entre os gêneros no meio político e a dificuldade de aceitação das mulheres nos postos de poder.

Na ótica de Silvana Mariano (2001 p. 9) no ceio das reivindicações feministas a unidade política passa a ser grupos sociais, “a neutralidade do Estado é substituída pela concepção de que o mesmo representa uma arena privilegiada de disputa de poder”. Assim o feminismo busca a ação do Estado para superar as desigualdades de gêneros. A representação feminina, nesse contexto, surge como forma de consolidar a democracia brasileira.

No entendimento de Salete Silva (2008, p.05) “as mulheres perceberam que sua história era uma história de ausência de direitos”, esta submissão foi legitimada por vários discursos jurídicos e leis. A exemplo disso temos o Código Civil de 1916, que durante todo o século XX retirou da mulher casada a plena capacidade civil, e exigia a autorização do marido para validação dos negócios feitos pelas mulheres. Podemos citar também o Código Penal de 1940 que reforçou o discurso machista ao estabelecer penas diferente entre os gêneros para o crime de adultério, tal legislação ainda dividiu as mulheres entre honestas e desonestas. A reivindicação feminista atua neste cenário para modificar a realidade buscando a inclusão das mulheres como sujeitos de direitos.

Conforme destaca Miguel (2000, p.94) uma corrente da teoria política “vinculada ao feminismo busca demonstrar que um viés sexista contamina os conceitos de democracia a partir de sua origem e que é necessária uma ruptura radical dessas tradições”.

A política de cotas partidárias visando combater a discriminação contra a mulher foi instituída pela Lei 9.100/95 art. 11 § 3º que dispõe: “Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres”. Após dois anos, com a Lei n. 9.504/97, o percentual mínimo de mulheres aumentou para 30 %, e posteriormente tornou-se obrigatório o preenchimento do requisito mínimo no número de candidaturas no partido com a lei n. 12.034.

A articulação política feminina é decisiva no cenário de diálogo das mulheres para com o Estado, na busca de tutela efetiva e fomento a promoção dos direitos das mulheres, implicando diretamente na conquista jurídica de igualdade. Exercer a cidadania plenamente para as mulheres é ter vez e voz na vida pública.

5 Considerações finais

A história da participação feminina nos espaços de poder foi construída a partir de padrões sociais de subordinação. Na busca de romper

tal padrão, a trajetória de emancipação política a duras penas conquistou o direito de participação na vida pública. Entretanto, apesar da igualdade formal do exercício da cidadania, persiste uma gritante sub-representação política da mulher no Legislativo, pautada em uma ideia comum de que a mulher não está apta a participar das decisões, ou que não possui uma vocação política.

Os desafios ao acesso da mulher ao Legislativo são frutos da organização da vida privada e da divisão de tarefas, a sobrecarga na vida doméstica retira o interesse de participação das mulheres e minam suas chances de desenvolver relacionamentos e contatos fundamentais para o sucesso na vida pública.

Aquelas que obtêm êxito na carreira política, quando adentram nesse meio predominantemente masculino, sofrem uma série de preconceitos fruto de estereótipos sexistas. O ingresso da mulher na vida pública é fundamental pois lança luz a debates pertinentes de condição de desigualdades entre homens e mulheres e a necessidade de reduzir o silêncio feminino. A emancipação política requer o desmonte do ciclo vicioso de sub-representação, através da igualdade material entre os gêneros.

O movimento feminista nas últimas décadas fomentou o pleno exercício da participação política para as mulheres, denunciando os mecanismos de dominação que oprime e afasta a figura feminina do poder. A liberdade somente será real quando a paridade entre homens e mulheres na vida pública torna-se parte da democracia brasileira.

Referências

BEARD, Mary. **Mulheres e Poder**: um manifesto. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018.

BIROLI, Flávia. **Gênero e política no noticiário das revistas semanais brasileiras**: ausências e estereótipos. **Cadernos Pagu**, nº 34, janeiro-junho de 2010, p. 269-299.

_____, Flávia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018. Paginação Irregular.

_____, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. **Feminismo e Política**. São Paulo: Boitempo, 2014. Paginação Irregular.

BRASIL. **Lei 9100/95 Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências**. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9100.htm >. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. **Lei nº. 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.

_____. **Projeto de Lei Nº 1256, DE 2019**. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7922324&ts=1553896841042&disposition=inline>. Acesso em: 31 mar. 2019.

DOMINIK, W.J. **Romam eloquence: rhetoric in society and literature**. Taylor & Francis, 1997.

GODINHO, Tatau. **Políticas Públicas e igualdade de gênero - construir a igualdade combatendo a discriminação**. In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia da. (org.) **Políticas públicas e igualdade de gênero**. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004.

HAJE, Lara. Bancada feminina na Câmara sobe de 51 para 77 deputadas. Portal da Câmara de Deputados. Brasília, 08 de Outubro de 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564035-BANCADA-FEMININA-NA-CAMARA-SOBE-DE-51-PARA-77-DEPUTADA...>. Acesso em: 30 mar. 2019.

LE GOFF, Jacques. **Uma Longa Idade Média**. São Paulo, SP: Civilização Brasileira, 2008.

MADEIRA, E. M. A. (2006). Advogadas romanas republicanas. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 101, 87-107. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67700>].

MARIANO, Silvana Aparecido. **Feminismo e estado**: desafiando a democracia liberal. In: Revista Mediações. Londrina. v.6. n.2.p. t-26.jul. /dez. 2001.

MARTELLO, Laura França. **Mulheres, Política e Poder**. Em Debate, Belo Horizonte, v.4, n.5, p.76-83, ago. 2012. Disponível em: <http://www.opiniaopublica.ufmg.br/emdebate/artigo_resenha_laura12.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

PERROT, Michelle. **As mulheres ou os silêncios da história**. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

PINHEIRO, Luana Simões. **Vozes femininas na política**: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-Constituinte. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP), 2007. (Série Documentos). Disponível em: http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/vozes-femininas-napolitica-uma-analise-sobre-mulheres-parlamentares-no-posconstituente/at_download/file. Acesso em: 23 mar. 2019.

PINTO, C. R. J. Mulher e política no Brasil: os impasses do feminismo, enquanto movimento social, face às regras do jogo da democracia representativa. **Revista Estudos feministas**. Rio de Janeiro, CIEC/ECO/UFRJ, v. 2, n. 2 p. 256-270, 1994.

SANTOS, Luiza Chaves. **Sufrágio Feminino e Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro. 2017. 80 p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

SILVA, Salete Maria da. **O legado jus -políticos do Lobby do Batom vinte anos depois. A participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal**. XXI Encontro Regional de Estudantes de Direito e Encontro Regional de Assessoria Jurídica Universitária: “20 anos de Constituição. Parabéns Porque?” 2008, p.5. Disponível em: <http://www.urca.br/ered2008/cdanis/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVa_2.pdf> Acesso em: 23 mar. 2019.

SILVA, Salete Maria da. JAY, Sonia. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminina sobre a experiência brasileira. **Revista Brasileira de História do Direito**. Minas Gerais, v.1, n.2, p.170-190, Jul/Dez. 2015.

TOMAZI, Larissa; Barboza Estefânia. Interpretação constitucional feminista e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **In**: SILVIA, Christine Oliveira Peter. **Constitucionalismo Feminista**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

URTADO, Daniele; PAMPLONA, Danielle Anne. A última constituinte brasileira, as bravas mulheres e suas conquistas. In: SILVIA, Christine Oliveira Peter. Constitucionalismo Feminista. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

VAZ, Gislene de Almeida. **A participação da mulher na política brasileira [manuscrito]: a lei de cotas.** 2008. 65 f. Monografia (especialização) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Processo Legislativo, 2008. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/responsabilidadesocial/edulegislativa/educacaolegislativa-1/posgraduacao/arquivos/publicacoes/banco-demonografias/pl2aedicao/GislenedeAlmeidaVazMonografiacursoPL2ed.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

Comunidade e democracia: Reflexos para uma análise pluralista

*Luís Henrique Sousa Silva*¹

*Antônio Coelho Soares Junior*²

1 Introdução

No presente artigo é analisada a comunidade contemporânea compreendida em duas concepções, a primeira a partir de um pensamento sociológico que entende a comunidade como substância em comum, levando em conta questões como o território, cultura, etnia etc. e uma segunda concepção cuja comunidade é baseada nas reflexões de filósofos como Maurice Blanchot, Jean-Luc Nancy e Roberto Esposito, que apresentam a ideia de uma comunidade dessubstancializada, compreendendo a comunidade em seu caráter de vinculação humana.

As reflexões sobre a essência da comunidade ganham uma importância fundamental, diante o presente colapso das relações vinculativas humanas na atual conjuntura da sociedade, visto que ideia de comunidade se perdeu com a legitimação de práticas totalitárias e adoção de medidas contra as manifestações singulares no meio coletivo, necessi-

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, campus Imperatriz. E-mail: Henriquesousa741@gmail.com

² Doutor em Direito pela Università degli Studi Roma Tre. Mestre em Instituições JurídicoPolíticas pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito e Sociedade e Graduado em Direito na mesma instituição. Professor do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, campus Imperatriz. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. E-mail: antoniocoelhojr@hotmail.com

tando assim de uma análise da questão comunitária, sendo base para a construção de uma sociedade democrática.

2 Desenvolvimento

2.1 A Comunidade

Dentre os pensadores que abordaram a questão da comunidade, se destacam as contribuições do filósofo italiano Roberto Esposito, que apresentou uma distinção fundamental quanto à organização das perspectivas sobre comunidade, diferenciando as análises substancialista e a dessubstancialista, apresentando assim que a o fenômeno na vinculação humana não é baseado somente em uma formação histórica social, mas em uma concepção mais profunda da própria identidade humana.

Dentre os pensadores que abordaram a questão da comunidade, se destacam as contribuições do filósofo italiano Roberto Esposito, que apresentou uma distinção fundamental quanto a organização das perspectivas sobre comunidade, diferenciando as análises substancialista e a dessubstancialista, apresentando assim que a o fenômeno na vinculação humana não é baseado somente em uma formação histórica social, mas em uma concepção mais profunda da própria identidade humana.

A noção substancialista envolve a perspectiva de uma comunidade que apresenta uma estrutura fechada do ser, onde é analisado as características subjetivas originárias como fundamento de ligação com o outro, o italiano Esposito expõe a visão substancialista da comunidade abarcando toda a filosofia política clássica aonde é destacado as correntes filosóficas como a *Gemeinschaft*, o neocomunitarismo e a ética da comunicação. Afirma Esposito (2003, p. 156), “parte sempre dos indivíduos pré-constituídos conservando-os como tais, ou fundindo-os num indivíduo maior”.

A concepção substancialista é a base de uma noção de essência inquisidora contra a manifestações individuais, sendo assim uma

perspectiva que constrói barreiras no processo de integração humana, processo esse fundamental para a construção do próprio homem, tais barreiras construídas são bases de legitimação para práticas discriminatórias e excludentes, que prejudicam a cerne do fenômeno democrático.

É abordado uma comunidade que é composta de pessoas autossuficientes que apenas convivem juntas, ocorrendo tal união por acaso, por exemplo nas relações familiares, nascimento em um determinado território, ou por vontade própria, por exemplo a escolha por participar de uma associação, ou uma determinada religião. A essência de tal união é a substância comum compartilhada, uma substância externa ao ser, realçando características pré-existentes que não interagem entre si, mas se auto afirmam, conservando o indivíduo e oferecendo um caminho aberto para o surgimento de empecilhos contra as manifestações diferentes das características dominantes. O comum nessa perspectiva substancialista é aquilo do próprio indivíduo e a outros indivíduos que possuem as mesmas características, uma mesma constituição baseada na substancialidade das coisas, seja o sangue, os gostos, as origens etc.

Esposito apresenta tal visão como uma comunidade da substância comum em um sentido de propriedade material compartilhada. A noção substancialista é difundida nitidamente na sociedade atual com manifestações autoritárias que buscam uma restrição governamental contra manifestações divergentes, questões como a problemática da imigração, que remetem a questões xenofóbicas, o preconceito diante etnias, a intolerância religiosa, demonstram a presença da visão substancialista de comunidade de não aceitação do diferente.

É importante destacar que nessa visão de comunidade substancialista, a sociedade é revestida de uma roupagem individualista, sendo a comunidade uma questão secundária que é levada em conta apenas para responder de forma afirmativa as características do indivíduo, visão esta que é combatida pelo autor italiano quando apresenta a análise dessubstancialista de comunidade, onde a comunidade se apresenta não mais como um caráter secundário, mas como condição de referência do indiví-

duo, assim se antes o indivíduo era condição para a existência da comunidade, nessa organização ontológica a partir da *communitas*, a comunidade passa a ser a referência e a condição do indivíduo enquanto tal.

Na perspectiva dessubstancialista da comunidade existe uma relação de compartilhamento, uma relação vinculativa humana onde é presente um sentimento não de mero pertencimento histórico entre as pessoas, mas de uma relação de dívida originária. Na análise de Esposito a essência comunitária é compreendida a partir do entendimento da palavra *communitas*, com a apresentação de *donum* (significado do radical *múnus*), a condição comum do sujeito, esclarece Eduardo Yamamoto que “a condição (comum) de impropriedade do sujeito que se encontra, de início e na maioria das vezes, preso, vinculado, mergulhado numa rede de intensas ligações que ele insistentemente ignora para se firmar enquanto tal, como dono de si, Eu soberano ou núcleo a partir do qual irradiam as relações e a substância comunitária”. Toda essencialidade comunitária se encontra nesse sentimento de doação, sendo condição originária tal dívida recíproca, não mais sendo analisada a comunidade em uma perspectiva secundária, mas como algo anterior ao indivíduo, nas palavras de Esposito, uma instância expropriadora de subjetividade.

A análise reflexiva do autor italiano sobre a perspectiva da comunidade dessubstancialista vai mais a fundo, quando estudado as raízes metafísicas gregas, Esposito utiliza, baseado nas contribuições de Heidegger, o termo *substantia* para apresentar essência comunitária, sendo como o termo ontológico gêneses do processo vinculativo humano, *substantia* é uma tradução do termo grego *ousia*, que remete aquilo que sempre é que perdura que é essencial, mas tal termo grego segundo Heidegger guarda um sentido ainda mais originário, um sentido da palavra *physis*, que é a natureza o ente em sua totalidade original.

Tal termo estrutural de totalidade original remete a uma revelação importante para a análise vinculativa, a análise da dinâmica contraditória originária, ensina Heidegger que é o erigir-se emergente, mas também desdobrar-se que em si repousa.

Devemo-nos afastar completamente do conceito de ‘natureza’. Pois *physis* significa o surgir emergente, que brota. O desabrochar e desprender-se que em si mesmo permanece. A partir de uma unidade originária se incluem e manifestam nesse vigor repouso e movimento. Nesse vigor (Walten) o presente se apresenta como ente. A vigência de tal vigor só se instaura a partir do ocultamento. Isso significa para os gregos: a *aletheia* (o des-ocultamento) se processa e acontece, quando o vigor se conquista a si mesmo como um mundo! Só através do mundo o ente faz ente. (HEIDEGGER, 1999, p. 89, tradução Eduardo Yamamoto).

Ensina Luiz Lenio Streck que a *physis* é a emergência que também se oculta. A essência comunitária passa por essa dinâmica originária, a apresentação da ambiguidade, a presença do ser e do não ser que o constitui, o igual e o diferente, o repouso e o movimento, essa é a mensagem que a *physis* apresenta, que ganha uma roupagem linguística de substância ou de essência comunitária na análise de Esposito.

Se tal terminologia ontológica apresenta uma dinâmica de ambiguidade originária, esse significado se institui na essência do concurso humano, devendo no processo de análise vinculativa ser considerada tal dinâmica com um caráter determinante para seu significado ontológico. Na análise da essência comunitária não se pode levar em consideração apenas aquilo que está presente na maioria, àquilo que é majoritariamente demonstrado, mas deve ser levado em consideração aquilo que não é apresentado na maioria, aquilo que se separa, a diferença, aquilo que é desligado da substância majoritária, o improprio, o âmbito do litígio.

Está aqui a base do pensamento da comunidade dessubstancialista, essa visão constituinte da comunidade é observada por Esposito como ponto principal da vinculação comunitária, a dinâmica da substância comum e da diferença. A comunidade dessubstancialista não apresenta um conjunto de características formais dentro da comunidade, mas leva em consideração o que está envolta, a dissidência que faz parte do processo de formação de tal comunidade.

Assim apenas se levando em consideração tal participação de todas as manifestações presentes dentro da comunidade que é efetivado o verdadeiro processo de política democrática, não sendo admitido posicionamentos absolutistas que vão contra a essência originária da comunidade, sendo tutelado assim as singularidades que fazem parte do ambiente coletivo.

Tal visão vinculativa ganha contornos ainda mais importantes quando analisado o termo *communitas* que é apresentado pelo autor como ponto chave a compreensão vinculativa humana, *communitas* é um termo latino para descrever comunidade que é exposto pelo autor para aprofundar a relação da vinculação humana presente na comunidade, com uma análise etimológica dos radicais *cum* e *múnus*, é exposto uma relação de doação incondicional recíproca entre os membros da comunidade.

O (*munus*) relaciona com uma doação obrigatória do ser, enquanto o *cum* refere-se à presença insistente de um outro, *cum+munus* (ou *communitas*) uma relação em que a pessoa se doa incondicionalmente ao outro, uma pessoa qualquer, uma pessoa indefinida, assim a comunidade é algo essencial na construção do ser humano, sendo o processo de doação um processo constituinte da essência humana.

[...] o *munus* que a *communitas* compartilha não é uma propriedade ou pertença. Não é uma posse, mas ao contrário, uma dívida, uma prenda, um dom a dar. E é, portanto, o que vai determinar, o que está por converter-se, o que virtualmente já é, uma falta. Um ‘dever’ une os sujeitos da comunidade – no sentido de que ‘te devo algo’, e não no sentido de que ‘me debes algo’ – que faz com que não sejam inteiramente donos de si mesmos. Em termos mais precisos, os expropria, em parte ou inteiramente, sua propriedade inicial, sua propriedade mais própria, ou seja, sua subjetividade (ESPOSITO, 2003, p. 30-31, tradução Eduardo Yamamoto).

Essa explicação da terminologia de *communitas* desempenha uma função muito importante quanto a reflexão da primazia comunitária, trazendo o significado de *munus* (*donum*) a um caráter de construção

básica do vínculo humano, ficando ainda mais nítido quando analisado os radicais *cum* e *mínus*, que relevam por meio do *cum* a presença do outro, e no *mínus* a presença da condição de dívida originária, de afirmação da condição dinâmica vinculativa.

Outro importante autor que aborda de maneira paralela à perspectiva de Esposito é Jean Luc Nancy, se refere em suas obras a respeito da comunidade sobre a visão de um *ser-em-comum* entre as singularidades, alegando a incomensurabilidade das alteridades. Analisando as questões da comunidade essencial e comunidade inoperante, no qual apresenta que a comunidade não é somente comunicação íntima entre seus membros, mas igualmente a uma comunhão orgânica com sua própria *essência*, ela não é constituída apenas de uma distribuição justa de tarefas e bens, ou de um equilíbrio alegre entre forças e autoridades ela é feita principalmente da partilha, difusão, ou impregnação da identidade, por uma pluralidade em que cada membro se identifica somente pela mediação suplementária de sua identificação com o corpo vivo da comunidade” (NANCY, 2016).

Se posicionando diferente da perspectiva de comunidade substancialista, apresentando que a comunidade não é limitada ao compartilhamento de uma identidade física, de uma unidade social, nas palavras de Nancy “a comunidade é o que *acontece* na co-exposição dos seres uns aos outros, no ser-em-comum sem as pesadas mediações de instituições ou modelos que dirigem as condições das relações”.

Tais pesquisadores visualizam a organização comunitária e a forma de interação da mesma com uma visão que rompe a perspectiva moderna, que é impregnada de individualismo presente um olhar egoístico em relação ao outro, uma modernidade sem uma participação efetiva democrática, onde é presente uma total depreciação da coletividade seja por meio indiretos e diretos.

A consideração das bases metafísicas sobre a substancia comunitária remetem a um rompimento com estruturas limitativas abrindo espaço para a manifestação das singularidades, sendo analisado a comu-

nidade com um olhar além das condições materiais e substancialista, recuperando o significado ontológico constituinte da comunidade e dando meios para que a seja exercido o processo de escuta e participação efetiva democrática.

O Filósofo Maurice Blanchot é assim como Esposito e Nancy um pesquisador que analisa a questão da comunidade, abordando a mesma como o lugar do conflito, do diferente. Apresentando uma perspectiva ainda mais profunda sobre o tema, não vendo a comunidade como um local de uniformidade, de consenso, de organização, mas que local propo-sital para a divergência de ideias, divergências do ser. Expondo que por mais que o indivíduo lute pela individualização, pela separação com a coletividade, tal vinculação não algo que esteja disposto a abrir mão, é uma condição de ser.

O ser procura não ser reconhecido, mas contestado: ele vai, para existir, em direção ao outro, que o contesta e, às vezes, o nega, a fim de que ele exista somente nessa privação, que o torna consciente (é a origem da sua consciência) da impossibilidade de ser ele mesmo, de insistir como *ipse* ou, se o queremos, como indivíduo separado (BLANCHOT, 2013, p. 17).

É trazida pelo autor a questão da necessidade de completude que se assemelha com o *múnus* apresentado por Esposito, apresentando o princípio da incompletude humana em que o ser busca não o seu reconhecimento e sua afirmação, mas busca para sua construção a contestação, o conflito com o outro, a presença da diferença presente nas relações vinculativas humanas à negação, a presença do ser e do não ser que é apresentado com outra roupagem na análise de Esposito. Repito, para Bataille, a interrogação: por que “comunidade”? A resposta é dada de modo bastante claro: “Na base de cada ser existe um princípio de insuficiência.”. É um *princípio*, notemo-lo bem, isso que comanda e ordena a possibilidade de um ser. Donde resulta que essa falta por princípio não anda ao lado de uma necessidade de completude.

[...] A consciência da insuficiência vem de sua própria colocação em questão, a qual tem necessidade do outro ou de um outro para ser efetuada. Sozinho, o ser se fecha, adormece e se tranquiliza. [...] O ser busca, não ser reconhecido, mas ser contestado: ele vai, para existir, em direção ao outro que o contesta e por vezes o nega [...] da impossibilidade de ser ele mesmo, de insistir (BLANCHOT, 2013, p.17).

A comunidade é na luz do que foi apresentado, algo que ultrapassa os indivíduos, sendo estes ligados ao sentido da dinâmica originária presente da *physis*, a dinâmica da ambiguidade fundamental, apresentando a condição de vinculação uns com os outros, condição esta que estabelece uma relação de dívida recíproca entre os entes pertencentes a comunidade.

Destacando a importância do conflito na construção da comunidade e a importância da participação das manifestações individuais, fatores que assumem um caráter de fundamento para a análise de uma comunidade democrática.

2.2 A Democracia Pluralista

A teoria democrática desenvolvida pela filósofa belga, Chantal Mouffe destaca o exercício democrático constituído por identidades coletivas diversas, onde é assegurado tal exercício divergente de diálogo e instigado a participação política das manifestações individuais perante o meio coletivo, nas palavras da autora, “a política democrática é o campo da manifestação das paixões que mobilizam a defesa dos diferentes posicionamentos políticos” (Mouffe, 1996, p. 10).

A participação das individualidades e posicionamentos divergentes na convivência comunitária regida por um processo democrático é fundamental para a efetivação do fenômeno pluralista da sociedade. Fenômeno este que é o ponto chave das obras da autora, defendendo um novo sistema democrático onde é assumido um posicionamento permissivo e fundamental das relações de conflito e a necessidade do heterogeneidade social. Modelo que na análise de Mouffe é o mais ade-

quado para o enfrentamento das questões políticas da atual conjuntura da sociedade, a autora apresenta tal modelo democrático com o nome de modelo pluralista agnóstico.

A pesquisadora Belga apresenta logo no início do discurso sobre a democracia pluralista a distinção entre os termos político e política, por achar ser de total importância para uma melhor compreensão do fenômeno pluralista, “Por político refiro-me à dimensão do antagonismo que é inerente a todas as sociedades humanas, antagonismo que pode assumir formas muito diferentes e emergir em relações sociais diversas. Política, por outro lado, refere-se ao conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições que são sempre potencialmente conflituosas”.

Defendendo assim, que é necessário encarar a política como mecanismo de pacificação em relação à hostilidade adversativa presente na sociedade, tentando assim neutralizar os comportamentos egoísticos presentes nas relações humanas, criando por meio de tal instrumento político um contexto social de legitimação para o conflito e do pleno exercício da diversidade.

De certo, é com a discordância, com o conflito que é demonstrado a essência da identidade comunitária, assim como é apresentado por Blanchot, sendo tal reflexão fundamental para a solução de conflitos que possam existir no meio coletivo. O cerne do pensamento pluralista é a questão que não é somente a aceitação do diferente, a tolerância do mesmo, mas na celebração do exercício das diversidades, assumindo que apenas com a alteridade, com o diferente, a identidade humana poderia ser evidenciada, aqui entra a contribuição de Esposito e Blanchot, em relação à constituição originária da comunidade, o ser e o não ser, a substância originária, a *physis*.

A democracia moderna deve na análise de Mouffe apresentar uma legitimação do conflito, se posicionando de forma a recusar qualquer tipo de meio autoritário que busque silenciar as vozes do meio coletivo. Des-

constituindo mais uma vez a noção de comunidade substancialista que tem como constituição a autoafirmação de valores subjetivos, presentes na maioria da comunidade. A sociedade democrática deve reconhecer um pluralismo de valores e os conflitos que naturalmente decorrem de tal reconhecimento das divergências sociais.

É fundamental a observação da relação de conflito como matéria constituinte da identidade humana que as contribuições do filósofo alemão Carl Schmitt são bases para a fundamentação da perspectiva pluralista, expõe o autor sua visão sobre a condição intrínseca do antagonismo na vida em sociedade, sendo presente nas questões políticas sempre um confronto entre análises divergentes.

Uma determinação conceitual do político só pode ser obtida mediante a descoberta e identificação das categorias especificamente políticas. É que o político tem seus critérios próprios, que de maneira peculiar se tornam eficazes diante dos domínios diversos e relativamente independentes do pensamento e do agir humano, especialmente o moral, o estético e o econômico. O político precisa, pois, situar-se em algumas distinções últimas, às quais pode reportar-se toda ação especificamente política. “[...] A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre o amigo e inimigo” (SCHMITT, 1992, p. 51).

Sendo assim necessária para o verdadeiro exercício democrático a busca pela ampliação da capacidade de incluir as manifestações individuais que são desprezadas, não ouvidas e não protegidas. Mouffe apresenta uma perspectiva paralela a dos autores comunitários no que diz respeito à necessidade constituinte da dinâmica do conflito, o que Esposito apresenta como a dinâmica originária da ambiguidade, Mouffe apresenta como dinâmica dos relacionamentos humanos, ambas dinâmicas originárias do convívio social.

[...] se aceitarmos que todas as identidades são relacionais e que a condição de existência de qualquer identidade é a afirmação de uma diferença, determinação de um ‘outro’ que desempenhará o papel de ‘elemento externo

constitutivo', torna-se possível compreender a forma como surgem os antagonismos (Mouffe, 1996, p. 13).

Apresenta ainda a autora que deve ser superada o olhar hostil em relação ao conflito, não se pode analisar o outro como um inimigo a ser combatido, mas deve ser encarado como um adversário, “alguém com cujas ideias iremos lutar, mas cujo direito de defender tais ideias não vamos questionar”. Essa nova classificação do outro no contexto político não extingue o antagonismo e da divergência, mas ao contrário proporciona meios de legitimação para o conflito ético, na qual agora revestido de uma nova roupagem o outro tem uma relação comum estabelecida por meio de princípios de respeito e celebração do conflito.

É analisado ainda na abordagem de Mouffe a necessidade de estabelecer uma base segura para o exercício das relações conflituosas, uma base firmada em princípios éticos políticos. Abordagem essa fundamental contra movimentos autoritários, as buscas por unanimidade não só são ilusórias, na visão da autora, como são altamente perigosas carregadas de possíveis consequências funestas, em face ao exercício democrático.

A democracia pluralista não tem como objetivo a busca pelo desaparecimento das relações de discordâncias entre as pessoas, algo que iria diretamente contra o significado originário de democracia, o que busca a democracia pluralista é evolução do olhar agressivo perante o outro, como já foi apresentado a busca pela mudança de uma abordagem de inimigo para um abordagem adversativa, sendo assim o outro passa a ser encarado, mesmo com uma discordância, como um ser constituinte da identidade social, afirmando assim o papel da política como instrumento para proporcionar o dinamismo.

Ante o exposto, a abordagem pluralista da democracia contribui para efetivar a essência da identidade coletiva, legitimando tal conflito ético e buscando neutralizar as possibilidades de regimes totalitários usurparem o processo democrático, tendo como tarefa proporcionar as condições para que o antagonismo, a diferença, o conflito deixe de ter um caráter de inimizade para ganhar uma roupagem adversativa, transfor-

mando o antagonismo em um agonismo, daí o nome modelo pluralista agonístico de democracia.

A questão do consenso é outro ponto chave para a compreensão do tema, tal consenso é exercido por meio de um campo conflituoso na perspectiva pluralista, baseado como já foram expostos, nos princípios éticos do exercício político levando em consideração as noções constitutivas da comunidade, tais consensos devem emergir oriundos de uma série de discursões e interpretações conflitantes, necessitando que tal democracia pluralista proporcione a divergência e oportunizando instituições nas quais tais manifestações possam se manifestar.

Sua sobrevivência (da democracia) depende das identidades coletivas formadas em torno de posições claramente diferenciadas, assim como da possibilidade de escolha entre alternativas reais. Daí a importância de encarar a natureza da cidadania numa perspectiva agonística, uma abordagem democrática “agonística” reconhece a natureza real das suas fronteiras e as formas de exclusão que elas englobam, ao invés de tentar disfarçá-las sob o véu da racionalidade e da moralidade (MOUFFE, 1996, p. 60).

Outro ponto chave a respeito da discursão democrática é em relação à cidadania, que deve ser representada pela adesão a princípios de liberdade e igualdade, para Mouffe o exercício da cidadania deve ser visto não como apenas um documento declarativo de direitos, mas como uma verdadeira identidade social, uma plena participação política, necessitando assim das instituições a produção de meios para tal exercício.

É por este motivo que a democracia radical e plural aceita que a completa realização da democracia é algo ilusório. Seu objetivo é restituir dignidade à política e lutar pelo aprofundamento da revolução democrática, mas dentro de um processo que, na verdade, é interminável. E, exatamente por este motivo, exige a constante articulação entre os grupos que lutam pelos direitos democráticos (MOUFFE, 1996, p. 95).

É defendido também que em relação a um caráter democrático não seja permitido a atribuição a alguma representatividade a vontade totalitá-

ria da sociedade, requerendo assim uma proteção nas relações de legitimidade e poder. Todo poder aplicado ao meio social deve ser reconhecido anteriormente como legítimo, onde nesse processo de legitimação esteve presente e vai continuar presente o fenômeno do conflito, não sendo assim uma aplicação hegemônica em face de sociedade heterogenia.

3 Conclusão

A verdadeira democracia somente é exercida se contemplada a participação das diferentes manifestações presentes na sociedade. Diante de movimentos que buscam uma hegemonia social perante grupos minoritários e a atual fragmentação das relações integrativas humanas é necessário uma análise a respeito do processo vinculativo humano. A comunidade é abordada mediante duas concepções, na abordagem dos filósofos contemporâneos, uma primeira análise referente a uma concepção substancializada, alusiva a uma sociedade estruturada em características externas ao ser, remetente a um caráter exclusivo e autossuficiente, e em uma segunda análise a uma comunidade fora do âmbito substancialista, um campo de dessubstancialização, uma comunidade que remete ao seu sentido originário, tendo como base a organização ontológica da própria palavra, *communitas*, que apresenta a constituição social, referente à presença insistente do outro e a relação obrigatória do ser em se doar perante o outro, sendo isso um caráter base para a constituição da primazia do vínculo humano.

A importância da presença das diferentes manifestações singulares para um efetivo processo democrático ganha ainda mais respaldo quando analisado as raízes da ontológicas referentes a palavra substância que apresenta um cerne comunitário, análise realizada por Roberto Esposito baseado nas contribuições de Heidegger. Substância é a tradução do termo grego *ousia*, que é o essencial na relação humana, que guarda um sentido ainda mais profundo, o sentido da *physis* que é a revelação do ser, o que ele é de fato, e assim referente a análise comunitária remete a

relação de antagonismo do ser perante o outro ser, da negação que é necessária para a verdadeira afirmação do ser enquanto ser.

É ainda apresentado que a comunidade é constituída orginalmente por esse fenômeno de ambiguidade, do diferente, do outro e ai que mora o encanto e a verdadeira essência da coletividade, assim como um tapete persa que é valorizado pela diferença das suas formas e o conflito das suas cores, a comunidade é constituída por essa heterogeneidade dos entes constitutivos, e negar essa manifestação singular e diferente é negar a essência da sociedade, é ferir a diretamente o processo democrático.

Tal perspectiva é base para a construção do pensamento a respeito da teoria da democracia pluralista, apresentada pela autora belga Chantal Mouffe. É diferenciado os termos político e política, sendo o político o ente do antagonismo, da diferenciação, o outro constituinte e a política o conjunto de mecanismos que organizam e proporcionam a manifestações conflituosas. O cerne da abordagem democrática pluralista é a questão não somente da aceitação do diferente, da tolerância do mesmo, mas na celebração do exercício das diversidades, assumindo que apenas com a alteridade, com o diferente, a identidade humana poderia ser evidenciada. Tendo os posicionamentos contrários um tratamento de agonismo e não de antagonismo.

Ante o exposto, é concluído que a relação vinculativa humana é o núcleo para uma apropriada prática democrática, pratica esta que contempla a participação das diferentes manifestações nas decisões que dizem respeito à coletividade, sendo o fenômeno da heterogeneidade social, o fenômeno constitutivo da vinculação humana e do processo democrático.

Referências

- BAUMAN, Zigmunt. **Comunidade: A busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2003. 136 p. (Obras de ZYGMUNT BAUMAN,). Tradução: Plínio Dentzien.

BLANCHOT, Maurice. **A comunidade Inconfessável**. Brasília: Lume UNB, 2013. 82 p. Tradução: Eclair Antonio Almeida Filho.

ESPOSITO, Roberto. **Communitas**. Buenos Aires: Amorrortu, 2007.

ESPOSITO, Roberto. **Communitas: A origem e o destino da comunidade**. Buenos Aires: Amorrortu, 2003. 216 p.

GHETTI, Paola. Meditação de método-JEAN-LUC NANCY. **Rev. ALEA**, Rio de Janeiro. vol. 15/2, p. 303-311, jul-dez 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/alea/v15n2/03.pdf> Acesso em 3 de Novembro de 2018.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Metafísica**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: Mundo, finitude e solidão. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. 250 p. Tradução: Die Grundbegriffe.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Coimbra: Ed.Gradiva, 1996.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o Político**. São Paulo: Editora Wmf, 2015. 160 p. Tradução: Fernando Santos.

_____. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo**. Rev. Política e Sociedade, Recife, n. 3 p. 1-26, 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/2015/1763>>. Acesso em: 5 Nov. 2018.

_____. **Por um modelo agonístico de democracia**. Rev. Sociologia Política, Curitiba, n. 25, p. 165-175, 2006. Disponível em: <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rsp/article/viewFile/7071/5043>. Acesso em: 4 Nov. 2018.

NANCY, Jean-luc. **A Comunidade Inoperada**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2016. 176 p. Tradução: Soraya Guimarães.

OLIVEIRA, Silvana Mattoso Gonçalves, COELHO, Renata Santa Cruz. **Pluralismo político e cidadania democrática sob a perspectiva de Chantal Mouffe**. Rev. Publica Direito, Recife, p. 1-15, 2015. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=f10a347a96638e91>>. Acesso em: 4 Nov. 2018.

RADOMSKY, Guilherme F W. **Roberto Esposito: comunidade, biopolítica e imunização**. Rev. Política e Sociedade, Florianópolis - Vol. 16 - Nº 35 - Jan./Abr. de 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/317640139_Roberto_Esposito_comunidade_biopolitica_e_imunizacao>. Acesso em: 2 Nov. 2018.

SCHMITT, C. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

YAMAMOTO, E. Y. **A comunidade dos contemporâneos**. Galaxia (São Paulo, Online), n. 26, p. 60-71, 2013. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/gal/v13n26/v13n26a05.pdf>>. Acesso em: 3 Nov. 2018.

YAMAMOTO, Eduardo Yuji. **A questão da comunidade na era da midiatização**: Crítica e Ontologia. 2013. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org